

# SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

AÑO 3 N. 6

E-ISSN 2709-1228





## ÍNDICE

LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (SISTEMA DE CONTROL DIFUSO) Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ	5
<i>Carlos Alejandro Cornejo Guerrero</i>	
EL SACRIFICIO POR LA VIDA HUMANA: UNA FILOSOFÍA ADECUADA CONTRA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ	31
<i>Jainor Avellaneda Vásquez</i>	
PERSPECTIVAS DE NUESTROS EXPERTOS SOBRE LA INCLUSIÓN COMO FACTOR DE DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES EN LOS SISTEMAS EDUCATIVOS DE CALIDAD	71
<i>Fernando Ulises Salinas Valverde</i>	
VALOR DE LA PERICIA PSICOLÓGICA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO	101
<i>Everth Gonzales Concha</i>	
LA TENENCIA COMPARTIDA: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN FRENTE AL DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?	111
<i>Danaye Anyel Bravo Soto</i>	
INCIDENCIA EN LAS INTERVENCIONES DE POSESIÓN Y TRÁFICO DE LOS ESPECÍMENES <i>PSITTACARA MITRATUS</i> , <i>PSITTACARA WAGLERI</i> Y <i>PSITTACARA ERYTHROGENYS</i> PERIODO 2015 – 2021 EN APURÍMAC	133
<i>Indira Gaby Sarmiento Cerón</i>	
LA DISMINUCIÓN DE LA EDAD DEL INIMPUTABLE ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL COMO POSIBLE SOLUCIÓN PARA DISMINUIR LA VIOLENCIA EN NUESTRO PAÍS	155
<i>Lina Tocto Rincón</i>	





# LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (SISTEMA DE CONTROL DIFUSO) Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

*Carlos Alejandro Cornejo Guerrero\**  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*  
cacornejo@pucp.edu.pe

**Resumen:** El presente trabajo tiene por finalidad determinar cómo ha sido la formación del sistema de justicia de control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos de América y la influencia que este ha tenido en el sistema de justicia de control de constitucionalidad en el Perú.

En el trabajo —que parte de una base histórica jurídica— se ha considerado indispensable iniciar el estudio con la explicación de cómo era la organización institucional y jurídica de los Estados Unidos de América antes de su independencia, para poder saber cómo era la tradición histórica-jurídica que le precedía y que explicaría su sistema de justicia de control de constitucionalidad, una vez ocurrida en 1776.

Luego, examinamos las características del sistema de control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos de América, la influencia que este ha tenido en el mundo y en el Perú, presentando finalmente unas conclusiones sobre el tema.

**Palabras clave:** Control difuso, Perú, E.U.A.

## THE FORMATION OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL JUSTICE SYSTEM IN THE UNITED STATES OF AMERICA (DIFFUSE CONTROL SYSTEM) AND ITS INFLUENCE IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL JUSTICE SYSTEM IN PERU

---

\* Abogado, magíster en Derecho Civil y doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de diversos libros y artículos de su especialidad, entre los que destacan: *Derecho de Marcas* (3 ediciones), *Los Orígenes de la Marca* y *Los derechos fundamentales como guía de la interpretación jurídica*. La filiación de este artículo es a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Abstract:** The purpose of this paper is to determine the formation of the justice system of control of the diffuse constitutionality of the United States of America and the influence it has had in the justice system of control of constitutionality in Peru.

In the work —which starts from a legal historical basis— it has been considered indispensable to start the study with the explanation of what the institutional and legal organization of the United States of America was like before its independence, in order to know what the legal historical tradition was, that preceded it and that would explain its justice system of control of constitutionality, once the independence occurred in 1776.

We then examine the characteristics of the diffuse constitutional control system of the United States of America, the influence it has had on the world and in Peru, finally presenting conclusions on the subject.

**Keywords:** Control diffuse, Peru, E.U.A.

## 1. La organización institucional y jurídica de los Estados Unidos de América antes de su independencia

Es necesario partir de la situación que acaeció en América del Norte desde que empezó la colonización hasta la independencia. Se había llegado a fundar 13 colonias británicas, rigiéndose cada una de ellas por su Carta Colonial de fundación otorgada por el Rey de Inglaterra.

En la Carta Colonial se fijaban los siguientes aspectos:

- a) Las reglas de gobierno de la Colonia.
- b) La creación de una asamblea legislativa compuesta por los burgueses de esa colonia.
- c) Las leyes aprobadas por la asamblea legislativa no podían ir en contra de la Carta Colonial.
- d) Las leyes aprobadas por la asamblea legislativa iban a ser aplicadas por jueces nombrados por el Rey<sup>1</sup>.

Es necesario tener en cuenta que

---

<sup>1</sup> A la postre, los norteamericanos también reclamarán al Rey que los jueces sean nombrados por él. En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América se dice: “... En el orden judicial, ha obstruido la administración de justicia, oponiéndose a las leyes necesarias para consolidar la autoridad de los tribunales, creando jueces que dependen de su voluntad, por recibir de él el nombramiento de sus empleos y pago de sus sueldos, y mandando un enjambre de oficiales para oprimir a nuestro pueblo y empobrecido con sus estafas y rapiñas”.

... la actividad de asambleas coloniales, no obstante su autonomía, no resultaba en leyes con rango de supremacía; aunque aplicables a la colonia respectiva, las normas emanadas de las asambleas estaban situadas – en jerarquía – debajo de otras, como por ejemplo las *charters*, las decisiones del Privy Council o las leyes del Parlamento. (Gonzales, 2011, p. 22)

Es decir, ya desde ese momento estaba presente la idea de la jerarquía de las normas y de la existencia de una norma superior y fundamental, que en su ámbito era la Carta Colonial, pero en el Imperio Británico era la Constitución inglesa no escrita y su expresión soberana en el Parlamento.

La idea de una jerarquía normativa, por la que la validez de una norma depende de su concordancia para con la norma superior, venía en realidad desde la tradición jurídica medieval y ya estaba completamente asentada en la educación jurídica inglesa de los siglos XV y XVI. El tratadista St. German explicaba, en el año 1520, un diseño normativo que comprendía la superposición jerárquica entre ley eterna, ley natural, ley de Dios y ley humana; luego, mucho después, el jurista Blackstone reformulará los mencionados niveles en ley natural, ley divina y ley del hombre (Hamburguer, como se citó en Gonzales, 2011, pp. 21-22). El *common law* se situaba por encima de las actuaciones de la Corona. Una muestra es el Caso de las proclamaciones en el año 1620, en el que la Corte de Causas Comunes, con la presidencia del juez Coke, declaró que las proclamaciones utilizadas por el rey Jacobo I para crear nuevos tipos delictivos, no podían modificar el *common law* y no eran válidas; cualquier proclamación del rey contraria a la razón y al *common law* era nula (como se citó en Gonzales, 2011, p. 23).

Los norteamericanos, quienes en la misma Declaración de Independencia se reconocen como “ingleses”<sup>2</sup>, continuaban esta tradición de jerarquía de las normas en su sistema jurídico.

También es de observarse que en las colonias británicas de América del Norte, quien decidía si una ley aprobada por la asamblea legislativa iba en contra de la Carta Colonial eran los jueces. Es decir, en la tradición histórica-jurídica estadounidense estaba

<sup>2</sup> Ello se deduce de varias partes de la Declaración: “Cuando en el curso de los acontecimientos se hace necesario que un pueblo disuelva los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tome entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que la impulsan a la separación.

... Tampoco hemos faltado a la consideración debida hacia nuestros hermanos los habitantes de la Gran Bretaña; les hemos advertido de tiempo en tiempo del atentado cometido por su legislatura en extender una ilegítima jurisdicción sobre las nuestras. Les hemos recordado las circunstancias de nuestra emigración y establecimiento en estos países; hemos apelado a su natural justicia y magnanimidad, conjurándolos por los vínculos de nuestro origen común a renunciar a esas usurpaciones que inevitablemente acabarían por interrumpir nuestra correspondencia y conexiones. También se han mostrado sordos a la voz de la justicia y consanguinidad. Debemos, por tanto, someternos a la necesidad que anuncia nuestra separación, y tratarlos como al resto del género humano: enemigos en la guerra y amigos en la paz”.

muy presente que la ley no era la máxima norma jurídica, porque tenía por límite la Carta Colonial; esta era la norma suprema, la ley fundamental para la Colonia.

En los Estados Unidos de América ha existido esta tradición durante siglos, los habitantes de las colonias que serían los nuevos ciudadanos norteamericanos estaban acostumbrados a este diseño normativo.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que las colonias británicas funcionaban de una manera muy parecida a un estado federal. Cada Colonia tenía su gobierno, su asamblea legislativa, unos jueces y su Carta Colonial; y en el Reino Unido había una Constitución no escrita consuetudinaria, un parlamento, unos jueces y el Rey. Las Colonias no tenían relaciones entre sí y cada Colonia se relacionaba con la metrópoli; entonces se puede ver una organización de estado federal de las colonias desde antes de la independencia.

Los norteamericanos tenían muy en claro que el Parlamento podía ser un tirano. En cambio, en Europa, por la lucha con el antiguo régimen, el parlamento representaba la libertad frente a él, el Parlamento era la expresión soberana de la burguesía en un sistema de democracia liberal. En Estados Unidos de Norteamérica, donde no hubo Antiguo Régimen, y su Carta Colonial se situaba jerárquicamente por debajo de las leyes inglesas, creían visionariamente que el Parlamento podía ser un tirano y que tenía que ser limitado, por lo que al igual que la Carta Colonial antes de la independencia respecto de sus asambleas legislativas coloniales; ese límite lo debía imponer la Constitución<sup>3</sup>. Además, de acuerdo con Harrington, a

... la fiebre democrática inicial de apoyo entusiasta hacia las legislaturas estatales, le siguió desilusión y desencanto generalizado respecto de las leyes por estas aprobadas. La tiranía de las mayorías hizo presencia, mediante ataques injustos y arbitrarios dirigidos contra derechos y libertades básicas a saber, como el juicio por jurado y la propiedad individual. (como se citó en Gonzales, 2011, p. 24)

En Estados Unidos de América no solo hay una estricta separación de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, sino que hay, además de eso, una estricta separación del poder entre las autoridades federales y las autoridades estatales. Entre el grave proceso federal y la legislatura de los estados, ciertas materias son reguladas por el poder federal y otras materias son reguladas por los poderes estatales.

---

<sup>3</sup> Efectivamente, en Europa durante el período de entreguerras, el partido fascista ganó las elecciones en Italia y el partido nacionalsocialista logró lo mismo en Alemania. La dictadura en Italia y Alemania llegó desde el Parlamento, donde se liquidó todo régimen constitucional, convirtiéndose en estados totalitarios.

Como se ha podido apreciar, tanto el federalismo como el concepto de Constitución en los Estados Unidos de América, son fruto de la forma de ser permanente del pueblo norteamericano, de su historia, tradiciones y costumbres.

## **2. El sistema de justicia de control de constitucionalidad en los inicios de la vida independiente de los Estados Unidos de América**

Como hemos visto, desde la época de las colonias británicas, hay una larga tradición de la existencia de una norma fundamental y suprema que determinaba la validez de las leyes y actuaciones de gobierno y administración de los colonos.

En Inglaterra había un conjunto de instituciones, tradiciones y costumbres orientadas al bien común que organizaban la comunidad y que provenían de la razón y sabiduría ancestral del pueblo inglés. Este cuerpo normativo no estaba escrito, venía ligado al desarrollo del *common law* y tenía un carácter fundamental; es decir, era su Constitución.

La Constitución inglesa devino en el siglo XVII en el principio inamovible que el Parlamento era el depositario de la soberanía; el poder había sido cedido por el Rey, como consecuencia de un pacto entre la nobleza y los burgueses, entendiéndose que el mayor poder era el que ostentaba el Parlamento. Como aseveraba firmemente Blackstone: “si el parlamento adopta una [ley] irrazonable, no conozco yo poder alguno que pueda controlarla” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 20).

Aunque fuera claro que el Parlamento era el depositario de la soberanía, ello no colisionaba en sí mismo con el concepto de Constitución como norma fundamental. De acuerdo con Harrington, había consenso que el Parlamento actuaba bajo los postulados de la ley de Dios y teniendo a la Constitución como límite; además de ello, había el control político en manos del electorado y como *última ratio* para castigar a un legislativo transgresor de la ley fundamental, estaba la revolución (como se citó en Gonzales, 2011, pp. 20-21).

Como hemos mencionado, la forma de organización y gobierno de las colonias británicas era muy parecida a la de un estado federal, lo que le daba una amplia autonomía y espacio para conducirse; permitiéndoles una vez independizadas, apartarse tanto de la idea del Parlamento como depositario de la soberanía, como del carácter consuetudinario, no escrito de la Constitución.

De acuerdo con Mccaffee, los colonos entendieron que la Corona Británica había incumplido la Constitución no escrita (como se citó en Gonzales, 2011, p. 21) y no había respetado sus Cartas Coloniales. Efectivamente, según Thorpe, en la misma Declaración

de Independencia Norteamericana, los firmantes se reconocen como “ingleses”, aunque afirman que el Parlamento Británico es una jurisdicción “ajena a su constitución y desconocida por sus propias leyes”, pues él ha destruido “el sistema libre de leyes inglesas”. También se acusa al Rey de Inglaterra de “despojarnos de nuestras Cartas, abolir nuestras leyes más preciadas y alterar fundamentalmente nuestras formas de gobierno” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 21).

Una vez ocurrida la independencia, hubo la necesidad de organizar nuevos gobiernos en las diferentes ex-colonias británicas lo que se consagrará en una Constitución escrita como documento fundacional y fundamental, que además estaba por encima de la supremacía del Parlamento.

En la Convención Constituyente estadounidense, tanto aquellos a favor como en contra del establecimiento de un órgano de control de constitucionalidad, reconocieron que las Cortes podrían revisar la validez de una ley del Congreso; lo que era acorde con el tratamiento doctrinario que recibiría el tema desde finales del siglo XVIII, entre otros por Justice Samuel Chase en su célebre carta a John Marshall del 24 de abril de 1802 y por Alexander Hamilton en el *Federalista* (Sagués, 2007, p. 143).

En la sentencia *Vanhorne’s Lessee vs. Dorrance*, de 1795 (p. 308), de la Corte federal del Circuito de Pennsylvania, se señala que es muy difícil

... definir lo que es la Constitución en Inglaterra puesto que, al carecer de escritura su certeza y precisión, está a merced del Parlamento ... cediendo a ... sus caprichos y humor; ... [por el contrario, en Estados Unidos] cada Estado de la Unión encuentra que su Constitución disfruta de exactitud y precisión plasmadas por escrito. (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26)

La sentencia *Marbury vs. Madison*, nos da también un testimonio del pensamiento de la época en Estados Unidos de América, considerándose que “el pueblo tiene un derecho originario a establecer para su gobierno futuro, aquellos principios ... concebidos como fundamentales. Y puesto que la autoridad de la cual proceden es suprema ..., éstos principios están diseñados para ser permanentes” (p.176). El pueblo “organiza al gobierno y atribuye los poderes respectivos a diferentes departamentos ... [con] ciertos límites que no pueden ser transgredidos por éstos” ..., “para que estos límites no sean olvidados ni malinterpretados” la Constitución está escrita (p.176). Por ello, quienes “han adoptado constituciones escritas, las consideran como la ley suprema y fundamental de la nación” (p. 177) (como se citó en Gonzales, 2011, p. 18).

Luego de la independencia norteamericana, los diferentes Estados se dieron sus propias Constituciones y luego, aproximadamente 10 años más tarde, se dio la Constitución de los Estados Unidos de América. En base a los principios mencionados y a la tradición histórica norteamericana, tanto los tribunales estatales como los federales comenzaron a hacer el control de constitucionalidad, considerando que la Constitución era la norma suprema y que una norma de inferior jerarquía contraria a ella no podía ser Derecho.

Por ejemplo, en el caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782, solo 6 años después de la independencia de los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de Virginia sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Traición aprobada en la legislatura del mismo Estado, respecto de un caso en el que tres americanos fueron condenados a muerte por ayudar a tropas británicas. Según la Corte, cuando existen desacuerdos entre el ejecutivo y el legislativo, son “los tribunales los llamados a declarar el Derecho, de manera imparcial, entre aquellos. Así, ... las funciones respectivas son reafirmadas, y los límites de autoridad establecidos pacíficamente” (p. 7), Si el legislativo “se atreviera a traspasar los límites impuestos sobre él por el pueblo, entonces [nosotros] ... señalando hacia la Constitución diremos *hasta aquí llega el límite de su autoridad ... y no va más allá*”. La Corte también señala que “nosotros contamos con un registro escrito del contrato social aceptado por los ciudadanos de este Estado; ... [que se erige como] un acto declarativo de los derechos de los ciudadanos, a la vez que formativo de su gobierno”. Asimismo, indica que “la sabiduría y prudencia del legislativo evitarán dicha desagradable ocasión, ... al lograr que los principios de la Constitución sean la regla inspiradora del espíritu de las leyes” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26).

En la ya referida sentencia *Vanhome’s Lessee vs. Dorrance*, de 1795 (p.308-310), la Corte federal del Circuito de Pennsylvania, al preguntarse por el concepto de Constitución, el tribunal declara que esta encuentra su origen

...en la mano poderosa del pueblo, en la que se consagran los principios ciertos de las leyes fundamentales;... [ella] contiene la voluntad permanente de la comunidad y se levanta como norma suprema de la nación, ... [por lo que] es superior a cualquier poder de la legislatura y sólo podrá ser revocada o alterada por la autoridad que la estableció.

La Corte asimismo señala que la Constitución proviene “de la capacidad soberana, original e ilimitada del pueblo”, mientras que la ley emana del poder legislativo, cuya voluntad es subordinada y derivada. Las legislaturas “son creación de la Constitución y derivan su poder de ésta, ... por lo que las leyes han de ser congruentes con la misma, o de lo

contrario serán inválidas”. La sentencia concluye declarando que la ley atacada —la cual en la reasignación de títulos despojaba a ciudadanos de su propiedad sin compensación justa— es “contraria a principios de lealtad social de un gobierno libre ..., y contradice tanto la letra como el espíritu de la Constitución” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26).

En el caso *Hylton vs. United States*, en el año 1796, la Corte Suprema de los Estados Unidos, se pronuncia sobre una ley del Congreso federal que permitía el cobro de impuestos sobre carruajes. La Corte decidió sostener la validez de la ley cuestionada. Sin embargo, los magistrados hicieron importantes apreciaciones sobre el control de constitucionalidad. El magistrado Chase consideró innecesario discutir si la Corte tenía poder para invalidar una ley del Congreso; no obstante, señaló que “si la Corte posee dicho poder soy libre para decir que ... lo ejercitaré” (p. 175). El magistrado Iredell hizo constar que “estoy de acuerdo con la opinión de mis compañeros respecto a que el impuesto en cuestión es conforme a la Constitución” (p. 181) (como se citó en Gonzales, 2011, pp. 26-27).

Según el profesor Treanor, hubo en realidad por lo menos treinta y ocho decisiones judiciales anteriores al célebre caso *Marbury vs. Madison*, en las que jueces y tribunales estadounidenses, sean estatales o federales, ejercitaron la función de control constitucional sobre las leyes (como se citó en Gonzales, 2011, p. 24). No obstante, la sentencia *Marbury vs. Madison* del año 1803, es la primera decisión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ejerce el control de constitucionalidad y no aplica para el caso concreto, una ley del Congreso Federal, corroborando así una larga tradición de control de las normas inferiores respecto de las superiores, que venía no solo desde las decisiones tomadas por la judicatura desde la independencia, sino desde la formación de las colonias e inclusive antes, a través de la educación jurídica inglesa.

El caso *Marbury vs. Madison* se presenta a raíz de la reclamación que hace William Marbury al gobierno de Jefferson, por la negativa de instalarlo como Juez de Paz en el distrito de Columbia. Marbury era parte del grupo de personas leales al presidente saliente John Adams, que habían sido nombradas como jueces en los últimos días de su gobierno (Jueces de la medianoche). El nombramiento —o comisión— nunca fue despachado o entregado a Marbury, por lo que no fue instalado en su cargo.

En esa situación,

Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de *mandamiento* (*Writ de mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando

una Ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos. (Eto Cruz, 2013, p. 735)

La Corte Suprema, aunque entendió que Marbury tenía derecho al nombramiento, interpretó que la disposición legal que autorizaba la competencia de la misma Corte sobre ciertas materias en instancia originaria, entre ellas la referida al caso bajo examen, era inconstitucional y en consecuencia no podía aplicarla. En la sentencia, la Corte Suprema consagra para sí la facultad de “decir qué es lo que la constitución y otras leyes dicen, así como invalidar aquellos actos de otras ramas del poder que entren en conflicto con la constitución” (como se citó en Sagués, 2007, p. 129).

La pretensión de Marbury, quien era uno de los jueces que había sido nombrado por el presidente Adams y ratificado por el Senado, pero no instalado en su cargo por razones de tiempo por el secretario de estado y posterior *chief of justice* de la Corte Suprema, John Marshall, consistía en que la Corte Suprema en instancia originaria, dicte un mandato al nuevo secretario de estado o al nuevo Presidente, para que lo pusiera en ejercicio de su cargo.

En el contexto político aparece una lucha por el poder entre federalistas (presidente Adams, juez Marshall) y antifederalistas (presidente Jefferson, Madison).

El problema que enfrentaba Marshall era que si la Corte Suprema dictaba la orden para el nombramiento, corría el riesgo de que el Poder Ejecutivo no la cumpliera y así la Corte quedaría debilitada. También existía la posibilidad que dicha orden dejara a los magistrados de la Corte expuestos a que se les inicie juicio político, pues el presidente Jefferson podría invocar la invasión de las atribuciones de otros poderes del Estado. Ello era sumamente peligroso, pues de triunfar, el ejecutivo en funciones y el Senado oficialista, podrían determinar la nueva configuración de la Corte Suprema de Justicia (Sagués, 2007, p. 141).

Marshall debía considerar también la necesidad de que se concrete lo que su grupo político federalista había proyectado para contrapesar el poder del nuevo presidente antifederalista Jefferson: la asunción del cargo de los jueces que había nombrado el Presidente Adams.

En la sentencia se analizaron las siguientes cuestiones:

- a) Si el justiciable tenía derecho a la comisión de puesta en ejercicio del cargo que demanda.

- b) Si tiene tal derecho, si la ley prevé algún remedio para satisfacerlo y si este es adecuado.
- c) Si la Corte Suprema tiene jurisdicción para la expedición de este remedio.

En relación con la primera cuestión, se concluye que el justiciable sí tenía derecho a la comisión de puesta en ejercicio del cargo que demanda, en base a la consideración que el nombramiento se había perfeccionado con la aprobación por el Senado, y que la comisión no hacía al acto de nombramiento (Sagués, 2007, p. 142).

En cuanto a la segunda cuestión, se concluye que la ley sí prevé un remedio adecuado para satisfacer el derecho pretendido, en base a una triple argumentación en el sentido que el gobierno de los Estados Unidos es un gobierno de la ley y no de los hombres; que si no se reconociera un remedio ante la violación de un derecho, el mismo quedaría sin efecto; y que había que distinguir de las cuestiones políticas no justiciables, de aquellas situaciones en las que hay un deber impuesto por la legislatura a la cabeza del departamento o en las que hay de por medio un derecho individual, casos en los cuales el individuo dañado tenía derecho al remedio. También se concluyó en esta cuestión que sí era correcta la utilización del remedio de *writ of mandamus*, dado que la pretensión consiste en generar el orden que satisfaga la puesta en ejercicio del cargo y que para ello no era óbice que el ofensor fuera secretario del Poder Ejecutivo Nacional (Sagués, 2007, p. 142).

Ante el problema generado por la tercera cuestión, se resuelve que la Corte no tenía jurisdicción en instancia originaria para expedir el remedio solicitado. El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América, relativa al Poder Judicial, regula taxativamente la competencia originaria de la Corte, por lo que no es válido que ella sea ampliada o extendida por el Congreso. En este sentido, la *Judiciary Act* de 1789, sec. 13, que disponía autorizar a la Corte a expedir el *writ of mandamus* en instancia originaria, resultaba contraria al artículo III de la Constitución (Sagués, 2007, pp. 142-143).

Específicamente, sobre el control judicial de constitucionalidad por los tribunales federales, en la sentencia se fundamentó que los textos constitucionales son un desprendimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, y siendo que en los Estados Unidos de América había un gobierno de la ley y no de los hombres, se reclama su respeto; si no se admitiera el control de constitucionalidad, el poder sería ilimitado. La idea de una constitución escrita (rígida) es que ella constituye la ley fundamental de la nación y un acto en conflicto con ella debe ser nulo, de lo que se sigue que solo la ley constitucional es una verdadera ley; y dentro de ese marco, la Constitución obliga a la Corte y a los poderes del Estado. En consecuencia, como es deber del Poder Judicial

decir lo que la ley es, si dos leyes entran en conflicto, la Corte debe decidir conforme a la Constitución (Sagués, 2007, p. 143).

### **3. El sistema de justicia constitucional difuso de los Estados Unidos de América**

En cualquier Estado se debe garantizar la supremacía constitucional, determinando la constitucionalidad definitiva de las normas con rango de Ley.

En la actualidad tenemos dos modelos clásicos de sistemas de justicia constitucional, y también alrededor de ellos algunos sistemas híbridos o mixtos. No obstante, estos modelos clásicos que son el sistema de justicia constitucional difuso y el sistema de justicia constitucional concentrado, han sufrido variaciones teniendo como resultado que difícilmente se puede hablar de existencia real de modelos puros de control de constitucionalidad.

El ejemplo paradigmático del sistema de justicia constitucional difuso es Estados Unidos de América. Este sistema se caracteriza porque cualquier juez puede inaplicar una norma, si la considera que es contraria a la Constitución. El sistema de justicia constitucional es difuso porque todos los órganos del poder judicial vigilan la constitucionalidad de las leyes, y no solo un órgano de manera concentrada, como lo sería por ejemplo un Tribunal Constitucional.

Las características del sistema de control difuso en Estados Unidos de América son las siguientes:

- a) Los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de los conflictos que surjan sobre la validez de ellas ante los órganos de poder judicial; sin embargo, ello no da lugar a una jurisprudencia contradictoria. El tribunal de un Estado puede decir que no aplica una ley por ser inconstitucional y el tribunal de otro Estado, puede decir que sí la aplica porque dice que es constitucional. A pesar de esas situaciones, no se produce una jurisprudencia contradictoria, por el sistema de precedente. Por el sistema de precedente, todos están obligados a resolver de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema. No ocurre jurisprudencia contradictoria por la vinculación al precedente. Si un órgano judicial dice una cosa y otro dice otra, eso llevaría vía la apelación ante la Corte Suprema, que resolverá y cuando la Corte Suprema resuelva todo se habrá solucionado, porque todos tienen que acatar este órgano superior. De esa forma, por la vinculación con el precedente, se produce que no haya esos problemas de predictibilidad.

Cuando el Tribunal Supremo americano resuelve, se aplica dicha resolución al caso concreto. Cuando, por ejemplo, resuelve señalando que es inconstitucional una norma, resuelve solo para el caso concreto, ello solo produce efectos para el caso concreto. Sin embargo, esa resolución para el caso concreto es precedente vinculante para todos los demás casos. De aquí se deduce que en la práctica, las sentencias de los tribunales americanos producen efectos *erga omnes*, como producen los tribunales en Europa; ello ocurre a pesar de su configuración.

- b) El modelo americano de control de constitucionalidad es principalmente incidental, porque se aplica a un caso o controversia concreta. Según el artículo III, Sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América: “El Poder Judicial de los Estados Unidos de América residirá en una Corte Suprema y en los Tribunales menores que el Congreso cree y establezca periódicamente. ...”. El Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, señala que: “El Poder Judicial se extenderá a todos los casos que en Derecho y Equidad surjan bajo esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos y los Tratados celebrados o que se vayan a celebrar bajo su autoridad; ...; - a las Controversias en las que Estados Unidos sea una de las Partes; - a las controversias entre dos o más Estados ...”.

Esa es la regla general, es decir, que en Estados Unidos la impugnación directa de las normas con rango de Ley la hace la Corte Suprema, sin embargo, también hay excepciones; existen mecanismos preventivos por los cuales los jueces, desafían directamente la constitucionalidad de las normas con rango de Ley, hay una serie de mecanismos en virtud del cual se aplica un control preventivo y directo previo a la aplicación de la Ley al caso concreto, pero solo, en virtud a mecanismos que son excepciones. En estos casos excepcionales, los órganos judiciales se pronuncian directamente sobre la constitucionalidad de la Ley.

- c) En tercer lugar, el sistema americano, en la declaración de inconstitucionalidad por el órgano judicial, no tiene eficacia *erga omnes*, pero su decisión respecto al caso particular sobre la declaración de inconstitucionalidad, por el sistema de *Stare Decisis*, se convierte en *erga omnes*. Según Eto Cruz, “... la doctrina del *stare decisis* proyecta la decisión judicial inicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la

decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso” (2013, p. 758).

- d) Hay una inexistencia de opiniones consultivas, es decir, los Jueces no actúan ante consultas originadas en los poderes públicos o en particulares (Sagués, 2007, p. 130); no hay, además, ningún mecanismo similar al de cuestión de inconstitucionalidad por el que el juez suspenda un caso porque dude de la constitucionalidad de una norma y espere la decisión que sobre dicho aspecto deba dar un órgano superior del Poder Judicial o un órgano diferente y autónomo que esté fuera del Poder Judicial.
- e) Hay una exigencia de *standing* consistente en daño en el hecho concreto, existencia de nexo causal entre la norma presumiblemente inconstitucional y el daño concreto generado, y que el daño sea subsanable a través del remedio que se pretenda. Ello implica el tratamiento del caso o controversia en el momento adecuado, no si la decisión pudiera ser prematura o abstracta (Sagués, 2007, p. 130).

#### **4. La exportación del sistema de justicia constitucional difuso hacia el mundo y su recepción en el Perú**

El Constitucionalismo norteamericano en general ha influido en diversos países del mundo. Dos de los aspectos más saltantes de esta influencia que además están vinculados son a) la idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida y b) el control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución.

##### **a) La idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida**

Ya hemos explicado anteriormente cómo la tradición jurídica-política norteamericana, determinó para esa nación la existencia de una Constitución como norma fundamental y suprema del Estado; también se ha explicado las razones que se tuvieron para que esa Constitución sea escrita. La rigidez de una Constitución escrita es también un aporte del Constitucionalismo norteamericano.

La Constitución norteamericana fue concebida como el freno del pueblo y del valor permanente de libertad, a la acción arbitraria o pasajera del legislador y a las ocurrencias antojadizas de los poderes públicos; una simple mayoría en el gobierno o en el Parlamento, no pueden cambiar los principios fundamentales sin negociar con las minorías (Piza, 1987, p. 64); por ello, se requería de exigencias mucho más altas para su modificación.

El artículo seis, segundo párrafo de la Constitución norteamericana establece claramente su supremacía: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Igualmente, su rigidez se trasluce de su artículo 5: “El Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, siempre que dos terceras partes de ambas cámaras lo estimen necesario; o, a petición de las Asambleas Legislativas de dos terceras de los estados, convocará una convención para proponer enmiendas, las cuales, en uno u otro caso, serán válidas para todos los fines y propósitos, como parte de Constitución, cuando las Asambleas Legislativas de las tres cuartas partes de los estados, o las convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos, de acuerdo con el modo de ratificación propuesto por el Congreso; Disponiéndose que ninguna enmienda hecha antes del año mil ochocientos ocho afectará en modo alguno los incisos primero y cuarto de la novena sección del primer artículo; y que no se privará a ningún estado, sin su consentimiento, de la igualdad de sufragio en el Senado”.

Como señala Piza Rocafort: “Casi todos los países del mundo —incluidos todos los latinoamericanos— con las excepciones conocidas de Inglaterra y Nueva Zelanda, tienen hoy una Constitución escrita. ... Pero si casi todos las tienen escritas, no todos las tienen efectivamente rígidas. Para la rigidez es necesario. Además de su inscripción constitucional, el pluralismo y pluripartidismo político y el control de constitucionalidad de las leyes” (1987, pp. 64-65).

b) **El control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución**

Este control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución es también un aporte del constitucionalismo estadounidense al mundo.

Los primeros países en recibir la influencia del *judicial review* estadounidense fueron dos latinoamericanos: “el argentino y el mexicano. ... En casi todos los demás países de la América Latina, no fue sino hasta bien entrado este siglo que el principio se estableció. ... El modelo difuso ha sido adoptado, aunque con otros nombres como en México, en la mayoría de los países lati-

noamericanos, en el Japón, en tres países escandinavos, y, en cierta medida, en Suiza, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y en buena parte de las ex colonias británicas. (Piza, 1987, pp. 77-78).

Es también necesario señalar que algunos países como Perú y Guatemala adoptaron un sistema dual o mixto, según el cual no hay una síntesis de los dos sistemas sino una yuxtaposición o suma de los mismos (Piza, 1987, p. 79). Aun cuando se trate de un sistema dual, se ve la influencia de la *judicial review* norteamericana, que como explicaremos más adelante, en el Perú hubo intentos infructuosos de establecerla, desde su Constitución de 1920.

Puede decirse que en los primeros 158 años de la República Peruana, del año 1821 al de 1979, no se instauró ni formal ni realmente un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el Perú. La primera norma que le daba supremacía a la Constitución frente a la ley fue la Constitución de 1856, que sin embargo solo tuvo una vigencia de 4 años y ningún efecto de importancia en el constitucionalismo del país.

El artículo 10 de dicha Constitución señalaba lo siguiente: “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

Esta Constitución podría haber dado inicio a la consolidación del principio de supremacía constitucional y al del control de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial, pero al ser su vida tan corta ello no se produjo.

La Constitución de 1860 no consignó ninguna norma similar; tampoco la Constitución de 1920 ni la de 1933. Ello, no obstante, la propuesta del doctor Javier Prado de incluirla en la Constitución de 1920 y la existencia del Anteproyecto de Constitución preparado por la Comisión que presidió Manuel Vicente Villarán, que proponía su introducción, otorgándole al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sujeta a revisión en última instancia por la Corte Suprema, lo cual evidenciaba claramente la influencia del constitucionalismo norteamericano (García Belaunde, 1989, p. 90).

En la Constitución de 1933 se prefirió otorgar al Congreso la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas subordinadas, aun cuando esto no fue suficientemente explicitado. Así en el artículo 26 de dicho cuerpo normativo decía: “Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución”. Asimismo, el artículo 123, al señalar las facultades del Poder Legislativo, establecía en su inciso 4.º: “Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Se trataba de un sistema de control de la legalidad y constitucionalidad ejercido por el mismo Congreso de la República, que no tuvo mucha eficacia en la práctica por cuanto requería que el remedio se diese por el mismo Congreso, vía derogación, modificación o nulidad de cualquier norma que entrase en colisión con la Constitución y, como se comprenderá, es muy difícil que el mismo Congreso acepte que se ha equivocado (García Belaunde, 1989, p. 91).

En esta Constitución también se introdujo la institución de la acción popular (art. 33), para la protección de la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, lo cual tenía el propósito de controlar los actos del poder ejecutivo: “Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infrinjan la constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

La falta de consagración definitiva y clara de la supremacía de la Constitución y de un sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes por tantos años, pese a que el sistema se conocía, como muestran las propuestas que se habían presentado para introducirlo, probablemente se puede explicar por razones de orden político (los poderes públicos no quieren tener un límite en la Constitución) y también de orden jurídico, por cuanto había en el Perú mucha influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia (García Belaunde, 1989, p. 90). Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la mencionada institución no provenía de nuestra cultura histórica constitucional, lo que hacía y hace hasta ahora que su adaptación debida no sea fácil.

Es en la Constitución de 1979 donde se consagra claramente, por lo menos a nivel normativo, la primacía de la Constitución y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial. En el artículo 232 de dicha Constitución se establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”. Asimismo, el artículo 236 del mismo cuerpo normativo señala que: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. Debe también mencionarse que en esta Constitución se encarga el control de constitucionalidad a un órgano distinto del Poder Judicial que es el Tribunal de Garantías Constitucionales

(art. 296). Este Tribunal también conoce de las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y de amparo, una vez que se haya agotado la vía judicial.

Es interesante notar que antes de la dación de la Constitución de 1979, ya el Código Civil de 1936 contenía una norma similar a la del artículo 236 de la Constitución. En el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, se señalaba que: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

Sin embargo, en la época prevaleció el criterio del vocal de la Corte Suprema Sayán Alvarez, en el sentido que dicha disposición solo debía aplicarse al campo del derecho privado (Ruiz-Eldredge, 1980, p. 303). No obstante, los artículos del Título Preliminar del Código Civil se situaban por su importancia, entre la Constitución y las disposiciones del Código Civil, e históricamente se trataba de un cuerpo normativo que había estado preparado para regir todo el ordenamiento jurídico.

Pese a la dación de esta norma en el Código Civil de 1936, y a su posterior inclusión en las Constituciones, el juez es excesivamente cauto en aplicarla, guiándose principalmente por lo establecido en la Ley.

Solo en los últimos años, se aprecia un cambio de actitud en el Poder Judicial, en relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución de 1993, actualmente vigente, sigue el sistema dual de control de constitucionalidad, adoptado por la Constitución de 1979.

## **5. Características del sistema de justicia de control de constitucionalidad en el Perú**

El sistema de control de constitucionalidad difuso se encuentra consagrado actualmente en el artículo 138 de la Constitución de 1993, en los términos siguientes:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

El segundo párrafo del artículo 138 incorpora a su texto el artículo 236 de la Constitución de 1979, mediante el cual se establece el sistema de control difuso de control de constitucionalidad, por los jueces de la república (se hace la referencia a los jueces, pues. en el Perú, en una época se dio la discusión si los órganos administrativos podían hacer control difuso, siendo que el Tribunal Constitucional en un primer momento señaló que sí era posible, pero luego cambió de criterio y negó esta posibilidad).

Según Rubio Correa (1997), para la debida aplicación del control difuso debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) La incompatibilidad no es lo mismo que diversidad: “evidentemente, la regla inferior será diferente a la superior. Si fuera idéntica tendría que desaparecer. Pero la diversidad e incompatibilidad son dos conceptos complementemente distintos. En la diversidad se colocan matices y precisiones. En la incompatibilidad, la norma de un rango y del otro son excluyentes entre sí. Solo con incompatibilidad puede funcionar el control difuso”.
- b) Quien administra justicia “tiene que estar seguro que no existe una forma razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto. Si existiera tal posibilidad, no se debe preferir la norma superior y no aplicar la inferior. En otras palabras, el control difuso debe ser aplicado con criterio restrictivo”.
- c) El control difuso “solo puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el cual se deba discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior. El control difuso no se ejercita en abstracto, porque ello equivale a una declaración de inconstitucionalidad a través de la acción correspondiente, que debe ser ventilada dentro del respectivo proceso por el Tribunal Constitucional” (p. 16). El no ejercicio del control difuso en abstracto hace patente la influencia del constitucionalismo norteamericano en este tema.

Como se ha señalado, los antecedentes de este sistema de control de constitucionalidad en el Perú, provienen de la denominada *judicial review* norteamericana, en virtud de la cual los Jueces en general, son los que en un caso concreto, deben verificar la constitucionalidad de las normas. Es verdad que la Constitución del Perú, bajo la influencia de la Constitución española de 1978, ha incorporado también el control de constitucionalidad abstracto a través de la instauración de un Tribunal Constitucional, lo cual hace a su sistema mixto o dual.

También debemos tener en cuenta la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 14), que aun cuando refiriéndose al artículo 236 de la Constitución de 1979, resulta aplicable al artículo 138 de la Constitución vigente. Dicho artículo señala:

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra ésta no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

Esta disposición debe ser concordada con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial difuso de constitucionalidad y que dispone lo siguiente: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. También, es de observarse que el sistema de control de constitucionalidad difuso, no solo se hace respecto de las leyes con relación a la Constitución, sino también de normas de inferior jerarquía de las legales con relación al mismo cuerpo normativo. No obstante, si se quiere hacer un control de constitucionalidad abstracto, respecto de decretos y resoluciones (normas de menor jerarquía que la ley), se deberá recurrir a la acción popular.

Si contrastamos el sistema difuso de control de constitucionalidad peruano con el de *judicial review* de Estados Unidos de Norteamérica, encontramos por ejemplo que, en este último país, la Corte Suprema de Justicia ocupa la cúspide, ya que se encarga de unificar toda la jurisprudencia. En cambio, en el Perú quien hace esa labor es el Tribunal Constitucional, órgano distinto del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional,

como supremo intérprete de la constitución, realiza paralelamente el control difuso y el control concentrado. El control difuso, a través de resoluciones que constituyen doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes, y el control concentrado, a través de las sentencias normativas emitidas dentro de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular. Por su parte, la Corte Suprema, actúa como segunda instancia judicial del proceso constitucional de acción popular, y también absuelve las consultas elevadas por los jueces ordinarios respecto de sentencias no impugnadas en las que hubiesen efectuado control difuso.

El Perú tiene un sistema que se erige en base a las fuentes legislativas, y no como el *common law*, en base a su vinculación al precedente. Venimos de una tradición en la que el sistema judicial no está vinculado al precedente y de ahí que aplicar el sistema constitucional de control difuso, generaría cierta inseguridad jurídica. Esta situación se ha ido corrigiendo paulatinamente, no solo por la instauración del sistema de justicia constitucional basado en el precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, sino sobre todo por la efectiva producción normativa y jurisprudencial del propio Tribunal, así como por la obligatoriedad de su acatamiento por los jueces.

Otro aspecto importante también en el funcionamiento del sistema difuso de control de constitucionalidad en el Perú, es evaluar la cualificación técnica de los jueces. En el Perú, por muchos años, siempre se ha considerado que la calidad de los jueces no es muy alta, y en estas circunstancias difícilmente se atreven a inaplicar una norma legal por ser contraria a la Constitución; hay mucho temor por los jueces a cometer prevaricato.

También es patente —como ya ha sido anotado líneas atrás— que en el Perú, durante todo el siglo XIX y XX, ha habido una fuerte influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia. Recién en los últimos años y bajo el influjo del constitucionalismo contemporáneo, esta actitud exclusivamente legalista de los jueces ha comenzado a cambiar y ya se aprecia —aunque tímidamente— que los jueces se sirven de esta institución.

## 6. Conclusiones

- a) La existencia de una jerarquía normativa, por la que la validez de una norma depende de su concordancia para con la norma superior, es producto de una tradición histórico-jurídica de siglos del pueblo norteamericano. Esta tradi-

ción histórico-jurídica desemboca, una vez que se inicia la vida republicana independiente, en uno de los mayores aportes que hace el constitucionalismo norteamericano al mundo: la idea de la supremacía de una Constitución escrita y rígida.

- b) La misma tradición histórico-jurídica norteamericana que desarrolla la idea de la supremacía de una Constitución escrita y rígida, también produce el sistema difuso de control de constitucionalidad por los jueces. Hubo un gran número de decisiones judiciales anteriores al célebre caso *Marbury vs. Madison*, en las que jueces y tribunales estadounidenses, sean estatales o federales, ejercitaron la función de control constitucional sobre las leyes. No obstante, la sentencia *Marbury vs. Madison* del año 1803, es la primera decisión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ejerce el control de la constitucionalidad y no aplica para el caso concreto, una ley del Congreso Federal, corroborando así una larga tradición de control de las normas inferiores respecto de las superiores, que venía no solo desde las decisiones tomadas por la judicatura desde la independencia, sino desde la formación de las colonias e inclusive antes, a través de la educación jurídica inglesa.
- c) El ejemplo paradigmático del sistema de justicia constitucional difuso es el de Estados Unidos de América. Este sistema se caracteriza porque cualquier juez puede inaplicar una norma, si la considera que es contraria a la Constitución. El sistema de justicia constitucional es difuso porque todos los órganos del poder judicial vigilan la constitucionalidad de las leyes, y no solo un órgano de manera concentrada, como lo sería, por ejemplo, un Tribunal Constitucional.

Las características del sistema de control difuso en Estados Unidos de América son las siguientes:

- Los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de los conflictos que surjan sobre la validez de ellas ante los órganos de poder judicial; sin embargo, ello no da lugar a una jurisprudencia contradictoria debido al sistema de vinculación al precedente. Por este sistema, todos los jueces están obligados a resolver de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, lo cual otorga una gran predictibilidad al sistema.
- El modelo americano de control de constitucionalidad es principalmente incidental, porque se aplica a un caso o controversia concreta, no se hace un control abstracto. Sin embargo, también hay

excepciones; existen mecanismos preventivos por los cuales los jueces, desafían directamente la constitucionalidad de las normas con rango de Ley.

- En tercer lugar, en el sistema difuso americano, la declaración de inconstitucionalidad por el órgano judicial, no tiene eficacia *erga omnes*, pero su decisión respecto al caso particular sobre la declaración de inconstitucionalidad, por el sistema de *Stare Decisis*, se convierte en la práctica en *erga omnes* (Eto Cruz, 2013, pp. 757-758).
  - Hay una inexistencia de opiniones consultivas, es decir, los jueces no actúan ante consultas originadas en los poderes públicos o en particulares; no hay además, ningún mecanismo similar al de la cuestión de inconstitucionalidad por el que el Juez suspenda un caso porque dude de la constitucionalidad de una norma y espere la decisión que sobre dicho aspecto deba dar un órgano superior del Poder Judicial o un órgano diferente y autónomo que esté fuera del Poder Judicial.
  - Hay una exigencia de *standing*, consistente en daño en el hecho concreto, existencia de nexo causal entre la norma presumiblemente inconstitucional y el daño concreto generado, y que el daño sea subsanable a través del remedio que se pretenda. Ello implica el tratamiento del caso o controversia en el momento adecuado, no si la decisión pudiera ser prematura o abstracta.
- d) El Constitucionalismo norteamericano, en general, ha influido en diversos países del mundo. Dos de los aspectos más saltantes de esta influencia que además están vinculados son a) la idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida y b) el control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución.

En el Perú, la falta de consagración definitiva y clara de la supremacía de la Constitución y de un sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes por tantos años (desde los inicios de la república en 1821 hasta 1979), pese a que el sistema se conocía, probablemente se puede explicar por:

- Razones de orden político (los poderes públicos no quieren tener un límite en la Constitución).
- Razones de orden jurídico, por cuanto había en el Perú mucha influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la

teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia.

- Las mencionadas instituciones no provenían de nuestra cultura histórica constitucional, lo que hacía y hace hasta ahora que su adaptación debida no sea fácil.
- e) Es en la Constitución Peruana de 1979 donde se consagra claramente, por lo menos a nivel normativo, la primacía de la Constitución y el sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial. Pese a ello, los jueces son excesivamente cautos en aplicarla, guiándose principalmente por lo establecido en la Ley, bajo el temor de no cometer prevaricato. Solo en los últimos años se aprecia un cambio de actitud en el Poder Judicial, en relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas de inferior jerarquía. La Constitución de 1993, actualmente vigente, sigue el sistema dual de control de constitucionalidad, adoptado por la Constitución de 1979.
- f) El sistema de control de constitucionalidad difuso se encuentra consagrado actualmente en el artículo 138 de la Constitución Peruana de 1993, en los términos siguientes:
- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
- En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.
- En el Perú se suscitó la polémica de si los órganos administrativos podían hacer también control difuso o no. El Tribunal Constitucional en un primer momento resolvió que sí podían y debían hacer control difuso; luego cambió su criterio circunscribiendo esta potestad exclusivamente al poder judicial.
- g) Los antecedentes del sistema de control de constitucionalidad en el Perú provienen de la denominada *judicial review* norteamericana. No obstante, en la Constitución del Perú y bajo la influencia de la Constitución española de 1978, se ha incorporado también el control de constitucionalidad abstracto a través de la instauración de un Tribunal Constitucional, lo cual hace a su sistema mixto o dual.
- h) En el Perú, el sistema de control de constitucionalidad difuso no solo se hace respecto de las leyes con relación a la Constitución, sino también de normas de inferior jerarquía de las legales con relación al mismo cuerpo normativo.

No obstante, si se quiere hacer un control de constitucionalidad abstracto, respecto de decretos y resoluciones (normas de menor jerarquía que la ley), se deberá recurrir a la acción popular.

- i) Si contrastamos el sistema difuso de control de constitucionalidad peruano con el de la *judicial review* de Estados Unidos de Norteamérica, encontramos, por ejemplo, que en este último país la Corte Suprema de Justicia ocupa la cúspide y se encarga de unificar toda la jurisprudencia. En cambio, en el Perú, quien hace esa labor es el Tribunal Constitucional, órgano distinto del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la constitución, realiza paralelamente el control difuso y el control concentrado. El control difuso, a través de resoluciones que constituyen doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes, y el control concentrado, a través de las sentencias normativas emitidas dentro de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular. Por su parte, la Corte Suprema actúa como segunda instancia judicial del proceso constitucional de acción popular, y también absuelve las consultas elevadas por los jueces ordinarios respecto de sentencias no impugnadas en las que hubiesen efectuado control difuso.

Es importante tener en cuenta que en el Perú, siguiendo una tradición romano-germánica, no funciona el sistema del *Stare Decisis*. El *Stare Decisis*, en un sistema de justicia constitucional difuso, genera diversas consecuencias sobre todo en relación al principio de seguridad jurídica.

El Perú tiene un sistema que se erige en base a las fuentes legislativas, y no como el *common law*, en base a su vinculación al precedente. Venimos de una tradición en la que el sistema judicial no está vinculado al precedente y de ahí que aplicar el sistema constitucional de control difuso, generaría cierta inseguridad jurídica. Esta situación se ha ido corrigiendo paulatinamente no solo por la instauración del sistema de justicia constitucional basado en el precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, sino sobre todo por la efectiva producción normativa y jurisprudencial del propio Tribunal, así como por la obligatoriedad de su acatamiento por los jueces.

- j) Un aspecto importante en el funcionamiento del sistema difuso de control de constitucionalidad, en el Perú, es la evaluación de la cualificación técnica de los jueces. En el Perú, por muchos años, siempre se ha considerado que la calidad de los jueces no es muy alta, y en estas circunstancias difícilmente se atreven a inaplicar una norma legal por ser contraria a la Constitución; hay mucho temor por los jueces a cometer prevaricato.

## Referencias

- Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales* (T. I, 1.ª ed.). ADRUS D & L EDITORES.
- García Belaunde, D. (1989). *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana* (T. I). Editorial y Distribuidora de Libros.
- Gonzales Quintero, R. (2011). Ley Fundamental, Supremacía de la Constitución y Control Constitucional: Una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Jurid. Manizales*, 8(2), 13-29.
- Piza Rocafort, R. (1987). Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2025/5.pdf>
- Rubio Correa, M. (1997). *Estudio de la Constitución Política de 1993* [Tomo V, Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Ruiz-Eldredge, A. (1980). *La Constitución comentada*. Editora Atlántida.
- Sagüés, M. S. (2007). Dinámica Política del Control de Constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América. *Foro Nueva Época*, (5), 125-195.





# EL SACRIFICIO POR LA VIDA HUMANA: UNA FILOSOFÍA ADECUADA CONTRA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ

*Jainor Avellaneda Vásquez\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
2020101209@ucss.pe

**Resumen:** El artículo aborda, mediante un enfoque hermenéutico, la problemática vigente sobre la despenalización del aborto en caso de violación sexual en el Perú. Tiene como objetivos, comprender y fundamentar porqué no es conveniente despenalizar dicha conducta. Para ello, se examina la figura objeto del problema según el derecho internacional y el derecho comparado en atención directa a lo regulado en nuestra normativa; se analiza los argumentos que inciden a favor y en contra de la misma. Por consiguiente, se ofrece una propuesta integradora sobre la base de tres fundamentos ius filosóficos: la ponderación de principios, los derechos humanos en dignidad como primera y única salvaguardia del concebido, y la dinámica de la comprensión como fuente reveladora del yo en lo otro.

**Palabras clave:** Aborto, violación sexual, despenalización, concebido, dignidad.

## PHILOSOPHY OF SACRIFICE FOR HUMAN LIFE: AN ADEQUATE RESPONSE TO THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION DUE TO SEXUAL RAPE IN PERU

**Abstract:** The article addresses, through a hermeneutic approach, the current problem regarding the decriminalization of abortion in case of rape in Peru. Its objectives are to understand and justify why it is not appropriate to decriminalize such conduct. For this, the figure object of the problem is examined according to international law and comparative law in direct attention to what our regulations regulate; the existing arguments for and against it are analyzed, and therefore an integrative proposal is offered on the basis of three foundations: the weighting of principles; human rights in dignity as the first safeguard of the conceived; and the dynamics of understanding as a revealing source of the self in the other.

**Keywords:** Abortion, rape, dignity, decriminalization, conceived.

---

\* Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

No es que pueda vivir, es que quiero. Es que yo  
quiero. La vieja carne al fin, por vieja que sea.  
Porque si la memoria existiera fuera de la carne no  
sería memoria porque no sabría de qué se acuerda y  
así cuando ella dejó de ser, la mitad de la memoria  
dejó de ser y si yo dejara de ser todo el recuerdo  
dejaría de ser. Sí, pensó. *Entre la pena y la nada  
elijo la pena.*

William Faulkner, *The Wild Palms*

## 1. Introducción

En América, el debate sobre el aborto es un duelo de extremos irreconciliables. Muchos denominan “victoria histórica” la legalización del aborto en Argentina. Similar apreciación merece la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que, a mediados de este año, dejó sin efecto el histórico fallo *Roe vs. Wade* (1973), desterrando a la interrupción del embarazo, de derecho constitucionalmente protegido a conducta ilícita y socialmente reprochable. Ambos hechos no suman ni restan, lo único que añaden a la opinión pública es perplejidad y confusión.

En el Perú, discutir sobre el aborto parece un asunto sencillo. Al estudiar directamente su legislación, damos por sentado que únicamente es aceptable el aborto terapéutico, mas, sus otras modalidades son perseguidas y castigadas como delitos. Sin embargo, hay una circunstancia que siempre abrirá sus puertas a la crítica, será incomprendida, cuya característica principal no es la sencillez sino la complejidad, esta es, la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación sexual. Sectores de la doctrina nacional, grupos ideológicos e incluso el Sistema de Naciones Unidas recomiendan al Estado Peruano adoptar su despenalización. Según Tribe (2013), aquella población que se opone al aborto, permitiría que sea esta una excepción, que una vida sea destruida, aunque se tengan que reescribir las normas desde cero. Otros sectores, por ejemplo, la Iglesia Católica, se oponen categóricamente a lo anterior, argumentando que la vida por ser donación de Dios solo a Él le corresponde reclamarla; también se oponen aquellos que apuestan por una ética del discurso rebatiendo la equivocada idea de una ley moral, nacida de la vida (dolor) por encima de la razón. Así, cuando se trata de emitir un juicio de valor sobre el aborto por causa de violación sexual (aborto sentimental) de un lado, la comunidad académica librepensante solo considera a la víctima, de otro lado, el Estado se ocupa de perseguir el delito, es decir, investigar, procesar y castigar al culpable; pocos,

son aquellos que piensan en la vida humana que se está desarrollando, simultáneamente, a la mujer violentada que le presta su vientre.

En tal sentido, instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú no solo se trata de una simple modificación al artículo 120 del Código Penal, sino de algo bastante complejo. Se trata de que el Estado a través de sus instituciones garantice a las mujeres su acceso, de la misma forma como garantiza el acceso a cualquier otro derecho. Pensamos que dicha iniciativa no es conveniente; así pues, para demostrar ello, esta investigación tiene como finalidad, comprender esta modalidad de aborto sin reducciones y fundamentar porqué no es conveniente respaldar su despenalización. Nuestra hipótesis, que podría admitir ciertas excepciones, más o menos es la siguiente: según el juicio de ponderación, el derecho a la vida, en disputa con otros derechos como el derecho de las mujeres a la libertad para decidir sobre su cuerpo, primaria en la mayoría de casos ya que es el derecho más fundamental de todos; garantizar el aborto sentimental vulnera los derechos humanos del concebido, pues la vida humana se mantiene en el vientre y nace con dignidad, esta cualidad es intrínseca y subyace como esencia, no puede ser arrebatada por otros ni tampoco rechazada por uno mismo; la doctrina de la comprensión es fundamental para reconocer a lo otro, aceptarlo como es y, tener el valor de encontrar sentido en el sufrimiento.

Partiendo de tales predicciones, tres son los capítulos que comprenderán el desarrollo de este artículo. En el primero, abordaremos aspectos generales de la problemática estudiada, diremos qué se entiende por inicio de la vida humana, delito de violación sexual, concebido y aborto. El segundo capítulo lo dedicaremos al tratamiento del aborto en caso de violación sexual en el derecho internacional y el derecho comparado: recabaremos de manera sustancial lo que nos dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y las legislaciones de España, Colombia y Nicaragua. En el tercer capítulo, analizaremos el aborto sentimental en el caso peruano, para ello interpretaremos exegéticamente la normativa respecto de la figura estudiada, explicaremos en qué consiste las posturas a favor y en contra de su despenalización y, finalmente, destacaremos una propuesta como solución al problema. Nuestras reflexiones se acogerán a lo siguiente: la ponderación de principios, la valoración filosófica de la dignidad y los Derechos Humanos del concebido, así como la dinámica de la comprensión.

## 2. Marco metodológico y marco teórico normativo

En primer término, nuestra investigación es de tipo dogmático-jurídico, aunque también haremos una contrastación del aspecto conceptual del tema, con los casos prácticos que ocurren en la realidad. Aplicaremos los métodos exegético y dogmático.

El método exegético es un método de interpretación de textos, llámese también, método hermenéutico. Su finalidad es encontrar el sentido más extenso y exacto de los textos objeto de análisis, estos textos pueden ser legales, jurisprudenciales, doctrinarios, como también textos clásicos, sagrados y literarios. En nuestro estudio aplicaremos este método, principalmente, a las normas nacionales e internacionales con la finalidad de encontrar el sentido del articulado pertinente en apoyo a nuestras pretensiones. Dicha aplicación se acercará en lo esencial al propósito de los hacedores de las normas consultadas.

El método dogmático, según Tantaleán (2016), es un método que estudia la naturaleza estructural del derecho objetivo, es decir, estudia a la norma jurídica en sí, por tal motivo, se basa fundamentalmente en sus fuentes. Así, este método se encargaría de estudiar una institución jurídica de manera integral y sistemática y, en toda su amplitud, moviéndose en un escenario puramente teórico. Para nuestra investigación se aplicará de modo directo a las normas jurídicas sin detenimientos en cuestiones prácticas, sin interesar su aplicación o sus sustratos valorativos. Aquí, lo que importa son las ideas que subyazcan en la desnudez o pureza del derecho y no en su validez aplicativa. Tal relevancia teórica se pone de relieve mediante abstracciones que podrían contrastar a la norma de derecho, analizarla, ampliar su contenido, como proponer su modificación y derogación. Este método se aplicará a casos prácticos, jurisprudencias, disertaciones de doctrina e incluso, hará posible el acercamiento a otros campos teóricos como, por ejemplo, la filosofía jurídica y la psicología.

Como herramientas de recolección de datos, en lo que refiere a las técnicas de investigación, se aplicarán el análisis documental y la entrevista. De otro lado, en lo que se refiere a los instrumentos de investigación se empleará, por ejemplo, el cuestionario, una lista de interrogantes dirigidas a catedráticos, investigadores, fiscales y otros especialistas en la materia.

En segundo término, la perspectiva de la cual partimos destaca que la vida humana inicia desde la concepción. Si entendemos por aborto a la interrupción del embarazo, es también, la interrupción de la vida o una forma de exterminarla. Así, pensamos que el aborto por violación sexual no es un derecho humano de la víctima, por lo que no puede concebirse en forma de libertad o derecho a decidir, constitucionalmente todo derecho

termina cuando inicia el derecho de alguien más. Además, si contrastamos el derecho a la libertad con el derecho a la vida, primaria la vida como ente causado por una causa suprema, independientemente al modo que lo originó; la despenalización del aborto sentimental es la peor reparación que el Estado podría ofrecer a las madres víctimas.

Asimismo, la relación de normas pendientes de analizar es de carácter nacional e internacional. Sobre las normas nacionales, se analizarán la Constitución Política (arts. 1 y 2.1), el Código Penal (art. 120) y el Código Civil (art. 1); y sobre normas internacionales, examinaremos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1 y 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2 y 6).

### 3. Cuestiones generales

#### 3.1. Antecedentes del problema

No resulta extraño hablar o escuchar hablar del delito de aborto por violación sexual, pues, si miramos hacia el mundo, nos daremos cuenta de que la mayoría de las legislaciones extranjeras ya lo han despenalizado. Cuba, en 1965, se convirtió en el primer país de la región en despenalizar el aborto. En nuestra nación este problema sigue predominando, en el artículo 120 del Código Penal se posan todas las miradas y algunas de ellas vienen desde muy lejos. No obstante, hay estudios que pretenden revocar este fenómeno; así, un primer enfoque es el constitucional, autores como Castro (2020), quien analizó el aborto sentimental y eugenésico regulado por el artículo 120 del Código Penal bajo una mirada constitucional, nos dice que el ordenamiento jurídico debería prescindir de esta norma, es decir, dejarla sin efecto legal; también sostiene que el Estado debería custodiar la libertad de las mujeres no solo dejando impune la práctica de estos tipos de aborto, sino garantizándolos, proveyendo que su ejercicio sea legítimo y constitucional. En esta línea de investigación, ya en relación directa a los derechos de la mujer, Guerra (2019), en su investigación acerca de la prohibición del aborto sentimental y los derechos constitucionales de la mujer en el Perú, concluye que este delito se expresa de manera inconstitucional, ya que para el Estado el *naciturus* es un bien jurídico protegido, y que los derechos que se vulneran con su excesivo e inflexible amparo son de carácter más fundamental y necesario.

Otros estudios se han propuesto identificar las consecuencias del tipo penal abordado recabando su naturaleza jurídica y ontológica. Incil y Mendoza (2021), quienes investigaron la penalización del aborto como consecuencia de violación sexual y sus implicancias jurídicas, concluyeron que la penalización del aborto sentimental vulnera la dignidad de las mujeres, ya que se les despoja de sus proyectos y se les utiliza como

instrumentos en nombre de la ley, además vulnera otros derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho a la libertad y a la salud. Así también, Sanchez (2011) parte de presupuestos hondamente filosóficos, entre ellos, la teoría del valor. Su objetivo principal fue fomentar el debate sobre, lo que él llama, un problema común de la sociedad peruana, siendo una alternativa de solución el compromiso de todos: involucrados, testigos y espectadores. El autor motivó su investigación mediante fundamentos teóricos, jurídico-filosóficos, estableció que el sentido del artículo 1 de la Constitución Política obedece a presupuestos de la ética kantiana; concluyó que, según la técnica de ponderación aplicada a casos de aborto por violación sexual, de la disputa entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre su cuerpo, primaría el segundo; finalmente, estableció que la solución al problema planteado lo tiene el derecho con sus valores constitucionalmente regulados.

Pocas son las investigaciones que miran con buenos ojos a la penalización del aborto por violación sexual. A pocos autores les parece que esta conducta penalizada no vulnera la Constitución y los derechos humanos. Entre aquellos que apuestan por la querencia de esa vida humana indefensa, tan solitaria y, condicionada a la decisión de su madre, están, por ejemplo, Saravia y Yataco (2019), quienes refieren lo siguiente:

Quando nos encontramos ante un embarazo producto de situación de violación o incesto siempre hay alternativas que no impliquen el querer atribuirse el derecho de matar una vida inocente. Puede ser lícito una decisión libre de entregar en adopción, cuando se tiene la certeza que no es posible convivir con el fruto de un acto que ha vulnerado la integridad de una mujer. (p. 19)

En este respecto, García (2006) nos dice que es risible plantear justificaciones al aborto; el feto es una vida humana y como tal, ninguna causa externa a su existencia, por más brutal que resulte podrá justificar su asesinato. Es lo mismo que el embarazo se haya efectuado producto de una violación sexual o en condiciones normales, y aquí no se trata de estar a favor o en contra, sino más bien dejarnos guiar por la verdad: una vida existe y el aborto es una acción en la misma categoría que el homicidio, es inmoral y punible.

## **3.2. Conceptos fundamentales**

### *3.2.1. Inicio de la vida humana*

¿Qué entendemos por vida humana? Según una definición de la RAE (2021), la vida es la prolongación que transcurre desde que un ser nace hasta que muere o hasta el presente. En el mundo clásico, Sócrates y la Escuela Platónica pensaban que la vida

humana era una dimensión orientada al ejercicio del bien; Aristóteles rescató este ideal sobreponiéndole el concepto de virtud. En la filosofía moderna, se renovó este concepto, pues pensadores como Hume, y sobre todo Kant, afirmaban que solo una vida libre y autónoma, esto es, una vida que se autorregula moralmente, es real y verdadera. Según Shakespeare, mediante el monólogo de Macbeth, la vida sería una historia voceada por un necio, llena de ruido y de furia que no significa nada. El cristianismo sostiene que la vida, siendo obra de un Creador, es la correspondencia entre el cuerpo y el alma. Por último, filósofos existencialistas como Sartre, conjeturan con rigor fenomenológico, que es nada la vida del hombre.

Ahora bien, entendiendo por noción de vida humana, de algún modo, lo descrito anteriormente, nos es dado preguntarnos: ¿Cuándo inicia? Muchos afirman que la vida humana inicia antes del nacimiento, de hecho, existen tres teorías que explican esto en lo sustancial: la teoría de la fecundación/concepción explica que la vida humana empieza a poco tiempo de contraer una relación sexual con la unión del óvulo y el espermatozoide y se consolida en un segundo momento, cuando el óvulo fecundado se convierte en cigoto; la teoría de la anidación nos dice que la vida humana empieza desde el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el útero de la madre; asimismo, hay investigadores que por afán de enfrentar el problema, invocan a una tercera teoría, esta es, la del inicio de la actividad cerebral, y refiere que la vida humana subordinada ocurre entre las 6 y 7 semanas luego de la fecundación en coincidencia al inicio de la primera actividad cerebral (Castro, 2020). Sin embargo, hay otros estudios que proponen al nacimiento como origen de la vida humana, en esto, se apela por la independencia del feto respecto de la madre mediante su desprendimiento del cordón umbilical, como presupuesto de existencia. No debe extrañarnos que los platónicos hayan apoyado esta teoría, afirmando que el alma se integra al cuerpo humano con el nacimiento.

### 3.2.2. *Delito de violación sexual*

El delito de violación sexual es una acción antijurídica que nace con la comisión de un acto sexual violento o no violento, pero indeseado, involuntario y no consentido por la víctima. Según la Real Academia Española (2021), este delito consiste en contraer relaciones sexuales de manera violenta con una persona que no ha manifestado su voluntad para ello. Así también, para Arismediz (2013), la comunidad humana condena y reprocha este delito con los más altos castigos si fuera ello posible, pues el comportamiento delictivo no solo atenta contra la integridad física de la víctima (partes de su cuerpo) sino que arremete contra su dignidad humana, la hunde en una insondable desproporción.

Sobre los factores que concurren para la comisión de este delito, no es siempre la fuerza física un requisito obligatorio. Los violadores pueden emplear muchas otras modalidades. Por ejemplo, pueden recurrir a la coacción o intimidación a fin de intimidar a su víctima y arrinconarla a un estado de imposibilidad para responder. La violación sexual también se configura cuando el agresor abusa sexualmente de su víctima, encontrándose esta en estado de inconciencia (imposibilidad de resistir) o en caso de que mentalmente sea incapaz de comprender el significado del acto sexual (personas discapacitadas). Hay un mito catastrófico y horripilante muy voceado entre los entornos sociales, el mito dice: “la víctima de alguna manera tuvo la culpa del delito en su agravio”. No nos sorprende que la sociedad de a pie, el vulgo, azuce tal frase, sin embargo, es devastador oír a magistrados, fiscales y letrados decir esto de la víctima: no debió estar sola en ese lugar a esa hora, no debió emborracharse, la ropa que usó era inadecuada o no debió usar esa ropa (Mendoza, 2008).

### 3.2.3. *El aborto*

¿Qué significa abortar?, ¿es un delito, o acaso, un derecho, un método? La RAE (2021) define al aborto como la interrupción natural o voluntaria del embarazo; la OMS, nos dice que es un procedimiento médico sencillo y común, voluntario, al tratarse del aborto provocado. Con fervor científico, Pérez (2016) afirma lo siguiente:

El aborto ... es la pérdida espontánea o provocada del producto de la concepción antes de que sea viable. Según la época en que el aborto se efectúe se le denomina “ovular” (en el primer mes), “embrionario” (del primer al tercer mes) y “fetal” (del cuarto mes en adelante). (p. 34)

A Cabanellas de Torres (2008) le parece que el aborto es sinónimo de privación del nacimiento, leamos pues lo que nos dice:

Del latín abortus, de ab, privación, y ortus, nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes del tiempo. Generalmente se dice de aquello que no ha podido llegar a su madurez y debido desarrollo ... es un género de delito, consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto, o la anticipación de este, con el fin de que perezca el feto. (p. 13)

En este respecto, según su concepción legal, el aborto es entendible como delito, toda vez que el elemento subjetivo, es decir, la intención u “opción” de la madre por abortar esté presente. Por otro lado, la fracción liberal sostiene que el aborto es un derecho,

un derecho fundamental que garantiza la vida digna de la madre, ellos apuestan por una libertad sin fronteras, por algo que la Moral cristiana combate con rigor, pues para ella, el aborto no es otra cosa que un infanticidio, un acto que vulnera un mandamiento sagrado, este es, el famoso “no matarás”. En nuestra humilde opinión, el aborto, nos parece que es un delito, solo justificable, en aquellos casos donde existe una amenaza concreta y directa a la vida de la madre, independiente a las causas que provocaron su embarazo.

De otro lado, es necesario mencionar que el primer Estado en legalizar el aborto fue la Unión Soviética en 1920. Asimismo, de parte de los filósofos más importantes de la civilización occidental tenemos aquí, algunos aportes: para Platón, el aborto se justificaba porque favorecía a un Estado Ideal discriminatorio; Aristóteles, defendía el aborto a fin de combatir a la sobrepoblación y, con ello, la pobreza (Da Costa, 2011).

## **4. Tratamiento del aborto por violación sexual en el derecho internacional y el derecho comparado**

### **4.1. Legislación internacional**

#### *4.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, también DUDH) fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 como iniciativa de la Comisión de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Marcó un antes y un después en la historia de la humanidad, perfilándose como cúspide de todos los instrumentos internacionales, surtiendo efectos incluso de norma imperativa o *ius cogens*.

En el primer párrafo de su Preámbulo establece: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Lo que se destaca en el preámbulo es el punto de partida de los derechos humanos fundado en la dignidad, una dignidad como cualidad diamantina e intrínseca y asidero de las aspiraciones morales del ser humano, en cuanto a ser un individuo en el mundo, falible pero inexpugnable.

Luego, el artículo 1 declara, el deber de la fraternidad que media entre los seres humanos, el respeto y reconocimiento del otro, del diferente, pero también del mismo e igual a nosotros, por ejemplo, el respeto y reconocimiento de la persona no nacida. He aquí, lo que nos dice la DUDH en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

También, el artículo 3 de la misma Declaración declara que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Aquí se reconoce derechos inalienables a todo individuo de la comunidad humana. Vale decir que con el término “individuo” no solo se hace referencia a persona humana, sino también a ser humano, hombre, e incluso religiosamente, a criatura; ello en conexión a su esencia única e irrepetible y, como ruptura de su naturaleza colectiva. En este sentido, no hay duda de que los derechos a la vida y a la seguridad también le asisten al concebido, en cuanto individuo con dignidad.

#### 4.1.2. *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, también PIDCP) es un tratado multilateral de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Permanece vigente desde 1976, luego de haber obtenido el número mínimo de ratificaciones como requisito necesario para su entrada en vigor. Su artículo 6, inc. 1, nos dice: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

A la vida, le sucede lo mismo que a la dignidad, es inherente a la persona humana. Independientemente de las interpretaciones disímiles que al ser humano y a la persona humana se le puedan atribuir, al concebido debe ampararle el discurso que más le favorezca. Es cierto que está protegido por la ley, no obstante, debemos aclarar que no se trata simplemente de la ley escrita, sino también de la ley natural, la ley moral y la ley del discurso; no basta la sola ley escrita, el concebido requiere un resguardo absoluto, sólido, universal, de parte de todo un sistema jurídico. Sin embargo, este Instrumento Internacional puede leerse de otras maneras mucho más imperantes y convincentes que la proferida. Su artículo 7, para muchos autores, presenta al embarazo por violación sexual como una especie de tortura contra la madre embarazada, una tortura cometida por los Estados que penalizan el aborto en dicha circunstancia; el propio Comité de Derechos Humanos en la Observación N. 36 ha señalado:

... todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados parte deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves

dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. (2017, p. 2)

#### 4.1.3. *Convención sobre los Derechos del Niño*

Este instrumento de DD. HH fue aprobado en noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. No se pronuncia literalmente sobre el aborto, pero sí desarrolla una vasta referencia al concebido, la cual se advierte en la parte inicial, precisamente, en su artículo 1, que prescribe lo siguiente: todo ser humano menor de los 18 años es considerado niño para efectos de su protección. El concebido no puede ser considerado como un ser humano sin tiempo, por tanto, es un niño para efectos de su protección desde el momento que existe. Los principios rectores como la No Discriminación y el Interés Superior del Niño, consolidarán de manera práctica dicha protección, ya que los Estados parte de la Convención están obligados a respetarlos.

El principio rector de la No discriminación exige al Estado asegurar la protección del niño de toda forma de discriminación existente y de las que pueden generarse con el devenir de los años, esta directriz motiva la protección penal del concebido; pues, si consideramos el aborto por violación, entre muchas otras razones, se elige esa opción porque el concebido es hijo de un violador. ¿Eso no es algo discriminatorio? Pero, ¿qué sucede cuando el ejercicio efectivo de la no discriminación en favor del niño produce discriminación a su madre? En este caso, se debe invocar el principio del interés superior del niño, el mismo que también le corresponde al Estado el garantizarlo plenamente

Según la reflexión de Scala (2011), la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados obligados a penalizar al aborto. Les exige ello, incluso en el caso de que el embarazo se derive de violación sexual. Para esto hay, pues, una razón fundamental. Aún en el caso que dos vidas se encontraran en juego, se prioriza la vida del ser humano por nacer, ya que su interés sería superior al interés de su madre, al interés de una mujer que además de ser madre es una víctima.

## 4.2. **Derecho comparado**

### 4.2.1. *España*

En España el aborto es legal desde el año 1985 como lo dispone la Ley Orgánica 9/1985, la cual autorizaba abortar solo en circunstancias especiales, por ejemplo, cuando el embarazo se derive de una violación sexual dentro de los tres meses; cuando la vida de la madre se exponga a un peligro inminente a consecuencia del embarazo; y, en los

casos donde se advierta que el feto podría arribar al mundo con graves lesiones físicas y psíquicas.

No obstante, en julio del 2010 entró en vigor la “Ley Orgánica 2/2010” o ley del aborto que habría sido promulgada en marzo de ese mismo año. Esta ley autoriza el aborto libre o en todas sus circunstancias, siempre y cuando ocurra en el intervalo de 14 semanas, plazo establecido en función a la madre, a fin de que ella misma decida la interrupción de su embarazo, sin intervención de terceros; además, autoriza abortar incluso a mujeres menores de edad entre los 16 y 17 años, respectivamente. A Gonzales (2010) le parece que la Ley 2/2010 ha surgido como respuesta idónea al problema de la salud sexual y reproductiva, la cual no solo ha incorporado un equilibrio dinámico para garantizar el aborto como última ratio, sino también la capacitación en asuntos afines como la orientación educativa sexual, psicosexual y afectiva, así como la formación y capacitación de especialistas en salud.

#### 4.2.2. Colombia

Colombia es uno de los países de la región con más incidencia de violaciones sexuales en mujeres menores de edad. Alrededor de los años 2005 y 2006 esta situación era bastante peor, siendo el momento oportuno para que la Corte Constitucional se pronunciara de manera categórica sobre el asunto, pues al Congreso simplemente no le interesaba. Según Pantoja (2014), la Corte se habría hecho con la función legislativa o, de alguna manera, habría sometido la función legisladora a la función que ella misma legitima, que es, la judicial. La Corte ha llegado a decir que la tarea del legislador no deberá impedir que el aborto se instaure y garantice, ya que los límites de la función parlamentaria son los derechos fundamentales previstos y protegidos en la y por la Constitución.

Del informe realizado por el Centro de Derechos Reproductivos en el 2021, rescatamos el siguiente párrafo:

Ante el recrudecimiento de la violencia sexual contra niñas y adolescentes, el acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva toma aún mayor importancia. Debe recordarse que, en Colombia, la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres casos: i) cuando existe un riesgo para la vida o la salud de la mujer, incluyendo afectaciones a su salud mental; ii) cuando el embarazo es producto de una violación o incesto y iii) cuando el feto es inviable. La Corte Constitucional declaró a la IVE un derecho fundamental que debe proveerse en todo el territorio nacional, sin restricciones ni dilaciones injustificadas. (p. 7)

Así, la sentencia C-355-2006 dio como resultado la despenalización del aborto en aquellos embarazos producto de violación sexual. Para emitir esta sentencia, la Corte Constitucional ha realizado una interpretación amplia y sistemática, a tal punto que convino en establecer que la persecución del aborto en todas sus circunstancias en cuanto a conducta delictiva vulneraba los derechos fundamentales de la mujer. Tal interpretación supuso dejar sin efecto de modo perentorio los supuestos penales que castigaban el aborto en tales circunstancias, que a la fecha funcionaban también a manera de causales de disminución de la pena que atenuaban el delito en sí, para ser consideradas desde ese momento como causales de exoneración de la sanción penal (Pantoja, 2014).

En la actualidad, los fundamentos en favor del aborto se han desarrollado progresivamente. Tan es así, que la interrupción voluntaria del embarazo hasta los seis meses de gestación viene siendo legal, en suelo colombiano, desde febrero de este año conforme lo autoriza la sentencia C-055-22 emitida por la Corte Constitucional, la misma que ha sido recibida muy familiarmente por las Organizaciones de Derechos Humanos de todo el mundo.

#### 4.2.3. *Nicaragua*

Nicaragua es uno de los pocos países que penaliza el aborto en todas sus circunstancias. Esta rigidez legal, por un lado, conforme a la ley de la mayoría, responde a un atentado contra los derechos fundamentales de la mujer, principalmente contra la vida y la salud, por otro lado, responde a la vulneración de la libertad como hecho objetivo. Esto último lo afirman aquellos que rechazan el aborto con fervor democrático, pero falaz, pronunciándose a su tenor como si se tratara de una cuestión de urnas y elecciones libres, como si la solución al problema se supeditara a una verdad harta satisfactoria de acuerdo con la voz de las mayorías. El propio Comité Contra la Tortura ha expresado su rechazo a la radicalización del aborto en el país caribeño. Nosotros pensamos que, al menos, se debe despenalizar y garantizar de forma efectiva el aborto terapéutico.

Por consiguiente, Amnistía Internacional (2012) afirma que la penalización del aborto en Nicaragua constituye una violación de derechos fundamentales que propugna la tortura en los casos de embarazo por violación sexual, esto, sin importar que el agente activo o violador pertenezca o no a la nómina del Estado. Recomienda que el gobierno de Nicaragua, debe, primero, despenalizar el aborto, luego, garantizarlo y convertirlo en un derecho fundamental efectivo, con la finalidad de que todas las niñas y mujeres puedan optar por un aborto seguro en amparo de su dignidad y como desinfección a la tortura que resulta sobrevivir a un hijo producto de una causa brutal y despiadada. Pensamos que Amnistía Internacional no responde por el concebido, dice poco, no dice nada sobre él, y

su silencio es bastante discriminatorio, un silencio que niega nuestro origen y rechaza a ese algo que siempre está.

## **5. El aborto derivado de embarazo por violación sexual en el Perú**

### **5.1. Análisis de la situación peruana actual**

Los procesos seguidos por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y salud en su modalidad de aborto sentimental o ético, conforme lo establecido en el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal, son muy escasos. Las causas que suelen predominar en las sedes fiscales se refieren principalmente a delitos como agresiones en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, incumplimiento de obligación alimentaria, lesiones y delitos de índole sexual. El delito de aborto por violación sexual es difícilmente perseguido y juzgado.

Ahora bien, entendiendo que esta circunstancia no atraviesa por lo común, y que, por tanto, atañe al sistema jurídico solo de manera leve, en especial al Ministerio Público, titular de la acción penal en representación de la sociedad y el Estado, nos hacemos la siguiente interrogante: ¿Será necesario dejar sin efecto una conducta, castigada con una pena absolutamente leve, y que, escasamente es procesada y juzgada? Si afirmamos que no resulta necesario, ¿cuál es el otro propósito de aquellos que lo invocan y propugnan? Aquí conviene subrayar dos factibles respuestas: implementar políticas públicas que garanticen el aborto sentimental como derecho legalmente protegido, y asegurar la progresividad del aborto en todas sus circunstancias. Sobre la primera, afirmamos que la implementación de dichas políticas en el Perú es prácticamente imposible; es más, ni siquiera el aborto terapéutico impune es garantizado sin entredichos, y prueba de esta afirmación es la Comunicación N. 22/2009 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación al famoso caso L.C. vs Perú, la cual refiere que nuestro país, no cuenta con preceptos legislativos ni de reglamento que dispongan el acceso al aborto terapéutico. Sobre la segunda, es importante mencionar que en países como España y Colombia la despenalización del aborto ha ido progresando poco, siendo la no prohibición del aborto sentimental uno de sus precedentes fundamentales.

Por tales motivos, será justo afirmar que el caso de Georgina Gamboa, recogido en el 2002 por la Comisión de la Verdad y reconciliación y admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2014, es indispensable para introducirnos racionalmente a la problemática pretendida inicialmente. En una noche de 1981, Georgina Gamboa, una jovencita de 16 años fue brutalmente violada por una patrulla de siete policías, quedando embarazada como consecuencia del crimen.

Ella quería matarse, creía que un monstruo iba creciendo y desarrollándose dentro de su cuerpo, pensaba en abortar, sin embargo, el Estado no le permitió, y la niña nació. ¿Era necesario el aniquilamiento de la niña, habría reparado los daños ejercidos contra Georgina? Esto nos acerca a otro cuestionamiento: ¿La adecuada identificación de los responsables en caso de aborto por violación sexual está supeditada a la víctima, a la madre?

A continuación, desarrollaremos desde la dogmática el problema estudiado según la normativa peruana. Las primeras líneas del artículo 120 del Código Penal son fundamentales. Como ya lo hemos mencionado, ofrecen acaso una única y débil resistencia ante la presión liberal, ya que representan la criminalización simbólica de una conducta. Nos ubicaremos en el primer inciso, pero el texto completo del artículo es el siguiente:

Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

El delito de aborto sentimental originariamente se pensaba que era aquel practicado a una mujer embarazada producto de una violación sexual. Sin embargo, nuestros legisladores, debido a la evolución de la ciencia genética, incluyeron en él a la circunstancia en que una mujer resulte embarazada debido a la una inseminación artificial, no dentro del matrimonio (Salinas, 2018).

En relación a las condiciones que concurren para la configuración de este delito, la comisión del mismo tiene lugar cuando el agente practica el aborto a una mujer que padeció violación sexual y como consecuencia resultó embarazada. La madre deberá solicitar y aceptar la intervención abortiva por esta causa, siendo ello un argumento de atenuación; el agente deberá conocer la causal del aborto, siendo una prueba el acta de denuncia policial por violación sexual. Asimismo, el bien jurídico protegido es la vida. La madre y la persona que le practica el aborto pasan a considerarse sujetos activos, el primero como coautor y el segundo como autor del delito; el sujeto pasivo es el concebido. En este delito no existe culpa como elemento subjetivo, los autores actúan dolosamente (Salinas, 2018).

Es evidente que el devastador crimen de violación sexual es utilizado para captar más adeptos en favor del aborto, apelando a sus sentimientos y emociones, representando al concebido como posible causa del delito o como autor mismo. El hecho que la mujer víctima sufra indeterminadamente no está en entredicho. Sin embargo, señalar al aborto como posible remedio es incongruente. Los dolores físicos y, sobre todo, los psicológicos y emocionales no serán sanados con el aborto. Lo único que ocasionará el aborto a la vida de la madre son padecimientos psíquicos (Mendoza, 2008).

En relación a lo mencionado en líneas precedentes, pensamos que el abordado inciso 1 del artículo 120 del Código Penal se encuentra entroncado en la Constitución Política. Bastará indicar que su derogación, de ser posible, atentaría directamente contra el artículo 1 y artículo 2, inc. 1, de esta Ley Fundamental. Leamos lo que nos dicen estos artículos:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho:  
1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El artículo 1 presenta a la persona humana como portadora de un valor inalienable e irrenunciable, siendo nada más que el fin supremo de la sociedad y el Estado. La persona humana es protegida, no por lo que haga o por lo que tenga, sino por lo que es, por su pertenencia a la comunidad humana. Según Sánchez (2011), esta máxima constitucional es bastante kantiana, “se basa en el sujeto como fin de toda función social y en tanto será el respeto de su dignidad (cualidad esencial y moral) lo que motivará a todo el sistema” (p. 4).

Por consiguiente, el inciso 1 del artículo 2 compagina al primer artículo, pues presenta a la vida como elemento material, como depositario de valores supremos, la estima como sujeto primigenio y básico que es por sí misma, y así, siendo, motiva su protección. La inclusión del concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, favorece su reconocimiento como persona humana, como un ser en el mundo con derechos fundamentales inherentes. De igual manera, el artículo 1 del Código Civil recoge este concepto, agregando como novedad a la concepción, el inicio de la vida humana. Por todo esto, pensamos que el concebido puede carecer de derechos patrimoniales y económicos, sin embargo, el derecho fundamental a la vida, se le sigue siendo asegurado, aunque medianamente, por nuestra legislación.

## 5.2. Argumentos a favor de la despenalización del aborto por violación sexual

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, integrado por instrumentos y organismos internacionales pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, es el encargado de promover y defender los derechos humanos bajo el fervoroso discurso de la vida digna. El concepto de “vida digna” que propugna este sistema enturbia el amplio horizonte que entendemos por dignidad, desplaza su carácter inherente a la vida humana a un reducto secundario y variable. Según esta perspectiva, la dignidad humana aparecería como cuartada o beneficio del contrato social, la democracia y el estado de derecho, permaneciendo todo el tiempo arrojada a la buena voluntad de los hombres que gobiernan los Estados, lo cual, de no ser así, esta desaparecería en algún momento, de la misma forma que un objeto tangible perece por su mal uso o por el albedrío de sus dueños cuando deja interesar o se convierte en un estorbo.

Guiados por lo anterior, si pensamos en los derechos de la mujer, pensemos también en la dignidad, una cualidad suprema, ilimitada que ha roto paradigmas y prejuicios, a fin de garantizarlos de una manera plena. En relación al delito de aborto en casos de violación sexual, Naciones Unidas, siendo portavoz principal de la dignidad humana, recomienda al Estado Peruano, despenalizarlo y garantizarlo, con el propósito de no continuar atentando contra el derecho de las mujeres a gozar de una vida digna, cuyo correlato comprende el respeto a la “autonomía y libertad de decidir sobre su cuerpo” y el derecho a la “no discriminación”. En tal sentido, a Solís (2019) le parece que estos atentados tienen como fundamento “la absoluta protección del concebido en detrimento de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, salud integral y otros derechos fundamentales de las gestantes víctimas de violencia sexual” (p. 59).

Por consiguiente, uno de los argumentos que de alguna forma poseen un mayor peso discursivo, lo expresa el Comité de Derechos Humanos, en la Observación N. 36 del 3 de septiembre del 2019. Este organismo estima que las prohibiciones de los Estados que restrinjan el acceso de las mujeres al aborto, y más aún, en circunstancias especiales donde el embarazo sea consecuencia de una violación sexual, pondría en peligro sus vidas, y se les sometería a torturas, dolor y tratos crueles, violando el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta línea de argumentación, el radicalismo liberal interno ha postulado una idea que resulta *per se* intrascendente. Dicen que la Constitución trasgrede su propia fe; esto debe sonar irónico y, tal vez, ridículo, sin embargo, hay disposiciones en la Carta Constitucional que no deberían, según ellos, integrar el primer orden del sistema jurídico peruano. Macassi (2003) nos dice lo siguiente:

En el proceso de reforma constitucional se ha incluido un artículo que le otorga al concebido la categoría de sujeto de derechos, lo que ha sustentado una política trasgresora de los derechos de las mujeres poniendo al que está por nacer por encima de los derechos de la mujer, de la integridad física, la vida y la salud reproductiva de las mujeres. (p. 40)

Asimismo, para Guerra (2019), deconstruir el concepto de derechos fundamentales es meritorio. Con ello, la despenalización del aborto derivado de abuso sexual incidiría positivamente en la mujer, repararía los daños producidos por la violación sexual, y provocaría la continuación de sus proyectos de vida. El autor escribe lo siguiente:

Los derechos constitucionales vulnerados en el delito de aborto sentimental por violación sexual tienen la categoría de derechos fundamentales, y se destaca a la dignidad que evita su cosificación, al libre desarrollo de su personalidad que evita que se destruya su plan de vida y el derecho de salud reproductiva que evita que acceda a maniobras clandestinas poniendo en riesgo su salud y vida. (p. 79)

### **5.3. Argumentos en contra de la despenalización del aborto por violación sexual**

Los argumentos en oposición a la despenalización del aborto por abuso sexual, consideramos, provienen del Magisterio de la Iglesia Católica, de la moral laica reflejada en la ética del discurso, y de la bioética como fundamentación práctica de la vida humana.

#### *5.3.1. Magisterio de la Iglesia Católica*

El Magisterio de la Iglesia Católica acoge al hombre como una criatura, como fruto de la creación a imagen y semejanza y Dios. La causa primera de ese ser cristiano es Dios, es en Él donde busca y encuentra respuestas a sus preguntas últimas con abandono y sed de infinito. Según la Iglesia Católica, la vida humana es sagrada, inicia en Dios y en Él termina; la interrupción de la vida no nacida atenta contra su voluntad, y, aunque cuan ridícula sea la naturaleza moderna de los tiempos, no se puede escoger a la “Humanidad como sucedáneo de Dios” (Pessoa, 1997, p. 18). La Instrucción *Donum Vitae*. Sobre el *respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* establece algo muy importante:

La vida de todo ser humano ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la concepción, porque el hombre es la única criatura en la tierra que Dios ha “querido por sí misma”, y el alma espiritual de cada hombre

es “inmediatamente creada” por Dios; todo su ser lleva grabada la imagen del Creador. La vida humana es sagrada porque desde su inicio comporta “la acción creadora de Dios” y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin. Sólo Dios es Señor de la vida desde su comienzo hasta su término: nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente.

Por su parte, el papa Juan Pablo II (como se citó en Bermúdez, 2005) aborda este asunto mediante preguntas de una profundidad elogiada:

¿Cómo es posible hablar todavía de dignidad de toda persona humana cuando se permite matar a la más débil e inocente? ¿En nombre de qué justicia se realiza la más injusta de las discriminaciones entre las personas, declarando a algunas dignas de ser defendidas, mientras a otras se les niega esa dignidad? (p. 104)

Asimismo, Bermúdez (2005) comenta que la Iglesia no contraviene a la humanidad; su doctrina solo puede ser entendida como un rechazo al avance de una racionalidad ciega y vacía. La Iglesia cumple una función preventiva contra el comportamiento que menoscaba al ser humano, que contravienen su naturaleza, atentan contra las normas que rigen el curso de la humanidad y lo empujan a rumbos mejores.

### 5.3.2. *Perspectiva moral laica: ética del discurso*

La Ética del discurso refiere dos tesis: la primera, no dice que la interrupción de la vida humana no nacida es una conducta injusta; la segunda destaca que el principio moral, por el cual la práctica abortiva es injusta, puede no aplicarse o no ser exigible para algunos casos (Michelini, 2019).

¿Cuáles son aquellos casos en que el principio moral no es exigible y aplicable? Pensamos que la práctica del aborto terapéutico no merece exigibilidad alguna del principio moral, pues el peso deliberativo escasamente se encuentra en las legislaciones de los países; la madre embarazada, es la que decide en cuanto a practicarse o no un aborto, y ambas decisiones serán igualmente válidas y de ninguna manera injustas, pues aquí se discute la vida que debe ser interrumpida para que la otra siga su curso. Al aborto derivado de abuso sexual sí le será aplicable el principio moral. En este escenario, la interrupción de una vida no se justifica en el progreso de otra, pues se da el caso que ambas vidas no están en peligro debido a ninguna de ellas, y considerando que ambas merecen respeto

y trato digno, no es necesario que a una vida se le aniquile y se convierta en medio para garantizar un bien menos valioso que ella como es, la libertad, la satisfacción de la madre.

A este propósito, Jürgen Habermas, uno de los máximos representantes de la ética del discurso, invoca originariamente a la cuestión moral, entendida como una noción de imparcialidad y justicia, por la que, de algún modo, se podría obtener una respuesta definitiva e igualmente justa y buena para todas las partes (Michelini, 2019). La teoría de la ética del discurso ha llegado a reconocer a la dinámica kantiana de los fines como su antecedente fundamental, y ha osado modificar la razón práctica clásica, de monológica a una razón dialógica, es decir, a una razón comunicativa. En este contexto, advertimos que la perspectiva moral del discurso es vital para acercarnos a la raíz de esta problemática. Michelini (2019) nos dice que “el problema del aborto puede y debe ser vista como un fenómeno que atañe a todos los interlocutores discursivos, porque afecta intereses de los miembros reales y virtuales de la comunidad ilimitada de comunicación” (p. 125).

Bastará añadir que la privación del concebido al acceso de comunicación no es sustentable en razones naturales, pues hay grupos de personas que se encargan de restringir ese acceso. Sin embargo, los interlocutores discursivos que comprendan el discurso del concebido, se darán cuenta que no se trata de un discurso sustentable en la sola palabra o en el mero oír y parlamentar.

### 5.3.3. *Perspectiva de la bioética*

La bioética responde al problema del aborto sentimental desde la entraña de las ciencias naturales, nos dice que la vida humana inicia en el instante de concepción y que el embrión es un ser humano. A este respecto, Ganoza (2020) destaca lo siguiente:

La ciencia genética, biológica, celular y embriología afirman que la vida humana inicia en la concepción. El Estatuto biológico del embrión refiere por qué un embrión es un ser humano: Tiene estructuras y funciones propias que se organizan entre sí de forma dinámica, tanto en el tiempo como en relación con la materia y entorno (unidad biológica autónoma). Proviene de dos células humanas reproductoras (masculina y femenina), las cuales, al unirse, conforman un nuevo sujeto proveniente de la misma especie humana con carga genética propia, la que participa en la construcción del organismo del nuevo sujeto. Contiene 23 pares de cromosomas, los cuales corresponden a la especie humana, ya que es la única que contiene tal cantidad. (p. 46)

El concebido y el embrión no son biológicamente la extensión del cuerpo de la madre, pues poseen específicamente particularidades propias, una identidad única que comprende toda información genética que va desde su estado actual hasta la adultez. Además, el cigoto es un ser humano, uno nuevo, con plenas capacidades de autonomía biológica en todo lo que dure su proceso de formación; del mundo que lo circunda, capta reflejos con significado vital. El hecho que no sea independiente al cuerpo materno no le restringe la facultad de autorregularse biológicamente, de hecho, los recién nacidos tampoco son independientes al cuerpo de la madre hasta lograr cierto entroncamiento en el orbe (Burguete, 2016).

#### **5.4. El riesgo de ser lo otro: tres reflexiones a modo de propuesta**

En el tramo introductorio fijamos como hipótesis que no era conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú. En lo que sigue de esta investigación nos referiremos a ella, ratificándola racionalmente.

##### *5.4.1. Ponderación de principios entre la vida del concebido y la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo*

Las normas están divididas en reglas y principios, y se aplican al caso en concreto a través de dos operaciones: la subsunción y la ponderación. La subsunción se encarga de aplicar las reglas (mandatos específicos y condicionados); la ponderación, por el contrario, hace posible la aplicación de los principios (mandatos de optimización) (Alexy, 2010, p. 14). La necesidad de ponderar surge cuando a un mismo supuesto de hecho le son aplicables dos principios, los cuales generan resultados absolutamente disímiles, entonces la ponderación aparecerá como un juicio racional-argumentativo que compara el grado de importancia de la aplicación de un principio en cese de otro de menor relevancia. Debemos aclarar, en este contexto, que el valor absoluto regularmente asignado a cada principio es desplazado por el juicio ponderativo a un plano secundario, a un plano graduable y relativo, por citar un ejemplo: a los derechos fundamentales en colisión se les reconocerá a cada uno un valor diferente de acuerdo con la naturaleza del caso (se rechaza el argumento de analogía).

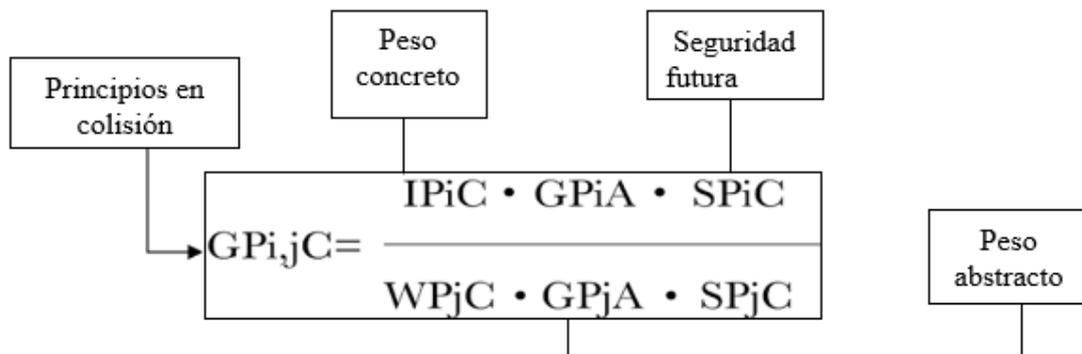
En este orden de ideas, Alexy (2010) explica con precisión la famosa ley de ponderación: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p. 15). Para el filósofo alemán la ponderación tendría una elevada relevancia pragmática, ya que son dos los presupuestos de valoración y escrutinio: la no satisfacción o intervención

gradual de un principio, y, la relevancia y satisfacción de otro de mayor peso según la escala triádica.

La escala triádica que refleja a grandes rasgos una práctica argumentativa, como también una forma intuitiva adecuada, es el conjunto de rangos que se asigna según sea el caso a los pesos concreto y abstracto, estos rangos son: (l) “leve” reducido o débil, (m) “medio” y (g) “grave” elevado o fuerte (Alexy, 2010, p. 20). A cada rango le corresponderá un valor numérico: al leve le corresponde un valor de 1, al medio un valor de 2 y al grave un valor de 4. Asimismo, para determinar el grado de valor en la segunda ley de ponderación “ley epistémica o ley material de ponderación” orientada a la seguridad de las apreciaciones y presupuestos empíricos o la seguridad del valor futuro de los pesos para realización de un principio por el sacrificio de otro, existe una segunda escala triádica de la cual se desprende tres rangos: (s) seguro, (p) plausible y (e) no evidentemente falso. Al primer rango le corresponde un valor de 1 ( $2^0$ ), al segundo un valor de  $\frac{1}{2}$  ( $2^{-1}$ ) y al tercero un valor de  $\frac{1}{4}$  ( $2^{-2}$ ) (2010, pp. 33-34). Ahora revisemos la fórmula del peso de Robert Alexy:

**Figura 1**

*Fórmula del Peso*



<b>G<sub>Pi</sub></b> : <u>PRINCIPIO 1</u> (grado de no satisfacción o restricción)	<b>I<sub>PiC</sub></b> : peso concreto (1l,m2,g4)	<b>G<sub>PiA</sub></b> : Peso abstracto (1l,m2,g4)	<b>S<sub>PiC</sub></b> : Seguridad de presupuestos empíricos (s1,p1/2, e1/4)
<b>j<sub>C</sub></b> : <u>PRINCIPIO 2</u> (importancia de la satisfacción)	<b>W<sub>PjC</sub></b> : peso concreto (1l,m2,g4)	<b>G<sub>PjA</sub></b> : Peso abstracto (1l,m2,g4)	<b>S<sub>PjC</sub></b> : Seguridad de presupuestos empíricos (s1,p1/2, e1/4)

Adicional a esto, no es preciso reflejar estos razonamientos en un caso concreto<sup>1</sup> a fin de demostrar el grado de afectación de un derecho en satisfacción de otro. Por ello, debemos asumir hipotéticamente la idoneidad de ambos derechos, es decir, su adecuación con el ordenamiento jurídico, de tal manera también debemos asumir para efectos de este caso que el delito de aborto sentimental ha sido derogado.

Conforme fluye del caso, los derechos o principios en colisión en una primera operación son la afectación de la vida del concebido (GPi) por la satisfacción de la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo (jC), y se tiene que: el peso en concreto o grado de afectación del primer principio es grave (4), ya que el aborto ha provocado la muerte del concebido, interrumpiendo de manera definitiva su desarrollo; su peso en abstracto es elevado (4), pues “el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción” (Alexy, 2010, p. 21); su peso específico, el peso de las medidas adoptadas o grado de afectación futura es segura (1) o totalmente segura, quiere decir, los abortos se incrementarán. Asimismo, el peso concreto o importancia de la satisfacción del segundo principio en conflicto (libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo) es débil (1), pues no se conoce con certeza si el embarazo fue producto de una violación, ya que la pareja de la víctima alega ser padre de la vida trastocada y, además, todo aborto tiene por secuela generar traumas psicológicos a la madre; su peso abstracto es medio (2) no se trata de una libertad absoluta, la condición del concebido como parte del cuerpo materno es relativa; y su peso específico o afectación futura es segura (1).

En una segunda operación, los principios varían su orden de ubicación, la afectación de la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo (jC) por la vida del concebido (GPi). ¿La vida del concebido afecta al derecho de la libertad...? Veamos: El grado de afectación de jC es leve (1), su peso abstracto es medio (2) y su valor de afectación en el futuro es seguro (1); el grado de la importancia de la satisfacción del principio GPi es elevada (4), su peso abstracto es elevado (4) y, su valor de afectación en el futuro es segura (1).

### Primera operación

$$G_{Pi, jC} = \frac{4 \times 4 \times 1}{1 \times 2 \times 1} = \frac{16}{2} = 8$$

### Segunda operación

$$jC, G_{Pi} = \frac{1 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{2}{16} = 0,125$$

Como resultado, se advierte la primacía del derecho a la vida del concebido respecto de la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo con un valor (8) en relación al grado de afectación del derecho a la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo ante la vida del concebido que arroja un valor (0,125), absolutamente inferior al primero.

#### 5.4.2. *El deber de respeto en el yo: valoración filosófica de la dignidad y los Derechos Humanos del concebido*

Las nuevas reflexiones sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup> deben recabar en lo esencial conclusiones objetivas. La doctrina del derecho internacional ha coincidido en algo que a nosotros nos parece inexacto, esto es, asignar un mismo peso, valoración o importancia a todos los derechos humanos. Pensamos que hay derechos humanos que deben primar sobre otros y no necesariamente como resultado de un examen ponderativo, sino más bien, por el acopio de circunstancias intersubjetivas fácticas e insolubles que merecen un tratamiento excepcional<sup>3</sup> y, por la relación medios-fines y fines-medios<sup>4</sup> que interfiere entre todos ellos. Cuando hablamos de esta relación, no hacemos referencia a la práctica instrumental de valores jurídicos en tanto derechos, sustancialmente existirán derechos que serán medios y fines para otros derechos y al mismo tiempo, medios y fines para ellos mismos, no obstante, habrá otros derechos que no funcionarán de esa manera y ello solo significa que se mantendrán supeditados al primer grupo. El rechazo a la jerarquía de los derechos humanos ha forzado *ex profeso* su verdadera naturaleza, esto, por conveniencia de algunos grupos de poder<sup>5</sup> e ideologías que buscan mitigar (adormecer) el dolor propio (deseo) en desmedro de lo otro, generando dolor en lo otro. La recurrencia a un pretencioso reino de los fines<sup>6</sup>, el ceñirlo con el halo de los derechos humanos es un discurso inexacto que nos involucra en una idea equivocada de lo que debemos entender y aspirar como realidad.

Y ahora, ¿qué debemos entender por derechos humanos? Pollmann (2008) sitúa a los derechos humanos simultáneamente entre la moral, el derecho y la política y señala que estos “son pretensiones, moralmente fundamentadas, a realizar políticamente derechos fundamentales” (p. 12). La dimensión política de estos derechos es la más importante, de ella depende que los mismos sean regulados y garantizados, aunque también vulnerados, y, en tal sentido, ¿cuándo nos encontramos ante la vulneración de derechos humanos? Nuestra respuesta será la siguiente: se vulneran derechos humanos cuando el Estado infringe por acción u omisión su propio ordenamiento jurídico causando agravios a sujetos individuales.

¿Despenalizar el aborto por violación sexual atentaría contra los derechos humanos del concebido? El profesor Edgar Cruz responde que sí, nos dice que concepción es igual a fecundación y que la unión de gametos, con 23 cromosomas cada uno, forman un ser humano diferente de los padres y, por ello, considera que despenalizarlo sería la violación más injusta de los DD. HH<sup>7</sup>. Por el contrario, a la especialista en derechos humanos, Tatiana Chavez Filinich, le parece que no constituiría una vulneración a los derechos humanos, ya que tratándose de una violación sexual la niña o la mujer se encuentra en una situación de desventaja donde de manera forzada han vulnerado su derecho a la libertad de elegir ser madres. Debe quedar en ellas la decisión de proceder o no. Al hacer una ponderación prevalecería el proyecto de vida por la que pueda optar la mujer agredida<sup>8</sup>.

Nosotros pensamos que despenalizar este tipo de aborto sí atentaría contra los derechos humanos del concebido. La finalidad del tipo penal, previsto en el artículo 120 de nuestro Código Penal, no es sancionar o castigar a los sujetos responsables sino prevenir una conducta moral y socialmente reprochable. Esto puede entenderse cuando advertimos que la gravedad de la pena correspondiente no será mayor de tres meses, será pues, una pena suspendida, simbólica y escasamente aplicable, por ello, el estado no obliga a ser madre a ninguna mujer, lo único que busca es la protección de todos los seres humanos, la protección de la vida humana en desarrollo, quiero decir, el deber de respeto, el compromiso con la dignidad<sup>9</sup>; además, considerando que la maternidad no se reduce simplemente a una idea biológica, a la madre el Estado le exige algo mínimo, la madre podrá elegir lo que más le convenga, ser o no ser madre, siempre y cuando haya permitido nacer a un ser humano. El dolor de la madre, por llevar a cabo un embarazo no deseado y producto de un atentado contra su libertad sexual e integridad, suele ser muchas veces incomprensible, monstruoso e inimaginable. Sin embargo, la vulneración de los derechos

<sup>7</sup> Según instrumento de recolección de información (cuestionario).

<sup>8</sup> Según instrumento de recolección de información (cuestionario).

<sup>9</sup> Artículo 4, inc., 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

humanos de la madre se podría configurar no cuando el Estado le prohíbe abortar, sino cuando el estado se aleja de ella y su embarazo, se aleja del niño y no respalda su decisión de no ser madre.

Asimismo, retomando el asunto de la dignidad, hay algo aún que debemos resolver. Los sistemas de protección de derechos humanos supuestamente aspiran y difunden la protección y el deber de respeto de la dignidad humana, sin embargo, hay muchos cuestionamientos al respecto. Nos centraremos brevemente en uno de ellos: si la dignidad es una dote, una donación, un premio magnífico por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, ¿tiene sentido diferenciar a la vida humana de la vida humana digna (calidad de vida)? Pensamos que no tiene mucho sentido, pues toda vida humana es digna desde su inicio, es digna incondicionalmente. Entonces, lo que pretende el discurso de la vida digna, vale decir, es asumir que ciertas personas por alguna circunstancia no poseen dignidad o la pierden, veamos un ejemplo: una mujer ha quedado embarazada consecuencia de un abuso sexual, la mujer ha perdido su dignidad, su vida abstractamente pesó menos que otras vidas. ¿Qué debe hacer para recuperar esa dignidad arrebatada? Dejar que el aborto sea una medida excepcional o, como sugiere y exige Naciones Unidas, considerar al aborto como regla general y acceder a él a modo de derecho fundamental.

Respetar el deseo de la madre, de no seguir siendo madre, el deseo de dañar a un ser humano con un interés superior que otro ser humano en beneficio propio, a fin de salvarse y salvar su proyecto de vida, es la práctica más evidente de racionalidad instrumental. ¿Qué decirle al concebido cuando su madre desea arrebatarse su proyecto de vida, cuando su madre sufre y lo acusa de un crimen, y pide venganza en su agravio? Si hablamos de deseos, la madre desea terminar con su dolor, recuperar su vida. ¿Alguien sabe lo que desea el concebido? Habrá que preguntarle si desea morir y esperar una respuesta que no llegará porque humanamente es imposible, habrá que confiar en una realidad milagrosa. ¿Por qué no seguir el camino más idóneo? Habrá que decirle a la madre, no lo mates, dámelo a mí<sup>10</sup>.

#### 5.4.3. *La dinámica de la comprensión y el don hospitalario del yo en lo otro*

Hay bastantes razones para pensar que el problema del aborto “sentimental” es un problema de comprensión. Una de ellas consiste en no identificar correctamente a las partes involucradas, hasta hoy las miradas solamente se han posado en aquello que resulta

<sup>10</sup> “Si oís que alguna mujer no quiere tener a su hijo y desea abortar, intentad convencerla para que me traiga a ese niño. Yo lo amaré, viendo en él el signo del amor de Dios” (Santa Madre Teresa de Calcuta, 1979).

tan evidente, ya en el dolor y en la soledad de la madre, ya en el concebido. Sin embargo, hay muchas otras partes que aún nos falta identificar, por ejemplo, falta decir, comunicar a la madre que el “nosotros” como comunidad de seres humanos también participa en todas sus circunstancias. A tal afirmación resta sumarle la buena voluntad de nuestro compromiso, porque la comprensión de la vida humana no solo exige su reconocimiento sino la apertura directa o el encuentro con los sujetos que la poseen.

Otra de las razones fundamentales se entronca en la negación del contexto humano como fuente de sentido. Ocupemos por un instante el lugar de la madre, veamos al concebido y a la humanidad que le rodea desde ella, solo en ese estado será posible asumir racionalmente que su deseo original no es el aborto, sino la regresividad de los eventos en el tiempo, es decir, el estado anterior a la comisión del ilícito en su agravio. Entonces, como ello es algo imposible, le surge el temor a la alteridad, una indiferencia a ser otra o permitir dramáticamente que lo otro le absorba; y en esa circunstancia la libertad se transforma en un simple recorrido del yo en un yo ciego que ensalza su propia desesperación; en esa misma circunstancia nace también, la necesidad de un sentido, un sentido en la libertad íntima y en la gracia infinita<sup>11</sup>.

La libertad como un simple recorrido en el yo (libertad externa), supone una aptitud desigual para valorar y proteger la vida. Las pretensiones de la comunidad proabortista estriban en el sufrimiento de la madre. Por ello, cuando declaran que la penalización del aborto sentimental es discriminatoria, viola derechos como la salud, la libertad y obliga a las mujeres a seguir siendo madres, parecen tener toda la razón. Desde nuestra perspectiva no se intenta desmontar supuestamente tal verdad, sin embargo, bastará reflejar que lo que ellos proponen contraría de forma absoluta el deseo original de la madre, al priorizarse el deseo de no continuar siendo madre de la aspiración de no haber sido violada que es un presupuesto contrafáctico de una validez indeterminada, imaginaria, pero “milagrosa”. Suele pensarse que el Comité de Derechos Humanos ratifica y ampara la vida humana sin reducciones, empero, no hay tal cosa. Hemos leído y releído la Observación N. 36 y no se ha encontrado una sola línea dedicada a la vida del concebido. En dicho texto solo se habla de la vida humana de aquellos individuos que conviene que sigan teniéndola. Por tanto, propone al aborto como como fuente de sentido humano, como rechazo a la tortura.

Por otro lado, el sentido de la libertad interior o sentido como donación es uno de los presupuestos más valorados por la doctrina de la comprensión será Viktor Frankl, a través de su obra y su propia vida, el más capacitado para hablarnos de ello. Un hombre como él, sobreviviente a Auschwitz, piensa que el sentido es aquella luz interior que nadie

<sup>11</sup> Conocido también como “sentido religioso” el cual se expresa a través de preguntas últimas, desde un estado de desproporción total de la aceptación y apertura hacia el “carácter insoldable del misterio” (Guissani, 2011, p. 78).

puede apagar y que todo destino tiene un sentido porque es un regalo. Leamos lo que nos dice:

*Precisamente esa libertad interior, que nadie puede arrebatarse, confiere a la vida intención y sentido ... Pero también atesora sentido una vida exenta de creación o contemplación, que solo admite una única capacidad de respuesta: la actitud de mantenerse erguido ante su inexorable destino, como por ejemplo en un campo de concentración. En esas condiciones, al hombre se le niega el valor de la creación o de la vivencia, pero aun así la vida ofrece un sentido. De manera que todos los aspectos de la vida son significativos; también el sufrimiento. Si hay un sentido en la vida, entonces debe haber un sentido en el sufrimiento. La experiencia indica que el sufrimiento es parte sustancial de la vida, como el destino y la muerte. Sin ellos, la existencia quedaría incompleta. (2011, p. 63)*

Frankl nos ha regalado un magnífico retrato del hombre cuando busca y encuentra sentido en el sufrimiento. De esa manera, lo que proponemos como respuesta al deseo original de la madre es la participación activa de la humanidad (contexto) como energía vencedora de lo imposible (sentido), proponemos a la humanidad como sucedáneo de la muerte; decimos pues, que siempre hay más cosas en el mundo que el cielo y la tierra, que hay una realidad prodigiosa que se esconde entre ambos confines, y que también se abre hacia nuestros deseos, algo que no podemos encontrarlo aquí ni allá porque no aparece en un uno mismo sino en lo desconocido, en lo otro. Así, nuestro fundamento final se anidará en la interconexión de tres elementos: el contexto humano de participación, la libertad interior que concede a la vida intención y significado y, lo otro o profundamente otro. En este caso, lo otro no es el extranjero o el foráneo, es el concebido, un ser humano que únicamente reclama hospitalidad y respeto.

En la filosofía, la pregunta por el otro es tan relevante como la pregunta por el ser. Lo otro, de la misma manera que el sentido, también emerge como una donación; una donación pura del “yo mismo”, cuyo efecto, como pensaba Jacques Derrida, implicaría que el sujeto que da no sepa que está dando y el sujeto que recibe tampoco sepa que está recibiendo. Este dar puro permite que “lo mismo” no se adueñe de lo otro, sino al contrario, lo descubra, sea absorbido y se integre a ello, a fin de permanecer inmutable, intacto. Allí podemos discernir un deber que nos exige tal condición, este es el de soportar, aceptar, tolerar, lo otro, que es, lo insostenible, lo inaceptable y lo intolerable. Ahora, reflejemos estas abstracciones en un ejemplo.

Hay una mujer embarazada por consecuencia de una violación sexual. La mujer se encuadra en lo mismo (la víctima), mientras que el concebido es lo otro (lo insoportable). Lo mismo no es dueño de lo otro, la mujer no es dueña del concebido y no puede disponer de él, sino todo lo contrario, el concebido es dueño de la mujer (su madre) porque necesita de ella para desarrollarse. ¿En qué momento se rebela el dar puro y en qué momento se extingue? El dar puro se rebela en el momento que la madre acepta pertenecer al otro<sup>12</sup> y soportar lo insoportable; el dar vida, el hacer que el otro aparezca ya es un dar puro (ella no sabe que está dando y lo otro no sabe que está recibiendo) no obstante, la permanencia de dicha donación le sugiere donar algo más, le sugiere donar su propia vida a la vida del otro. El dar puro se extingue en el momento que la madre decide adueñarse de lo otro y considerarlo como parte de ella, disponer del concebido por complacencia de sí misma y no soportar lo insoportable, matar a lo otro.

Por último, vamos a decir fenomenológicamente, que el concebido es un ser en el mundo como cualquier otro. Todos somos un nosotros despojado de saberes previos e ideas preconcebidas. Vemos al concebido y no se nos parece de ninguna manera, porque es absolutamente lo otro; a su primer mundo (la madre) tampoco se le parece porque ella también es nosotros. Hemos respondido a lo que es, pero nos falta responder a lo que quiere en el mundo. Lévinas piensa que lo absolutamente otro es ese rostro que está ahí, situado entre los demás rostros, que encarna el “no matarás” el “a nadie matarás”, ese rostro que nos dice no me mates, protégeme. La significancia misma del rostro del otro es el principio “no matarás”:

Abordar al Otro es cuestionar mi libertad, mi espontaneidad de viviente, mi dominio sobre las cosas, esta libertad de la “fuerza que va” esta impetuosidad del corriente a la cual todo está permitido, aún el asesinato. El “No matarás” que esboza el rostro en el que se produce el Otro, somete mi libertad a juicio. (2002, p. 307-308)

El “NO MATARÁS” que suena al unísono con “no me mates, protégeme”, cuya trascendencia pone de relieve a la confraternidad, implica la participación activa de la humanidad bajo un único ruego de comprensión: a una madre que desea abortar se le implora “no lo mates, dámelo a mí”. Implica satisfacer el deseo original de la madre en el contexto que participe su libertad interior aceptando al otro como única posibilidad de un significado para su vida. El no matarás, también aspira convertir en nuestros pares a los más pequeños, destacando que el aborto provocado en circunstancias que no concurra

<sup>12</sup> “Pero el Otro, absolutamente otro —Otro— no limita la libertad del Mismo. Al llamar a la responsabilidad la instaure y la justifica” (Lévinas, 2002, p. 210).

peligro inminente a la vida de la madre, es una libertad que niega inhumanamente el carácter humano en la vida del hombre.

## 6. Conclusiones

Se ha logrado probar que en el Perú no es conveniente instaurar la despenalización del aborto derivado de violación sexual, a pesar del insidioso estigma de aquellos que presuponen lo contrario. Los resultados obtenidos pretenden reflejar en lo esencial un estado de armonía entre el concebido y su madre; por ello, se ha deslindado la no existencia de cualquier forma de racionalidad instrumental (medios-fines, causa-efecto) entre la prevalencia de la vida del concebido y el sufrimiento de su madre.

Nuestro examen argumentativo recae en la ley de ponderación de principios, de modo que, llegándose a ponderar la vida del concebido y la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo con aplicación directa a un caso concreto, se ha obtenido como resultado la necesaria restricción del segundo por la máxima satisfacción del primero. Aquí debemos indicar que dicho resultado no necesariamente es igual para todos los casos, puesto que no existe ponderación que siga preceptos universales. Sin embargo, como diría Robert Alexy, el peso en abstracto del derecho a la vida en relación a cualquier otro derecho, será superior en todos los casos, incondicionalmente.

De acuerdo con el enfoque de la dignidad, se ha llegado a comprender que despenalizar el aborto sentimental vulneraría los derechos humanos del concebido. Tal realidad, aunque parezca evidente, insta a irremediables contradicciones. Por ejemplo, no existe una exactitud en relación al concepto de “vida digna” y, por tanto, se pretende turbar el sentido de la dignidad, se pretende calificar al aborto como estrategia para el reencuentro de una dignidad arrebatada por la violación sexual y como la única salida al dolor de la madre. Sin embargo, hay otras opciones, está, por ejemplo, la responsabilidad jurídica de la sociedad, el deber del rebuscado “nosotros” que se condice con aquella frase de Teresa de Calcuta: “No lo mates, dámelo a mí”.

Por último, se ha logrado destacar la importancia de la comprensión en tanto extensión de la hermenéutica y exigencia primordial de todo conflicto. Así, para contestar al problema del aborto sentimental se ha propuesto la participación activa de la humanidad dentro de las esferas de aquellas madres que esperan abortar. También, se ha desarrollado el tema de la comprensión desde la perspectiva de la madre, quien es víctima y sufre. Esta comprensión se compone por tres elementos: a) el yo, la libertad interior como generadora de sentido a la vida de la madre, la aceptación de su destino como un regalo; b) el otro, el reconocimiento del no matarás en el rostro del otro, la capacidad de no interferir en su

trascorrir dichoso, de no adueñarse y convertirlo en parte del mismo y disponer de él; y c) el nexos, el dar puro como nexos entre el yo y el otro, como única aceptación del concebido por su madre violentada.

### Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (E. Garzón, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales. <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Alexy, R. (2003). *Fórmula del Peso* (C. Bernal, Trad.). De Gruyter. <https://vlex.com.pe/vid/formula-peso-378203382>
- Amnistía Internacional. (2012). El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo. <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/001/2012/es/>
- Arismendiz, E. (2013). *El delito de aborto por violación sexual entre cónyuges* [Tesis de Grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7535/BC-1137%20ARISMENDIZ%20AMAYA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. [https://alertacontraelracismo.pe/sites/default/files/archivos/normas/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Poli%CC%81ticos\\_0.pdf](https://alertacontraelracismo.pe/sites/default/files/archivos/normas/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Poli%CC%81ticos_0.pdf)
- Burquete, E. (2016). *Bases para una fundamentación de la bioética del inicio de la vida en la filosofía de Robert Spaemann. Consideraciones a propósito del aborto* [Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir]. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=6F41%2BhgYn54%3D>
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Castro, E. (2020). *Aborto sentimental y eugenésico: análisis constitucional del artículo 120 del código penal* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/17986>

- Catalina, B. (2005). Doctrina de la Iglesia y despenalización del aborto: algunas reflexiones. *Persona y Bioética*, (25), 99-110. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2053423.pdf>
- Centro de Derechos Reproductivos. (2021). ¿Cómo beneficiaría a las niñas y adolescentes la eliminación del delito de aborto en Colombia? <https://www.ninasnomadres.org/alza-la-voz/wp-content/uploads/2021/11/Como-beneficiaria-a-las-ni%C3%B1as-y-adolescentes-la-eliminacion-del-delito-de-aborto-en-Colombia.pdf>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2004). *Hatun Willakuy: Versión abreviada del informe final*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/11/hatun-willakuy-cvr-espanol.pdf>
- Comité de Derechos Humanos. (2019). Observación N. 36. PIDCP. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e61813b4.pdf>
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (1987, 22 de febrero). Instrucción *Donum vitae*. Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html)
- Congreso de la República. (1984, abril). Decreto Legislativo N. 295. Código Civil. Diario Oficial *El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0090/CODIGOCIVILv02.pdf>
- Congreso de la República. (1994, abril). Decreto Legislativo N. 635. Código Penal. Diario Oficial *El Peruano*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_actualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
- Constitución Política del Perú. (1993). Diario Oficial *El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf>
- Da Costa, M. (2011). El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos. *Revista Latinoamericana de Bioética*, (1), 90-101. <https://www.redalyc.org/pdf/1270/127024229008.pdf>
- Frankl, V. (2015). *El hombre en busca de sentido*. Herder. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/41be568d7577be312ad601e64e6960a9.pdf>
- Ganoza, C. (2020). *Experiencia de ser madre después de un aborto consentido: una perspectiva bioética* [Tesis de grado, Universidad Católica Sedes Sapientiae]. <https://repositorio.ucss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14095/896/Tesis%20-%20Ganoza%20Plasencia%2C%20Cynthia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- García, C. (2006). Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto. *Derechos y Libertades*, (10), 181-209. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23430.pdf>
- Gonzales, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*,(23), 1-31. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/2010/GonzalezVarasIbanez.pdf>
- Guerra, R. (2020). *La prohibición del aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales en la mujer en el Perú – 2019* [Tesis de titulación, Universidad Privada Antenor Orrego]. [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/6596/1/REP\\_DERE\\_ROSA\\_GUERRA\\_PROHIBICI%C3%93N.ABORTO.SENTIMENTAL.VIOLACI%C3%93N.SEXUAL.DERECHOS.CONSTITUCIONALES.MUJER.PER%C3%9A.2019.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/6596/1/REP_DERE_ROSA_GUERRA_PROHIBICI%C3%93N.ABORTO.SENTIMENTAL.VIOLACI%C3%93N.SEXUAL.DERECHOS.CONSTITUCIONALES.MUJER.PER%C3%9A.2019.pdf)
- Guissani, L. (2011). *El sentido religioso*. Fondo Editorial UCSS.
- Incil, O. y Mendoza, J. (2021). *Implicancias jurídicas de la penalización del aborto que interrumpe el embarazo como consecuencia de violación sexual* [Tesis de titulación, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/28747>
- Lévinas, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la Exterioridad* (D. Guillot, Trad.). Sígueme. [https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/levinas-1961-totalidad-e-infinito\\_ocr.pdf](https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/levinas-1961-totalidad-e-infinito_ocr.pdf)
- Macassi, L. (2003). Violencia familiar, violencia sexual, aborto, derechos reproductivos. [https://www.flora.org.pe/pdfs/violencia\\_fam\\_sex\\_aborto\\_der\\_reprod.pdf](https://www.flora.org.pe/pdfs/violencia_fam_sex_aborto_der_reprod.pdf)
- Mendoza, F. (2008). *La penalización por aborto por violación sexual y sus contradicciones* [Tesis de grado, Universidad Nacional del Altiplano]. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/786>
- Michelini, D. (2019). Aborto y discurso moral. Ideas clave de la Ética del discurso para el tratamiento de la interrupción voluntaria de la vida humana inicial. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (78), 123-139. <https://doi.org/10.6018/daimon/382621>
- Pantoja, A. (2019). Análisis de la sentencia C-355 de 2006. *Instituto de Estudios Constitucionales*, (34), 67-79. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/download/1317/1042/>
- Peña, P. y Pérez, M. (2011). *Historias de vida de mujeres que experimentaron un aborto entre los 20 a 35 años en el Instituto Nacional Materno Perinatal, periodo*

- noviembre 2010 - enero 2011 [Tesis de titulación, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/2996>
- Pérez, W. (2016). *Despenalización del aborto sentimental y eugenésico en el Código Penal Peruano* [Tesis de grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7357>
- Pessoa, F. (1997). *El libro del Desasosiego*. Seix Barral. <http://www.insumisos.com/M4T3R14L/BD/Pessoa-Fernando/Libro%20del%20desasosiego.PDF>
- Pollmann, A. (2008). *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. [https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/filosofia\\_de\\_los\\_derechos\\_humanos\\_problemas\\_y\\_tendencias\\_de\\_actualidad.pdf](https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/filosofia_de_los_derechos_humanos_problemas_y_tendencias_de_actualidad.pdf)
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal, Parte Especial*. Iustitia.
- Sanchez, H. (2011). *Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación desde los Fundamentos Filosóficos del Artículo Primero de la Constitución Política del Perú* [Tesis de titulación, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/785>
- Saravia, J. y Yataco, M. (2019). *Actitudes ante el aborto provocado de las estudiantes del cuarto grado de educación secundaria de la I.E Santa Ana en el año 2018* [Tesis de titulación, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/2478>
- Scala, J. (2011). El interés superior del niño y el derecho de los derechos humanos. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/Jorge-Scala-Interes-Superior.pdf>
- Solís, N. (2019). Crítica feminista a la penalización del aborto en casos de violación sexual: una mirada interseccional a propósito del embarazo infantil. *IUS ET VERITAS*, (59), 226-239. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.014>
- Stephane Vinolo. (2019, 16 de abril). *Derrida Dar y Perdonar S Vinolo* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=iM8-BPIDMA4>
- Teresa de Calcuta. (1979, 11 de diciembre). Discurso de Aceptación del Premio Nobel de la Paz. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=aKLS-4xiSCA>
- Tantalean, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, (43), 1-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Tribe, L. (2013). *El aborto: guerra de absolutos*. Fondo de Cultura Económica. <https://elibro.net/es/ereader/ucss/111069?page=392>

## Anexos

### Anexo 1

A continuación, presentaremos las entrevistas que realizamos en su momento a dos personalidades del mundo del derecho, a quienes de ante mano, agradecemos su valiosa contribución a este estudio.

**Tabla 1**

*Tabla del consolidado de entrevistas realizadas a profesores de la UCSS*

PREGUNTA	ENTREVISTADO	RESPUESTA
1. En un juicio de ponderación de principios o derechos fundamentales, se pondera el derecho a la vida del concebido con el derecho a la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo. Según usted, ¿primaría el derecho a la vida del concebido?	Edgar Odón Cruz Acuña	Sí. El concebido es un ser humano en desarrollo, vida humana en proceso, sujeto de derecho con capacidad jurídica. La vida es el primer derecho personalísimo que más le favorece; nadie puede disponer de ella...
2. La vida humana empieza desde la concepción, y siendo la dignidad una cualidad inherente al concebido, en tanto ser humano. ¿Despenalizar el aborto por violación sexual constituiría una violación de derechos humanos?	Edgar Odón Cruz Acuña	Sí. Concepción es igual a fecundación. Unión de gametos, 23 cromosomas cada uno, formando un ser humano diferente de los padres. Considero que despenalizarla sería la violación más injusta de los DD.HH.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño considera niño a todo ser humano menor de los 18 años; al concebido no se le puede considerar como un ser humano sin tiempo, por ello también es un niño para efectos de su protección. ¿Cree usted que con la interrupción del embarazo por violación sexual se vulnera el interés superior del niño?

Edgar Odón Cruz Acuña

Sí. La vida es el mayor interés del niño... si se le mata, se termina todo...

4. La Convención sobre los Derechos del Niño declara a la No discriminación como uno de sus principios rectores. ¿Cree usted que la despenalización del aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de abuso sexual, vulnera el principio a la no discriminación que le asiste al concebido?

Edgar Odón Cruz Acuña

Sí. Más que por la causa cómo fue concebido, se le discrimina al considerarse que su vida podría ser menor a la de una persona física. Ontológicamente el concebido y la persona física, natural son iguales en dignidad.

5. ¿Considera usted que es conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú?

Edgar Odón Cruz Acuña

No. No es la solución al problema... hay que educar a los niños y jóvenes en valores, en responsabilidad y ciudadanía... educar en solidaridad y justicia... aplicar penas efectivas y drásticas para los violadores...

1. En un juicio de ponderación de principios o derechos fundamentales, se pondera el derecho a la vida del concebido con el derecho a la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo. Según usted, ¿primaría el derecho a la vida del concebido?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- Cuando se trata de ponderación de derechos fundamentales no se puede dar una respuesta estandarizada, sino revisar cada caso de acuerdo con las particularidades de este. En el caso planteado y al tratarse de una violación sexual a una menor de edad, mi posición es a favor del derecho a decidir por parte de la víctima, toda vez que no fue algo voluntario sino una maternidad impuesta.
2. La vida humana empieza desde la concepción, y siendo la dignidad una cualidad inherente al concebido, en tanto ser humano. ¿Despenalizar el aborto por violación sexual constituiría una violación de derechos humanos?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no constituiría una vulneración a los derechos humanos. Tratándose de una violación sexual la niña o la mujer se encuentran en una situación de desventaja donde de manera forzada han vulnerado su derecho a la libertad de elegir ser madres. Debe quedar en ellas la decisión de proceder o no. Al hacer una ponderación prevalecería el proyecto de vida por el que pueda optar la mujer agredida.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño considera niño a todo ser humano menor de los 18 años; al concebido no se le puede considerar como un ser humano sin tiempo, por ello también es un niño para efectos de su protección. ¿Cree usted que con la interrupción del embarazo por violación sexual se vulnera el interés superior del niño?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no se vulnera el interés superior del niño. Considero que si bien el concebido tiene una protección legal que reconoce la existencia de la vida humana, no se constituye aun como persona en términos civiles, bajo la teoría de la subjetividad es un sujeto de derecho. Pese a ello, es cierto que en el país existen fallos que han buscado reconocer la calidad de “persona” y procedido de esa manera, desde mi punto de vista, cuestionable (Ver: caso Américo Montezza contra Rímac Seguros).
4. La Convención sobre los Derechos del Niño, declara a la No discriminación como uno de sus principios rectores. ¿Cree usted que la despenalización del aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de abuso sexual, vulnera el principio a la no discriminación que le asiste al concebido?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no considero que haya discriminación alguna. Si bien importa el interés superior del niño, en derechos humanos también existe el Principio Pro Persona (antes *Pro Homine*), tendría que también considerarse los derechos que amparan a la niña y a la mujer bajo lo dispuesto por la Convención CEDAW y Belém do Pará.

5. ¿Considera usted que es conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú?

Tatiana Myrlenko Chavez Filinich

Sí, considero que debe darse la oportunidad de elegir a niñas y mujeres en esa situación límite. No se puede obligar a ejercer la maternidad o llevar un embarazo no deseado. Más allá de la despenalización, considero que resulta indispensable la incorporación de la educación sexual integral y el enfoque de género en educación que contribuya en la formación y desarrollo desde la primera infancia. A mediano y largo plazo podría derribarse estereotipos de género aún muy arraigados en sociedades patriarcales y machistas como la peruana.

---





# PERSPECTIVAS DE NUESTROS EXPERTOS SOBRE LA INCLUSIÓN COMO FACTOR DE DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES EN LOS SISTEMAS EDUCATIVOS DE CALIDAD

*Fernando Ulises Salinas Valverde\**  
*Universidad San Ignacio de Loyola*  
fernando.salinasv@epg.usil.pe

**Resumen:** El artículo hace referencia a una visión global de los sistemas educativos en el tiempo, la calidad educativa y las competencias profesionales vistas desde los factores de desarrollo productivo y humano con énfasis en la inclusión. Recordemos que la educación desde su nacimiento siempre fue exclusividad de determinados grupos sociales y como respuesta a ello después de duras luchas del ser humano segregado, hoy en día la inclusión se presenta como un derecho humano reconocido por los organismos internacionales y la mayoría de Estados. No obstante, aún se mantiene pendiente la ejecución completa del mencionado derecho, ya sea por razones políticas, por razones geográficas, de género, entre otras. En cuanto al aspecto metodológico, se elaboró bajo el enfoque cualitativo, con diseño hermenéutico que permitió interpretar y comprender el fenómeno materia de estudio a través de información documental y opinión de expertos.

**Palabras clave:** Sistemas educativos de calidad, competencias profesionales, inclusión, desarrollo productivo, desarrollo humano.

## OUR EXPERTS' PERSPECTIVES ON INCLUSION AS A FACTOR FOR THE DEVELOPMENT OF PROFESSIONAL COMPETENCES IN QUALITY EDUCATION SYSTEMS

**Abstract:** The article refers to a global vision of educational systems over time, educational quality and professional skills seen from the factors of productive and human development with an emphasis on inclusion. Let us remember that education from its birth was always the exclusive preserve of certain social groups and as a response to this after hard struggles of the segregated human being, today inclusion is presented as a human

---

\* Abogado. Magíster en Derecho Civil. Estudiante del doctorado en Educación de la Universidad San Ignacio de Loyola. Docente Universitario.

right recognized by international organizations and the majority of states. However, the full execution of said right is still pending, be it for political reasons, geographical reasons, gender reasons, among others. Regarding the methodological aspect, it was developed under the qualitative approach, with a hermeneutic design that allowed interpreting and understanding the phenomenon under study through documentary information and expert opinion.

**Keywords:** Quality educational systems, professional skills, inclusion, productive development, human development.

## 1. Introducción

En la actualidad, el mundo presenta una serie de conflictos y problemas sociales que demandan la actuación de profesionales y técnicos en todos los niveles.

En principio debemos recordar que el mundo gira en torno a diversas actividades económicas, religiosas, culturales, educativas, sociales y, por supuesto, en todas ellas interviene el trabajo, al que se le entiende como una actividad laboral. Esta siempre está ligada al ser humano como parte de un todo, es decir, el ser humano como eje central de toda actividad individual o social que se desarrolle en cualquier parte del mundo.

Neffa (1999) define a la actividad laboral como un conjunto de operaciones técnicas destinadas a producir los medios y materiales necesarios para la existencia humana. Otro concepto del significado trabajo lo encontramos en el diccionario de la RAE, el cual lo define como aquel esfuerzo humano orientado a la producción de riqueza. Se entiende como trabajo a aquellas actividades destinadas a producir lo necesario para la sociedad. El objeto de la producción podrá ser determinado producto o servicio, siempre en función a las necesidades de la sociedad, la misma que siempre estará conformada por personas.

Cuando hablamos de necesidades, estas siempre estarán satisfechas por los productos o servicios consecuencia de la actividad laboral humana. Pero, ¿qué necesidades demanda la sociedad? La sociedad puede demandar de una parte productos como artículos de primera necesidad, vehículos para transporte público o privado, teléfonos móviles o fijos, computadoras, casas, vestimenta. También llega a demandar servicios, como por ejemplo los servicios de suministro de energía eléctrica o saneamiento, los servicios de administración del Estado, o también el servicio que nos pueda prestar determinada persona que por su especialidad cuenta con alguna habilidad, técnica o profesión.

Si nos centramos en los problemas de violencia familiar, podríamos vincular su solución en las actividades que realiza un abogado, o si tenemos la necesidad de construir

una casa acorde con nuestro presupuesto y forma de vida, la solución la encontraríamos en un profesional de la arquitectura, igualmente, si el problema se presenta en la salud, tendremos que recurrir a un médico en la especialidad que aqueje al paciente. Pero en realidad, ¿los sistemas educativos siempre satisfacen las necesidades que demanda la sociedad?, ¿los sistemas educativos son de calidad?

Un claro ejemplo de insatisfacción la encontramos en el crecimiento mundial de los casos de violencia contra los niños, pues el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2014), así lo ha reconocido, al señalar que uno de los objetivos del programa #ENDVIOLENCE es concientizar a la sociedad que la violencia contra los niños ocurre en todas partes del mundo. Lo señalado solo es un indicador de algo que está ocurriendo en mundo sobre la violencia contra los niños. Pero, ¿qué relación tiene la violencia contra los niños con las competencias profesionales?, ¿acaso el problema de la violencia se soluciona con la calidad educativa? O en todo caso, ¿es problema de los sistemas educativos?

Definitivamente, dichas interrogantes nos conducen a preguntarnos si los sistemas educativos son los adecuados, pues consideramos que en un mundo donde el sistema educativo es de calidad, la violencia contra un niño debería estar erradicada o en todo caso presentarse como un hecho aislado, cuyo tratamiento estaría a cargo de profesionales competentes.

Otro ejemplo lo encontramos en nuestra región con el caso de la empresa brasileña Odebrecht S.A.C., institución privada que ha operado en distintos países de Latinoamérica, tales como Ecuador, Brasil, Colombia y Perú. Si bien los profesionales seguramente cuentan con los conocimientos que demanda el perfil laboral en el que se desempeñan, cabe preguntarnos: ¿son suficientes las competencias de competitividad laboral?, ¿es la empresa el fin de todo profesional?, ¿el elemento personal ha perdido su función dentro de la sociedad?

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, conforme relata la Organización Panamericana de Salud (2020), el último día del mes de diciembre del año 2019, el municipio de Wuhan en la provincia de Hubei, China, puso en conocimiento sobre un grupo de pacientes con neumonía con etiología desconocida, denominada hoy como COVID-19. Precisamente la denominada pandemia de COVID-19 viene afectando diversos países del mundo, generándose con ello la necesidad de dotar de especialistas en la salud, sean médicos, enfermeros, o licenciados en laboratorio, así como también de profesionales de otras áreas, en razón que los efectos de declarar en cuarentena en diversos países del mundo generarán efectos colaterales en otras áreas como, por ejemplo,

la economía. En esta situación especial podemos preguntarnos: ¿los sistemas educativos son de calidad?, ¿a qué demanda han respondido las competencias profesionales en el tiempo?, ¿los sistemas educativos han respetado los derechos humanos en el tiempo?, ¿a qué demanda deberían responder las competencias profesionales?, ¿sería a la empresa o, en todo caso, a la persona?

Nuestra intención no es analizar los problemas sociales que representan los temas de interés común en el mundo, sino más bien analizar el panorama de la persona frente a los sistemas educativos, la calidad educativa y las competencias profesionales, pues definitivamente los sistemas educativos habrían surgido como respuesta a la necesidad del desarrollo de la persona o quizá al empoderamiento de las empresas o grupos de poder.

## 2. Sustentos teórico-conceptuales

### 2.1. Los sistemas educativos en el tiempo

Una primera aproximación a los sistemas educativos lo encontramos en las obras de Martín Lutero, quien según Pineda-Rivera (2018), entre los años 1515 y 1530 determinó de modo radical el curso que en lo sucesivo tomaría la cultura moderna de Occidente, dividiéndose el sistema educativo en tres niveles. El primer nivel dirigido a aquellos niños que recién aprenden a leer, el segundo para aquellos que ya saben leer y un tercer nivel para aquellos denominados aventajados. De ello podemos afirmar que una primera aproximación a sistema educativo lo encontramos en la idea de Martín Lutero, quien además de proponer los tres niveles de educación, propugnó que estos sean dictados pregonando el evangelio cristiano.

Rousseau (1972), en su obra *Emilio*, afirmaba que la educación en su tiempo era un contrasentido, pues el hombre se preocupaba más en doblegar, desfigurar y apartar al estudiante de sí mismo contrariando su naturaleza mediante mecanismos como la prohibición y la autoridad. Definitivamente, si bien Lutero aportó con un sistema educativo renovado para la época, Rousseau identificó como problema de dicho sistema el autoritarismo del docente, las prohibiciones a las que se sometían los estudiantes en su proceso de aprendizaje y la exclusividad de la educación. Pues la educación en dicho tiempo, solo estaba reservada para determinada clase social, ya sea para personas relacionadas a la iglesia, los príncipes o aquellas vinculadas al poder.

Precisamente el problema identificado por Rousseau fue trabajado posteriormente por Johan Heinrich Pestalozzi (1746-1827), quien a decir de Soetard (1994), comprueba en su fracaso, la paradoja expuesta por Rousseau en su obra *Emilio*, en cuanto concluyó que no pueden unirse en un mismo proyecto de educación del hombre (libre) y la del

ciudadano (utilizable). Relatan Montes y Beas (1998), que Pestalozzi fue uno de los pioneros que defendieron la generalización de la cultura entre todos los grupos sociales, cobrando fuerza la idea que la educación es un derecho de toda persona y no una gracia o liberalidad de los que más tienen.

Cabe precisar que Montes y Beas (1998), describen el pensamiento educador de Pestalozzi, en el orden siguiente:

Destaca del pedagogo cómo la educación debe desarrollarse de una manera natural, teniendo en cuenta los principios de igualdad y libertad, la vocación y libre decisión de cada uno, dentro de un respeto y cooperación mutua entre todos y siempre en armonía con la naturaleza. Para ello se debe huir de todo lo artificial y conjugar diversidad de actividades, compaginando el trabajo manual de artesanos y labradores con el canto y el juego. (p. 172)

Definitivamente bajo esta corriente se desplaza la idea de educación rígida y autoritaria, entendiéndose inclusive como un método autónomo en el proceso de enseñanza aprendizaje, donde el estudiante pasa a tener un rol protagónico, pues todo el proceso de aprendizaje buscaba desarrollar su inteligencia basada en su autonomía.

Del otro lado del mundo, explica García (2015) que las escuelas lancasterianas o también denominada escuela de “Mutuo Enseñamiento”, fue fundada por Joseph Lancaster (1778-1838) en el año 1798, quien conjuntamente con Alexander Melville Bell (1753-1832), fundaron una escuela en un pequeño pueblo de Londres llamado Southwark. El proceso de enseñanza aprendizaje que proponían consistía en capacitar inicialmente a estudiantes de mayor edad para que, a su vez, estos instruyeran a los más pequeños y menos avanzados en grupos de 10 o 20 niños. Aquí se presentó un problema de inclusión social, mientras Lancaster aceptaba niños sin importar su condición social, económica o religiosa, Bell solo aceptaba a niños de la iglesia anglicana. Este método tuvo un periodo de éxito en gran Bretaña hasta que fracasó cuando se intentó aplicar en el nivel superior, situación que obligó a Lancaster a emigrar a los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1818, teniendo éxito en diversos estados de dicho país, inclusive con gran influencia en los países latinoamericanos.

Podemos afirmar hasta aquí que una de las características del método lancasteriano es la inclusión de las personas en la educación, pues al margen de la forma del método, la idea de este método es la apertura de la educación para todos.

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar un hito histórico-político de la educación, nos referimos a la promulgación de la Constitución Política de Francia de 1791, la que surgió como consecuencia de la toma de la Bastilla realizada el 14 de julio de 1789. A partir de dicha norma se reconocen normativamente a la educación como un derecho y no como una liberalidad en favor de las clases sociales menos favorecidas. Así también lo explica Gavari (2005), al afirmar que, con la Constitución Francesa de 1791, se reconocen por primera vez los derechos fundamentales de la persona, entre ellos, el derecho de toda persona a recibir instrucción. Por ello, se afirma que el sistema educativo francés a partir de entonces, si bien buscó incluir en el sistema educativo a los menos favorecidos, se caracterizó también por ser un sistema esencialmente dual, de una parte, mientras las clases sociales más bajas o proletarias recibían una instrucción mínima, las de las clases altas, de élite o dirigente se educaban además en la escuela secundaria para posteriormente educarse en la universidad.

En atención a lo expuesto, es posible afirmar que el derecho a la educación mundial se reconoce formalmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año 1948, y es a partir de dicha declaración que los países del hemisferio comienzan a darle el valor e importancia al derecho a la educación, al menos en textos normativos, pues resulta evidente que pese a ser un derecho humano, el propósito como tal no se cumple en diversos ámbitos de la educación.

Lo que hasta aquí podemos advertir, las clases sociales menos favorecidas siempre han estado subyugadas a las más favorecidas o aquellas que han tenido el control del poder, pero basado en un interés social y subjetivo. Sin embargo, dado que la clase proletaria se constituye en la fuerza que forja los intereses económicos de la clase burguesa, será la revolución industrial la que introduzca un nuevo interés en la educación de los menos favorecidos, específicamente en la formación de técnicos o profesionales con competencias para determinada labor, ya sea de producción o de servicio.

Resulta de importancia referirnos a la revolución industrial como elemento en el contexto de la educación en razón que, el ser humano necesariamente ha intervenido en este proceso como factor del desarrollo industrial o productivo, desde su condición de artesano hasta la especialidad profesional, según la demanda que haya requerido la sociedad.

Chávez (2004), nos recuerda que la primera revolución industrial se produjo aproximadamente a finales del siglo XVIII (entre los años 1750 y 1780), es decir, época previa a la toma de la Bastilla por Napoleón en el año 1789, donde se destaca una revolución social y política. Siguiendo a Engels (1845), esta primera revolución

industrial la podemos atribuir al crecimiento económico de la época a Inglaterra, país que utilizó la energía del agua y del vapor, así como la madera y el carbón para mecanizar su producción. Con lo expuesto resulta evidente la intervención de la mano del hombre, como parte del sistema productivo y económico, en la que ya podríamos hablar de una relativa exigencia de las personas en poseer habilidades para el manejo de determinados recursos como el agua y la madera en beneficio de la producción, y de manera indirecta en el desarrollo del sector empresarial.

La segunda revolución industrial la podemos ubicar en la segunda mitad del siglo XIX, aproximadamente desde la década de 1870 hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914. Esta segunda etapa de la revolución industrial reemplazó el agua y la madera por la electricidad y el petróleo, iniciándose la producción en masa y con ella una nueva forma de trabajar: la división del trabajo. Morales (2007) reconoce como precursores de esta etapa de la historia a Frederick Taylor y Henry Ford, al primero le atribuye la organización científica del trabajo mientras que al segundo la cadena de montaje (fabricación en masa). Definitivamente, a partir de esta etapa, podemos advertir con mayor énfasis la importancia de la producción sobre la persona.

Conforme se aprecia de lo relatado en los párrafos precedentes, en esta etapa, la educación empieza a cimentarse en la revolución industrial, pues a partir de aquí la educación brindó un valor superior al desarrollo productivo sobre el desarrollo humano. Los países se preocupan más en los estándares económicos y productivos que en la familia y la persona, sobre todo en su educación. Esto se debe a que toda actividad empieza a girar en torno a la economía, incluida la educación, que empieza a desarrollarse en base a la demanda de las empresas sobre la demanda de las personas.

La tercera revolución industrial se inicia a mediados del siglo XX, aproximadamente en la que aparecen principalmente las tecnologías de la información y las telecomunicaciones como mecanismo para automatizar la producción. Sin el ánimo de omitir otras invenciones o descubrimientos de la época, Larrieu-Let (2017), nos refiere tres hitos de esta revolución, la primera producida en el año 1962 cuando se fabricó la primera computadora personal, la segunda en el año 1969 al crearse el primer controlador programable para —controlar— los procesos productivos, y la tercera en el año 1990 fecha en que se dio origen a la World Wide Web (Red mundial).

En relación a las dos revoluciones anteriores, esta es la que más cambios ha traído consigo en el mundo, pues a partir de aquí el ser humano requiere necesariamente especializarse en algún campo de acción para poder realizar actividades laborales que le permitan sostener o permitir el progreso familiar.

Los países empiezan a elaborar sus políticas educativas en función de las necesidades o demandas de las empresas o sectores productivos, las que imperan hasta hoy en día en los propios planes de estudio, denominados grupos de interés. La economía asume un papel fundamental en el desarrollo de los países, tomando como principios constitucionales la economía social de mercado y la libre iniciativa privada.

Como parte de ello, las propias universidades insertan como base de los planes curriculares asignaturas que demandan las empresas, inclusive dando énfasis al desarrollo empresarial más que al desarrollo humano. Por ejemplo, dentro de las carreras de las ciencias de la salud se centran en la recuperación de pacientes y no en una cultura orientada a evitar enfermedades. Se crean carreras orientadas a la administración empresarial, hasta en carreras denominadas “clásicas” como el Derecho o la Medicina, se le da mayor énfasis a la empresa, dejando de lado el aspecto humano como eje central, llegando inclusive a deshumanizar a los profesionales de dichas áreas. Un ejemplo claro de esta situación se presenta cuando el médico, quién estando ante una emergencia, no atiende porque se encuentra fuera de horario o requiriendo al paciente el pago previo por sus servicios profesionales, o cuando de manera negligente produce daños corporales o emocionales a sus pacientes.

Lo cierto es que, si bien el mundo ha sufrido cambios como consecuencia de las revoluciones industriales, estas se han centrado básicamente en la demanda de las empresas, y específicamente en el sector educación se elaboran planes o políticas en función de lo que requieren las empresas o el sector productivo, provocando de manera indirecta en el ser humano un desinterés inconsciente de su misión de vida y su rol de persona en la sociedad.

Lo expuesto se evidencia en los planes de estudio que hoy en día omiten asignaturas orientadas al desarrollo humano, pues los estudiantes solo tienen en mente ser profesionales competitivos, definiendo su éxito en función a sus ingresos económicos básicamente.

Hoy en día, desde inicios del siglo XXI somos partícipes de la cuarta revolución industrial, la misma que, generada por un mundo ya globalizado, se caracteriza por la generación de inteligencia artificial, sistemas virtuales y físicos, fusión de tecnologías, la digitalización, la biotecnología, ingeniería genética, comunicación inalámbrica, entre otros. Al respecto, Larrieu-Let (2017), afirma que esta revolución está destinada a reemplazar al ser humano mediante robots o programas informáticos por un largo tiempo, salvo que sea indispensable para supervisar dichas tareas.

Definitivamente si la cuarta revolución industrial está destinada a reemplazar al ser humano en las actividades productivas, podríamos afirmar que a lo largo del tiempo el ser

humano como tal, siempre ha sido desplazado por la empresa, salvo cuando ha servido para el cumplimiento de sus fines u objetivos empresariales.

Si bien el ser humano podría ser reemplazado por la tecnología e informática para la realización de determinadas actividades, su valor como profesional o técnico se basa en su sentido de humanidad, pues las políticas mundiales deberían estar orientadas a ello como base fundamental de un desarrollo sostenible en el tiempo y no básicamente en la demanda empresarial, la que, si bien es cierto contribuye al desarrollo social, no debería ser el único o principal eje fundamental de la educación.

En definitiva, los sistemas educativos desde siempre han tenido paralelamente al desarrollo humano y al desarrollo productivo como propósitos esenciales, desde el sistema educativo de Lutero hasta los sistemas educativos contemporáneos. Si bien con la constante revolución industrial se demanda de profesionales competentes orientados a servir al sistema económico empresarial, ello también trae consigo el desarrollo del ser humano, pues este se presenta como el fin o propósito de todo el marco empresarial. A fin de cuentas, siempre hemos formado parte de dicho sistema: somos agentes de consumo.

En consecuencia, resulta necesario que los Estados, al adoptar o establecer un determinado sistema educativo, deberán responder al equilibrio entre el desarrollo productivo y el desarrollo humano. La razón es que en ambos se centrará el desarrollo general de su país, con una educación que permita el desarrollo de las empresas o industrias como también de quienes la integran, las personas.

## **2.2. Calidad educativa como objetivo de desarrollo sostenible**

En principio, corresponde definir el significado de calidad educativa, y es precisamente Yzaguirre (2005) quien lo define desde tres dimensiones.

La primera está referida a la eficacia, en cuanto señala que una educación de calidad es aquella cuyo logro se centra en el aprendizaje de los estudiantes según el plan curricular. Entonces, se entiende como calidad educativa a los resultados satisfactorios que obtiene el estudiante al término de su proceso educativo.

La segunda dimensión es la pertinencia, mediante la cual se establece que la calidad educativa se configura cuando los contenidos del plan curricular responden adecuadamente a lo que el estudiante necesita para desarrollarse como profesional y persona en la sociedad. Bajo esta premisa, se define calidad educativa al proyecto educativo que responde a las necesidades del estudiante y la sociedad. En dicho sentido, podríamos establecer que

un plan curricular ostentará de calidad educativa cuando responde a las necesidades del estudiante y la sociedad.

La tercera y última dimensión se centra en los procesos, pues desde esta perspectiva se establece que una educación es de calidad cuando sus estudiantes gozan de una infraestructura adecuada, docentes calificados, estrategias didácticas adecuadas y bibliografía pertinente. Consecuentemente, tendremos una educación de calidad cuando el estudiante encuentre satisfacción del proceso educativo. Sin embargo, más allá de la satisfacción del estudiante, que muchas veces se mide a través de encuestas, resultaría pertinente que las propias universidades puedan adoptar medidas para el cumplimiento de dichos procesos o los Estados implementen mecanismos para tal fin.

Por ejemplo, en el Perú según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 1 en concordancia con el inciso 1 del artículo 100 de la Ley Universitaria (2014), el Ministerio de Educación es el ente rector de la política de aseguramiento de la calidad de la educación superior y es un derecho del estudiante recibir una formación académica de calidad.

Así también, mediante la Ley N. 28740 (2006), se creó el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE), mediante la cual se regulan los procesos de certificación de la calidad educativa. Adicionalmente a ello, existen diversas instituciones que certifican la calidad educativa, como por ejemplo la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), la que, según su normativa 9001:2000, acredita diversos sistemas de gestión de calidad, entre otros, el educativo.

Entonces, conforme podemos apreciar, la frase calidad educativa podría encontrar varias definiciones, dependiendo de los elementos que se tenga en cuenta para su medición, sea circunscrito al aprendizaje, al plan curricular o proyecto educativo o al proceso educativo.

Coincidimos con Prieto (2013) en cuanto sostiene que calidad educativa implica en principio el concepto de educación, de la institución educativa y sus funciones, de los procesos de enseñanza-aprendizaje, de la función docente, de los materiales, entre otros. En tal orden de ideas, podríamos esbozar como concepto de calidad educativa a la eficacia del proceso de aprendizaje del estudiante, en conocimientos y valores para su desarrollo personal y profesional constante y permanente con vocación de servicio a la sociedad. Ahora que tenemos un panorama claro del concepto de calidad educativa, corresponde revisar lo que han contemplado los organismos internacionales.

En principio, en la Declaración de Incheon y Marco de Acción ODS 4 – Educación 2030 (2015), se ha establecido como objetivo de desarrollo sostenible el “Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje

permanente para todos”. De ello podemos advertir que los Estados estarán en posibilidad de promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos, siempre que se cumpla o ejecute el principio de equidad e inclusión.

De la Cruz (2017) nos refiere que la equidad es conceptualmente superior a la igualdad, pues mediante la equidad se compensa la desigualdad, precisando que la igualdad es mucho más fácil de medir que la equidad, en razón que la equidad implica una desigualdad compensatoria positiva. En tal sentido, podemos afirmar que, mediante la equidad, las desigualdades existentes en la sociedad desaparecen, de manera tal que los individuos, sean de cualquier condición social o económica, estarán en aptitud de disfrutar de la misma educación.

A través de la equidad se pretende garantizar una educación de calidad para todos, y son los Estados los encargados de promover y garantizar se cumpla el principio de equidad en la educación, la misma puede ejecutarse a través de instituciones educativas públicas o mediante la promoción de instituciones privadas nacionales o extranjeras.

La idea de equidad es tener una ventana de apertura a la educación de calidad para los más necesitados o integrantes de poblaciones en situación de pobreza, evitando que dicha condición les impida adquirir habilidades en instituciones educativas que presten un servicio de calidad.

Conforme se puede apreciar hasta aquí, el derecho a una educación de calidad en forma equitativa, no solo se enfoca en un problema de la educación, sino más bien, responde necesariamente al de desarrollo económico de la población, ya que además de la educación, podemos identificar como necesarios el acceso a la salud, al trabajo, a la seguridad, servicios básicos, entre otros. Pues si el problema de la economía en los diversos Estados fuera erradicado, no se tendría que recurrir a la “equidad” para garantizar una educación y otros servicios públicos de calidad para todos.

Pero este término que se utiliza en el ODS4 no es nuevo, pues en el siglo XVIII, Rousseau (1996), nos ilustra lo siguiente:

...respecto a la igualdad, no hay que entender por esta palabra que los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que, en cuanto al poder, que esté por debajo de toda violencia y no se ejerza nunca sino en virtud del rango y de las leyes, y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para ser constreñido a venderse... (p. 57)

Si la idea de Rousseau fuera interpretada en función del ODS4, entenderíamos que la garantía de la educación de calidad para todos se debería dar sin condicionamiento ni limitación alguna.

Las instituciones internacionales han implementado desde muchos años atrás ciertos espacios que contribuyen en alguna medida a facilitar el acceso a los más necesitados a universidades de diferentes países. Por ejemplo, la Organización de los Estados Americanos (OEA) (2013), desde el año 1958 otorga becas para educación superior a través de su Programa de Becas Académicas. Precisamente en su *Manual de procedimientos de los programas de becas y capacitación de la organización de los Estados americanos*, se ha establecido que el propósito de dicho programa es coadyuvar a los esfuerzos en educación de los Estados miembros. Recordemos que esta organización actualmente está conformada por 35 países, de los cuales los representantes de 21 países suscribieron en el año 1948 en ciudad de Bogotá el acuerdo de intenciones<sup>1</sup>, para luego integrarse los otros 14 países.

Esta apertura a la educación de calidad con equidad se promueve también en diversos Estados. Ese es el caso de Perú, que mediante la Ley N. 29837 (2012), su gobierno creó el Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo, cuya finalidad según el artículo 2 de dicha norma, es contribuir a la equidad en la educación superior garantizando el acceso a esta etapa de los estudiantes de bajos recursos económicos.

Entonces, podemos afirmar que tanto las organizaciones internacionales como los Estados vienen implementando mecanismos que permitan a los menos favorecidos acceder a la educación, tal y conforme se encuentra establecido en el ODS4.

Sin embargo, resulta necesario preguntarnos si una norma podría por sí sola resolver este problema de la equidad en la educación, y la respuesta es no. Pues no debemos dejar de ver que la equidad en la educación lleva consigo un componente importante en el desarrollo de un Estado: la economía.

Es por ello que se vuelve imprescindible darle una mirada a la inversión en educación que realizan los Estados. Según el Banco Mundial (2019), el gasto público que realizaron algunos países en el rubro educación en el año 2016, de su Producto Bruto Interno, fue el siguiente: España invirtió el 4.2 %; por su parte, Australia con 5.3 %; Bélgica el 6.5 %; Finlandia 6.9 %; Islandia el 7.5 %; Israel 5.8 %; Italia 3.8%, República Checa el 5.6 % y Suiza el 5.1%.

---

<sup>1</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En nuestra región, la inversión se presenta de manera variable conforme al año del que se cuenta con información. Por ejemplo, Argentina en el año 2017 invirtió el 5.5 % de su PBI; Brasil (2015) el 6.2 %; Canadá (2011) 5.3 %; Chile (2017) el 5.4 %; Colombia (2018) 4.5 %; Costa Rica (2018) 7.0%; Ecuador (2015) 5.1 %; Estados Unidos (2014) 5.0 %; Guatemala (2018) 2.9 %; Honduras (2018) 6.8 %; México (2016) 4.9 %; Paraguay (2016) 3.4 %; Uruguay (2017) 4.8 %; Nicaragua (2016) 4.3 % y nuestro país, en el año 2018, invirtió el 3.7%.

De lo expuesto se puede apreciar que la inversión en educación es mínima por la mayoría de Estados. Ello guarda relación con los resultados del Programa Internacional de los Alumnos – PISA, el que es gestionado por el Programa de Organización de para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE (2019), del que se advierte que ninguno de los países antes mencionados se ubica dentro de los primeros cinco de las pruebas realizadas en el año 2018, y solo uno (Canadá) dentro de los primeros diez.

Merece prestarle atención a algunas instituciones internacionales que han optado por equiparar el término equidad con el de igualdad, equiparando a la educación de calidad como un derecho humano. Son varios los instrumentos internacionales en los que se ha regulado lo mencionado, lo cual veremos a continuación.

El primero es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), mediante la cual en su artículo 26, se garantiza el derecho de todos los niños a recibir una básica y gratuita. Un segundo documento es la Convención contra la discriminación en la Educación de la Unesco (1960), en la que en su artículo 1 rechaza todo acto de discriminación, entendiéndose como vulneración a la equidad a todo acto que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza. Un tercer documento es la Declaración de los Derechos del Niño (1989), mediante el que se reconoce el derecho de todos los niños a recibir una educación sin discriminación por motivo alguno. Está también la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990), mediante la que se refuerza la idea de una educación básica para todos, que satisfaga las necesidades básicas de aprendizaje. Otro documento lo constituyen las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (1993), en la que se establecen no solo la igualdad del derecho a la educación para todos los niños, jóvenes y adultos discapacitados, sino que declaran, además, que la educación debería impartirse en “entornos integrados” y en el “marco de las estructuras comunes de educación”.

En tal sentido, estos documentos internacionales (que no son los únicos) constituyen una evidencia plena que se vienen realizando esfuerzos en todo el mundo para tener una

educación equitativa para todos, al menos las intenciones están propuestas en diferentes instituciones. Pero es de visualizar que la equidad, más que un problema en la educación, es un problema enfocado desde los derechos humanos de la persona. Al igual que la salud, es imprescindible para el desarrollo de cada persona.

Lo que sí resultaría oportuno es la actitud de los Estados en adecuar dichos lineamientos al plan estratégico de cada gobierno, de manera tal que las intenciones de mejorar ello se puedan hacer realidad. En consecuencia, la calidad educativa no solo debe estar constituida por principios generales o documentos normativos que busquen o teorizen factores de eficacia o mejora continua, sino que requiere de una planificación, implementación adecuada y compromiso de todas las personas involucradas en la educación (donde quizá estemos incluidos todos).

### 2.3. Las competencias profesionales

En principio es menester recordar que el cuerpo legislativo más antiguo del mundo es, sin duda, el Código de Hammurabi. En su artículo 273 nos brinda un alcance inicial sobre el trabajo, con la descripción siguiente:

Si alguno alquila un jornalero, después del comienzo del año hasta el quinto mes, le entregará por día 6 se de plata; desde el sexto mes hasta el fin del año, le dará por día 5 se de plata.

Franco (1962), en su artículo “Las Leyes de Hammurabi”, explica que las actividades profesionales en el mundo se vienen desarrollando desde la civilización de Mesopotamia en la que se aplicó la norma antes descrita, específicamente sobre los riesgos en que incurren los médicos, arquitectos y abogados por malas prácticas. Si bien dicha antigua norma solo regula las sanciones por malas prácticas, entendemos que las buenas o correctas prácticas se circunscribían a un buen actuar del profesional en dicha época, ya sea por conocimientos, habilidades o actitudes.

En el mismo sentido, Tobón (2015), nos reseña que el tema de las competencias siempre ha estado presente desde las civilizaciones más antiguas, precisando que siempre se ha considerado que las personas deben hacer lo que les “corresponde hacer” con idoneidad y ética.

Sin embargo, refiere Lara (2013) que las competencias fueron planteadas por primera vez en el año 1973 por David McClelland en su artículo *Testing for competence rather than for intelligence*, donde realiza un estudio sobre los trabajadores exitosos respecto de

los menos exitosos y las estrategias más pertinentes de selección de personal. De ello podemos afirmar que las competencias profesionales siempre han estado ligadas con las actividades laborales, pues ello respondería a la necesidad productiva de las empresas en el mundo.

Por su parte Tobón (2015), manifiesta que en la década de 1980 se establecieron proyectos principalmente en Canadá, Estados Unidos de América, Reino Unido, Australia, España y Francia para la mejora de la calidad y acreditación de las personas en el desempeño laboral y es en la década de 1990 donde se comienza a generar modelos en torno del currículo y la didáctica por competencias. Por ejemplo, en los Estado Unidos de América se implementan las competencias básicas SCANS y en Colombia mediante la reforma del examen de estado para el ingreso a la educación superior. Es precisamente en esta parte donde podemos visualizar que las competencias pasan a formar parte de los sistemas educativos, inclusive podríamos afirmar que las competencias profesionales llegaron como producto o necesidad de la tercera revolución industrial.

Es así que, Delors (1997), en el informe denominado *La educación encierra un tesoro*, define las competencias para la educación, determinando que la educación a lo largo de la vida se basa en los pilares siguientes: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser. Definitivamente con los pilares que delineó Delors, se reguló como parte de las competencias “el aprender a ser”, pilar fundamental en el desarrollo de la persona, pues no podemos sostener que las competencias se limiten a un saber hacer o saber conocer.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que en la década del año 2000 se da inicio a la aplicación masiva del concepto de competencias. En este caso, el Proyecto Tunning para América Latina (2007), en el que se define a las competencias como el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas, tanto específicas como transversales, que debe reunir un titulado para satisfacer plenamente las exigencias de los contextos sociales, delineándose competencias para todas las carreras.

Ahora, si revisamos el problema de las competencias, este ya ha sido identificado por los jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes, cuando se reunieron en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 25 al 27 de septiembre de 2015, cuando, de cara al año 2030, asumieron el compromiso de proporcionar en sus respectivos países una educación de calidad, inclusiva e igualitaria en todos los niveles<sup>2</sup>, entre otros, el nivel de formación profesional, procurando la realización de un aprendizaje permanente que permita adquirir conocimientos y aptitudes.

<sup>2</sup> Niveles de educación: enseñanza preescolar, primaria, secundaria y terciaria y formación técnica y profesional.

Producto de la identificación de dicho problema, conforme se encuentra establecido en el documento publicado por el Centro de Información de las Naciones Unidas (CINU) (2018), dentro de los objetivos de desarrollo sostenible, se consideró como objetivo N. 4 de los 17 acordados, "...Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos..."

Conforme se puede apreciar, dentro de dicho objetivo se estableció en el subobjetivo 4 que, al año 2030, se debe aumentar el número de jóvenes y adultos con competencias profesionales necesarias para acceder al empleo decente y al emprendimiento.

Precisamente, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019), haciendo referencia a los objetivos de cara al 2030 para el Desarrollo Sostenible, afirma que se están haciendo esfuerzos desplegados a nivel mundial para abordar las vulnerabilidades socioeconómicas que afrontan los pueblos indígenas en la actualidad. De ello podemos señalar que dicho objetivo de desarrollo sostenible es una política inclusiva, la misma que ya se encuentra regulada en el numeral 5 del artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas, en cuanto obliga a los Estados miembros a asegurar que las personas discapacitadas accedan a la enseñanza primaria y secundaria, de calidad y gratuita, bajo las mismas condiciones que los demás habitantes.

Definitivamente, de lo expuesto hasta aquí podemos afirmar que de una parte la educación siempre ha estado relacionada con el sector empresarial y con la persona como ser humano, y precisamente este último en el transcurso del tiempo buscó, frente al sector empresarial o dominante, la forma de adquirir su derecho a la educación y también la forma de participar en el desarrollo productivo, a través de la adquisición de las competencias necesarias para su inclusión.

En tal orden de ideas, considerando que ambos son determinantes en el desarrollo de sí mismo y del otro, los países deben buscar una educación que equilibre la demanda de ambas partes, pues considerar que una es más importante que la otra es una conclusión completamente errónea.

### **3. Marco Metodológico**

En el presente trabajo se ha considerado realizar una investigación bajo el enfoque cualitativo, razón por la cual, solo nos detendremos a comprender el fenómeno de la calidad de los sistemas educativos y su influencia en las competencias profesionales, explorando sus cualidades y su evolución en el tiempo y espacio. Tal y como nos explica Hernández-Sampieri (2018), la investigación cualitativa se enfoca en comprender los

fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en su ambiente natural y en relación con el contexto.

Asimismo, se utilizó el diseño hermenéutico de análisis contenido - entrevista, aplicado a cuatro expertos referentes en los temas de educación, quienes han dado su punto de vista sobre cada una de las categorías apriorísticas, las mismas que han generado categorías emergentes. Al respecto, Bardin (1996) nos afirma que el análisis de contenido se constituye como:

... el conjunto de técnicas de análisis de las comunicaciones tendentes a obtener indicadores por procedimientos sistemáticos y objetivos de descripción del contenido de los mensajes permitiendo la inferencia de conocimientos relativos a las condiciones de producción/recepción de estos mensajes. (p. 32)

En el presente caso, se han obtenido datos de las categorías apriorísticas para luego realizar entrevistas a cuatro expertos, quienes han sido codificados en el orden siguiente:

- EXP1: Es ingeniería mecánico y magíster en Educación. Egresado en Administración de empresas y ha realizado estudios de especialización en Administración de la Educación, Se ha desempeñado como miembro de la “Comisión para un Acuerdo Nacional por la Educación” del Ministerio de Educación (2001) y es miembro del Consejo Nacional de Educación desde el año 2002 hasta la fecha.
- EXP2: Es licenciado en sociología, magíster en sociología y post doctor en sociología. Se ha desempeñado como decano del Colegio de Sociólogos del Perú y Ministro de Educación del Perú.
- EXP3: Es abogado y maestro en Aprendizaje y Enseñanza. Se ha desempeñado como viceministro de Gestión Pedagógica en el Ministerio de Educación y secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Educación, y otros cargos en instituciones internacionales.
- EXP4: Es abogado. Licenciado, máster y doctor en Educación. Se desempeña como director de Acreditación de una universidad privada. Es evaluador externo de universidades, coordinador de procesos de autoevaluación y coordinador de procesos de certificación universitaria.

Las entrevistas se realizaron en forma individual por un grupo de investigadores y fue elaborada por el grupo de estudio del doctorado de la Universidad San Ignacio de Loyola, bajo la supervisión de la docente.

El contenido de las entrevistas y la posterior triangulación realizada, está basado en el concepto de Cisterna (2005), la misma que se ha basado en principio en las categorías apriorísticas de todo el grupo de estudio: calidad educativa, sistemas educativos, docente y estudiante.

Los resultados de las entrevistas se triangularon y analizaron a través de la elaboración de dos matrices, la primera sobre proceso de identificación de categorías apriorísticas y otra sobre el proceso de identificación de códigos discursivos, memos, conclusiones aproximativas, codificación, familias y categorización emergente.

Este proceso metodológico nos permite elaborar los resultados de la investigación y su discusión.

## **4. Resultados y discusión**

### **4.1. Sistemas educativos de calidad**

Un sistema educativo se configura como un subsistema de la organización de cada Estado, el que, por su dinámica con las instituciones educativas nacionales y las organizaciones internacionales, interactúan las diferentes personas que forman parte de la sociedad dentro de un marco legislativo y de políticas educativas claras. Nuestros expertos nos brindan un alcance al respecto:

El sistema educativo ... es la fórmula que utilizan los Estados para organizarse y proveer o crear las condiciones para que se provea el servicio educativo, ... ahora este sistema puede ser un sistema muy tradicional como el europeo digamos, o puede ser un sistema que busca una constante innovación como el de Estonia digamos o Singapur... (EXP1)

Precisamente el experto nos refiere que un sistema educativo está dado por una organización al interior de determinado Estado, esto con la finalidad de brindar el servicio educativo, sin importar de donde se adapte dicho sistema, el que puede ser de otro país o uno propio.

El segundo experto nos aclara que el sistema educativo responde a un objetivo. En su declaración afirmó:

... para ... establecer un sistema educativo donde el objetivo es un conocimiento pertinente, al medio, ¿dónde está el estudiante?, tienes que hacer una revolución educativa pues; que necesariamente tienen ser con los maestros... (EXP2)

Dicho experto, nos aclara que, dentro de los agentes involucrados en determinado sistema educativo, necesariamente deben estar presentes los estudiantes y docentes.

Pero no todo debería quedar en la declaración propuesta en documentos, sino más bien, ejecutarse la misma, pues así también nos lo explica uno de los expertos: "...tiene que haber confianza en el sistema educativo ..." (EXP2).

Definitivamente, si determinado Estado propone como políticas educativas un sistema educativo que considere adecuado para la realidad de dicho país, se entiende que este generará confianza cuando los agentes educativos hayan interiorizado dicho sistema. Vale decir que un sistema educativo, para que pueda ejecutarse, debe contemplar en cierta medida una identidad en las instituciones, docentes, estudiantes y la sociedad en su conjunto.

Finalmente, otro de los expertos nos brinda el siguiente alcance sobre sistema educativo:

... Desde el punto de vista de lo que significa, la organización dada por las leyes, la constitución, las leyes del propio Estado, para poder hacerla factible. Debe haber una concepción dentro de la cual, cada uno cumpla con sus obligaciones, cada una de las instancias... (EXP4)

Efectivamente, un sistema educativo parte del sistema jurídico que cada país adopta, desde su normativa base que es la constitución política hasta las normas especializadas o específicas, distribuyendo competencias a las instituciones y obligaciones a sus representantes.

Ahora, si nos referimos específicamente a calidad educativa, estaremos necesariamente en el ámbito de la gestión y los logros o resultados obtenidos.

En tal sentido, podríamos definir como calidad educativa al cumplimiento de los objetivos o estándares que se propone cada Estado o institución como propósito de mejora continua, según el sistema de educación adoptado.

Así nos expresan los expertos cuando se refieren a calidad educativa: "...calidad es la capacidad de lograr los propósitos y objetivos que la institución educativa se ha planteado como norte..." (EXP1).

Coincidimos con el experto cuando nos refiere que calidad es la capacidad de lograr los propósitos y objetivos. Pero si hablamos de un Estado, estaremos en la posibilidad de decir que, si un Estado no tiene claro sus políticas educativas, así como el desarrollo de su gestión, no está en capacidad de obtener logros.

En consecuencia, tendremos educación de calidad solo si los objetivos de nuestro sistema educativo son acordes a la realidad, pues no podemos proponernos establecer objetivos que resultan inviables, ya sea por razones logísticas, culturales, religiosas, económicas, políticas, entre otros.

Otra mirada de calidad educativa nos lo brinda el segundo experto, quien señala al respecto lo siguiente:

... tengamos en cuenta que todo parte del derecho a la educación. La educación es un derecho... Es el derecho de crecer y desarrollarse, en un contexto que te permite llegar a realizarte como persona... (EXP3)

En el desarrollo del marco contextual, se ha advertido que efectivamente la educación es un derecho, y es precisamente que el concepto de educación de calidad involucra todo ello, el derecho de toda persona a acceder a una educación de calidad, principio que ha sido regulado y forma parte del objetivo de desarrollo sostenible N. 4.

En tal sentido, los sistemas educativos serán de calidad cuando los Estados tengan en claro su plan de desarrollo y este se ejecute conforme a sus estrategias. Pues no solo basta regular los derechos en determinada norma para reconocer la existencia de un derecho, sino más bien está en la ejecución de dicha norma el reconocimiento de ello.

En tal orden de ideas podríamos afirmar que, si bien un sistema educativo estará conformado por un conjunto de normas, estrategias, planificación, visión, misión de determinado Estado, dicho sistema funcionará siempre que de dichas normas y plan de desarrollo se aplique en la realidad, pues los sistemas educativos demandarán de resultados medibles, los que a través de estos últimos se podrán establecer planes de mejora continua, es decir, educación de calidad.

Sin embargo, no siempre los sistemas educativos que rigen en determinado Estado son adecuados a la época o la demanda social, pues necesariamente depende de las decisiones

políticas de los gobernantes de turno, ya sea en Estados democráticos o monárquicos. Una salida para los Estados se encuentra en los lineamientos de los organismos internacionales, quienes previas investigaciones o estudios, proponen determinados lineamientos, como son los objetivos de desarrollo, los que deben ser adecuados a la realidad de cada país.

Un claro ejemplo se evidencia en países de habla hispana y con determinada cultura étnica como Bolivia, Perú o México, los que no podrían tener los mismos objetivos que países asiáticos y en constante desarrollo. Por lo tanto, no podemos asumir que nuestra educación no es de calidad respecto de países cuyos objetivos o estándares son diferentes a los nuestros.

Por ello, el problema no es el objetivo en sí, sino cómo cada Estado elabora su plan estratégico, cómo diseña sus objetivos de acuerdo a cada realidad social y las integra y adecúa con los objetivos de otros países, de manera tal que nuestros estudiantes estén preparados para enfrentarse laboral y socialmente en cualquier ámbito.

Más allá del discurso teórico, es importante que los Estados puedan asignar un presupuesto adecuado y acorde con sus necesidades y objetivos propuestos, además de capacitar a los funcionarios en habilidades para el manejo y ejecución del presupuesto asignado.

Finalmente, un sistema educativo será exitoso si se conoce la realidad social, si su objetivo es claro y preciso, si se permite la intervención de la sociedad en su conjunto y, sobre todo, si el Estado se compromete a invertir realmente en el sistema adoptado.

## **4.2. Las competencias profesionales como factor de desarrollo humano y productivo**

Recordemos que hemos definido que las competencias profesionales siempre han estado ligadas con las actividades laborales, deslizando que ello respondería a la necesidad productiva de las empresas en el mundo.

Lo cierto es que el desarrollo de las competencias profesionales permite delimitar las actividades profesionales de nuestros egresados, pero no siempre nos hemos preocupado que dichas competencias profesionales lleven consigo al desarrollo humano o tener profesionales con competencias evidentemente centradas en la persona o en la sociedad. En cambio, nos hemos preocupado si determinada habilidad podrá llevar a los futuros profesionales a mejorar su situación económica.

Nuestros expertos han opinado en el sentido siguiente:

... tiene que ver con esta búsqueda continua en todas las profesiones y quehaceres, de que uno es coherente, consistente, honesto, comprometido con lo que dice y lo que hace con lo que uno es... (EXP1)

Efectivamente, las competencias están necesariamente relacionadas con los quehaceres o actividades que se desarrollan en las distintas profesiones, desde el manejo de los conocimientos hasta los valores en forma paralela y conjunta.

Una perspectiva sobre las competencias nos brinda un segundo experto según el orden siguiente:

...si tú vez los otros parámetros que tiene la OCDE sobre desarrollo social, desarrollo político, todos están en función de una sociedad mercado céntrica, donde el mercado es el poder absoluto que controla todo, incluso la democracia... (EXP2)

Bajo esta perspectiva, entendemos que los parámetros de los organismos internacionales responden a intereses empresariales. Pero también deberíamos preguntarnos: ¿Qué es lo que quieren nuestros estudiantes? La respuesta muchas veces las encontramos, por ejemplo, en la migración.

Este fenómeno social se presenta de manera frecuente en nuestro país, donde los habitantes de las zonas rurales siempre tienen la creencia que el éxito de sus jóvenes está fuera de su región, pues consideran que sus hijos se desarrollarán mejor en universidades de la capital o ciudades con mayor población. De ese modo, dejan atrás opciones de universidades de su región que ofrecen planes de estudio orientados a su desarrollo regional como la agricultura, arquitectura, entre otros, renunciando inclusive a la posibilidad de explotar conocimientos tradicionales que hoy en día son muy valorados también económicamente. Bajo esta premisa, nos explica otro de los expertos con la opinión siguiente:

...Si yo tengo una universidad en una zona implantada como Ucayali, por ejemplo, universidad que forma ingenieros forestales. ¿Dónde debe estar el esfuerzo mayor? En servir al lugar donde está implantada la universidad y formar profesionales para ello... (EXP4)

En tal sentido, conforme lo explicado y lo expresado por los expertos, estaríamos en la posibilidad de afirmar que las competencias profesionales se presentan en la actualidad como un factor del desarrollo productivo.

En tal orden de ideas, coincidimos con uno de los expertos cuando afirma que:

...El Estado debe proveer servicios educativos que te permitan lograr tu máxima productividad, pero recurriendo a elementos que ayuden a tu desarrollo humano...  
(EXP3)

Precisamente una de las funciones de todo Estado, sea cual fuera su régimen, es proveer del servicio educativo a toda su población, ya sea de manera directa a través de centros de educación nacionales o de manera indirecta a través de centros de educación particulares.

Pero el problema no radica en la obligación del Estado en proveer del servicio educativo, es decir, en su estructura o sistema, sino en el enfoque o finalidad que orienta las políticas educativas que el propio Estado ha regulado en su normativa, ya sea en función del desarrollo productivo o el desarrollo humano, de ahí que deben ser ambos.

Entonces, podríamos hasta aquí establecer que es el Estado el encargado de proveer los servicios educativos de manera directa o indirecta que le permitan lograr su desarrollo productivo, sin descuidar el desarrollo humano de su población.

En tal sentido, los centros de educación deberían considerar que los planes de estudio por competencias, deben responder siempre a la demanda del mercado, procurando que los futuros profesionales también se formen en valores que les permita inclusive enfocarse en su vocación de servicio a la sociedad sobre la base de los principios de nuestro tiempo.

Finalmente, un aspecto importante que coincidimos con los expertos, se centra en que los organismos internacionales desarrollan sus informes en base al desarrollo empresarial, pero además agregaríamos que también se desarrollan en base a las necesidades de las personas como seres humanos. Recordemos la ODS4, en cuanto señala como meta 4 que, al año 2030, se espera aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento.

### 4.3. La inclusión como factor de desarrollo de las competencias

En primer lugar, debemos recordar que mediante la equidad las desigualdades existentes en la sociedad desaparecen, de manera tal que los individuos, sean de cualquier condición social o económica, estarán en aptitud de disfrutar de la misma educación.

La relación entre inclusión y educación necesariamente pasa por el sistema educativo que adopta cada país, y el sentido de equidad o igualdad que este haya regulado para sus conciudadanos.

Nuestros expertos nos brindan un alcance sobre la inclusión en la educación, a saber:

... la inclusión es una palabra que se ha usado para maltratar a las personas con una discapacidad, porque se está asociando inclusión con meter a los colegios de alguna manera a niños que tienen alguna discapacidad por un síndrome o una condición que le genera ciertas desventajas... (EXP1)

... hay que entender que las personas, sus capacidades intelectuales motoras, funcionales corresponden a un espectro en el que cada función puede estar en un punto distinto del espectro, pero todos son personas, entonces cuando la condición de una persona hace que requiera estrategias especiales, entonces tengo que ponerlo en condiciones para que eso sea posible... (EXP1)

... El Estado debe proveer servicios educativos que te permitan lograr tu máxima productividad, pero recurriendo a elementos que ayuden a tu desarrollo humano... (EXP3)

... Se debe partir de los derechos humanos, como derechos inherentes a toda persona... (EXP3)

Al respecto, no debemos dejar de mirar el enunciado del ODS4, en razón que, en este se ha trazado como objetivo el garantizar una educación de calidad, inclusiva y equitativa.

Pues resulta incongruente señalar que el tema de la inclusión se utilice para maltratar a las personas con discapacidad, pues recordemos que el término inclusión engloba un número mayor de personas, entre las que además de las personas con discapacidad se encuentran personas que carecen de acceso a una educación por razones económicas, razones geográficas, razones de género, entre otras.

Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (2015), señala que en los últimos 25 años se han logrado progresos en cuanto a la paridad de género, pues siendo así, es evidente que no todos tenemos acceso a la educación, y ello no significa un maltrato, pues existen normas constitucionales que regulan al principio de equidad como un derecho humano, en las que se incluyen a los discapacitados.

Precisamente en el numeral 5 del artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas, se regula el derecho de las personas discapacitadas a la educación, en cuanto obliga a los Estados miembros a asegurar que las personas discapacitadas accedan a la enseñanza primaria y secundaria de calidad y gratuita, bajo las mismas condiciones que las demás personas.

Si bien las competencias no son exclusividad de determinado grupo social, debemos tener presente que no todos estamos preparados o tenemos condiciones para adquirir cualquier tipo de habilidades, hecho que no configura la exclusión social.

Por ejemplo, una persona con determinada discapacidad en sus manos, ¿podría realizar o adquirir habilidades para realizar cirugías? No podemos decir tajantemente que no podría, pues hoy en día el desarrollo de la biotecnología podría desacreditar nuestra afirmación.

En cuanto a la actuación de los Estados y su declaración de igualdad de derechos de sus miembros, un claro ejemplo se presenta en el estado cubano. Este último, según la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (2019), en su propia constitución en el año 1961, estableció lo siguiente:

Se declara pública la función de la enseñanza y gratuita su prestación. Corresponde al estado ejercer dicha función a través de los organismos creados al efecto con arreglo a las disposiciones legales vigentes.

Dicha norma permite el acceso de todos los integrantes del Estado cubano a la educación, pues no existe forma que un poblador pueda quedar excluido de su derecho a la Educación.

Y es lo que debería ocurrir en todos los Estados, erradicar la exclusión a la educación, pues este hoy en día es un derecho humano reconocido a nivel de los tratados internacionales y normativa de cada nación.

Por ello, si bien la inclusión como factor de desarrollo funcionará siempre que se incluya a todas las personas como factor de desarrollo, sea cualquiera su condición política, social, religiosa e inclusive su capacidad motora, pues en estos tiempos, con el avance tecnológico es posible que determinadas actividades se puedan realizar incluso cuando se tenga problemas de salud.

Finalmente, un elemento a tener en cuenta en la inclusión como factor de desarrollo es la territorialidad o descentralización de las actividades educativas, pues el Estado debería aprobar planes de estudio universitarios adecuados a las demandas regionales, ya que, por ejemplo, carecería de objeto aprobar un plan de estudio de extracción de pesca marítima para una universidad ubicada en la sierra de La Libertad, o una carrera de agricultura mediante el riego ancestral en la ciudad de Lima.

En conclusión, la inclusión es un factor determinante en el desarrollo de las competencias, siempre que el Estado realice un estudio previo de factibilidad de los planes de estudio a aprobar, pues la demanda debería estar enfocada en el desarrollo regional, la necesidad de la población, la sostenibilidad en el tiempo y, sobre todo, como bien refieren Rey y Jabonero (2018), la inclusión tiene un único objetivo: el estudiante.

## 5. Conclusiones

A lo largo del tiempo los sistemas educativos siempre han estado diseñados según el estrato social que ostente el poder, y es en función de ello que, durante su evolución y como respuesta a la desigualdad y trato preferente, ha tratado de ponderar entre la productividad y el desarrollo humano. Es precisamente por ello que consideramos pertinente los acuerdos contenidos en los objetivos de desarrollo sostenible.

Un sistema educativo de calidad se desarrolla en el planeamiento estratégico y objetivos reales de cada Estado en función a su realidad socioeconómica, amparado en normas, principios y valores, la cuales recaen en la intervención de cada agente de la educación, sean instituciones, docentes, estudiantes y grupos de interés (empresas).

Tanto el plan estratégico como los objetivos se pueden mediar a través de estándares, los que pueden o no estar alineados a los propuestos por las organizaciones internacionales sino a políticas y lineamientos de cada Estado dependiendo del sistema educativo, es decir, de los objetivos que se plantean en su plan estratégico.

Debemos tener en cuenta que un sistema educativo de calidad debe ser inclusivo y abierto, pues un plan estratégico de desarrollo de determinado país que no contemple la participación de todos de manera equitativa, será un plan destinado al fracaso, pues el

éxito de un país depende de la participación de toda su población sin distinción alguna. Es por ello que, hoy en día, los Estados en su normativa no hacen distingo alguno entre las personas, sea cualquiera su condición por razón de sexo, raza, religión, creencia, capacidad motora, entre otros. Esto se debe a que todos los sistemas regulan la inclusión como un mecanismo de desarrollo social sostenible, pero no en muchos países se consolida dicho cometido por falta de políticas serias y reales.

La educación de calidad es un derecho humano que se debe cumplir en cada Estado, pues no solo debe regularse normativamente, sino aplicarse mediante políticas de cumplimiento. Un claro ejemplo de inclusión educativa se aprecia en el Estado cubano, donde no existe distingo para el acceso a la educación, pues tal derecho se ejerce de forma incondicional y oportuna.

Considerando que la educación es un derecho, y teniendo en cuenta que esta debe ser inclusiva, podríamos afirmar que el sistema educativo tendrá éxito. Una razón fundamental de la inclusión para el éxito de un sistema educativo es la actuación conjunta de la sociedad que la conforma, permitiendo el diseño de las competencias en función de sus necesidades reales, más no solo y únicamente de un sector.

Ocurre actualmente que las competencias que se describen en los planes curriculares responden a las demandas del sector productivo o empresarial, constituyéndose como fuente de creación de nuevas carreras profesionales o especialidades de segunda profesión. No obstante, nuestra realidad nos demuestra que el factor humano merece un trato igualitario, pues las personas formamos parte esencial del desarrollo productivo, de una parte, o bien somos la fuerza laboral o de otra la fuerza de consumo. En tal sentido, el equilibrio entre el desarrollo productivo y el desarrollo humano será el equilibrio en el desarrollo sostenible de una nación basada en una educación de calidad.

### Referencias

- Banco Mundial. (2018). *El gasto público en educación*. [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org)  
<https://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GB.ZS?end=2018&start=1995&view=chart>
- Bardin, L. (1996). *Análisis de contenido*. Ediciones Akal.
- Cisterna, F. (2005). Categorización y triangulación como procesos de validación del conocimiento en investigación cualitativa. *Revista Theoria*, 14(1), 61-71.  
<https://www.redalyc.org/pdf/299/29900107.pdf>

- Congreso de la República. (2004). Ley N. 28740, Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa. Diario oficial El Peruano. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105121/\\_28740\\_-\\_16-10-2012\\_10\\_16\\_02\\_-LEY\\_28740.pdf?v=1586905345](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105121/_28740_-_16-10-2012_10_16_02_-LEY_28740.pdf?v=1586905345)
- Congreso de la República. (2012). Ley N. 29837, Ley del Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo. Diario oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-crea-el-programa-nacional-de-becas-y-credito-educati-ley-n-29837-752605-1/>
- Chávez, J. (2004). Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial. *Norba, Revista de Historia*, (17), 93-109. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1158936>
- De la Cruz, G. (2017). Igualdad y equidad en educación: retos para una américa latina en transición. *Revista de Educación*, 26(51), 159-178. <http://dx.doi.org/10.18800/educacion.201702.008>
- Delors, J. (1997). *La educación encierra un tesoro. Informe para la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo Veintiuno*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187502>
- Engels, F. (1845). *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Publications Mia.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2014). *Eliminar la violencia contra los niños y niñas: seis estrategias para la acción*. [https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF\\_Ending\\_Violence\\_Spanish\\_WEB\\_240215.pdf](https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Ending_Violence_Spanish_WEB_240215.pdf)
- Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi. *Revista de Ciencias Sociales*, (3), 331-356. <https://revistas.upr.edu/index.php/rcs/article/view/9466>
- García, J. (2015). La escuela lancasteriana en México y en américa latina como solución del estado liberal ante el vacío dejado por la iglesia. *Boletín Virtual de la Universidad Pontificia de México*, 4(7), 48-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6259857>
- Gavari, E. (2005). Evolución de la política educativa francesa: de la igualdad a la diversidad. *Revista Complutense de Educación*, 16(2), 415 - 438. <https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/view/RCED0505220415A/15934>
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la Investigación Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mc Graw Hill.
- Lara, E. (2013). *Fundamentos de investigación un enfoque por competencias*. Alfaomega Grupo Editor.

- Larrieu-Let, E. (2017). *¿Quién se beneficiará con la cuarta revolución industrial?* *Aadeca Revista*, (6), 14-19. [https://www.editores-srl.com.ar/sites/default/files/aa6\\_larrieu\\_let\\_cuarta\\_revolucion\\_industrial.pdf](https://www.editores-srl.com.ar/sites/default/files/aa6_larrieu_let_cuarta_revolucion_industrial.pdf)
- Montes, S. y Beas, M. (1998). Presencia de Pestalozzi en la escuela moderna (1891-1934). *Revista Complutense de Educación*, 9(1), 165-176. <https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/view/RCED9898120165A/17402>
- Morales, F. (2007). *El impacto de la biotecnología en la formación de redes institucionales en el sector hortofrutícola de Sinaloa* [Tesis doctoral, Universidad de Barcelona]. Díposit Digital. <http://hdl.handle.net/2445/41969>
- Neffa, J. (1999). Actividad, trabajo y empleo: algunas reflexiones sobre un tema en debate. *Revista Orientación y Sociedad*, (1), 127-162. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/13870>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformourworld>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. [http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1\\_es.pdf](http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación. (2017). *La nueva agenda educativa para américa latina: los objetivos para 2030*. <https://www.fundacionsantillana.com/PDFs/860697.PDF>
- Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación. (2019). *Cuba: perfil de país*. [https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_informe\\_pdfs/dpe\\_cuba\\_25\\_09\\_19.pdf](https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_informe_pdfs/dpe_cuba_25_09_19.pdf)
- Organización de los Estados Americanos. (2013). *Manual de procedimientos de los programas de becas y capacitación de la Organización de los Estados Americanos*. <http://www.oas.org/es/becas/ManualdeProcedimientos.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Aplicación del convenio sobre pueblos indígenas y tribales número 169 de la OIT Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*. [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_735627/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_735627/lang-es/index.htm)
- Organización Panamericana de Salud. (2020). *Actualización Epidemiológica Nuevo coronavirus (COVID-19)*. <https://www.paho.org/es/documentos/vigilancia-global-enfermedad-causada-por-infeccion-humana-con-nuevo-coronavirus-covid-19>

- Pineda-Rivera, D. (2018). Martín Lutero educador. *Magis, Revista Internacional de Investigación en Educación*, 10(20), 201-220. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.m10-20.mled>
- Proyecto Tuning América Latina. (2007). *Reflexiones y perspectivas de la educación superior en América Latina*. [http://tuningacademy.org/wpcontent/uploads/2014/02/TuningLAIII\\_Final-Report\\_SP.pdf](http://tuningacademy.org/wpcontent/uploads/2014/02/TuningLAIII_Final-Report_SP.pdf)
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Real Academia Española (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/>
- Rey, F., y Jabonero, M. (2018). *Sistemas educativos decentes*. Fundación Santillana. <https://www.fundacionsantillana.com/PDFs/888955.pdf>
- Rousseau, J. (1996). *El Contrato Social*. Editorial Alianza.
- Rousseau, J. (2000). *El Emilio*. <http://www.educ.ar.p.8>
- Tinoco, N. (2019). *Evaluación de las competencias de investigación y la pertinencia socioeducativo de los egresados de Ciencias de la Educación, Universidad Técnica de Machala, Ecuador periodo 2016-2017* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Cybertesis. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/10827>
- Tobón, S. (2015). *Formación integral y competencias*. Empresa Editora Macro.
- Yzaguirre, L. (2005). Calidad educativa e ISO 9001-2000 en México. *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 3(1), 421-431. <https://www.redalyc.org/pdf/551/55130141.pdf>



# VALOR DE LA PERICIA PSICOLÓGICA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

*Everth Gonzales Concha\**  
*Universidad Nacional Federico Villarreal*  
everthgonzales6@gmail.com

**Resumen:** En la actualidad se evidencia una problemática que viene atravesando el proceso por violación sexual, respecto de la presentación de la pericia psicológica. A partir de ello, el objetivo del presente trabajo recae en establecer de qué manera los diversos criterios del valor de la pericia psicológica en el delito de violación sexual se relaciona con la vulneración del debido proceso. Desde el ámbito metodológico, la presente es una investigación de enfoque cualitativo. Como conclusión se afirma que la aceptación de informes poco fiables, la falta de experiencia y dominio del tema, así como la temporalidad en la que se realizan en la valoración de la pericia psicológica, en el delito de violación sexual, se relacionan con la vulneración del debido proceso, específicamente los principios de presunción de inocencia, derecho de defensa y principio de igualdad de armas.

**Palabras clave:** Prueba científica, valor de la pericia psicológica, violación sexual, derechos fundamentales, debido proceso.

## VALUE OF PSYCHOLOGICAL EXPERTISE IN THE CRIME OF RAPE AND VIOLATION OF DUE PROCESS

**Abstract:** At present, there is evidence of a problem that has been going through the process for sexual violation, regarding the presentation of the psychological expertise. From this, the objective of the present work lies in establishing how the various criteria of the value of psychological expertise in the crime of rape are related to the violation of due process. From the methodological field, this is a research with a qualitative approach. In conclusion, it is stated that the acceptance of unreliable reports, the lack of experience

---

\* Doctor en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú. Magíster en Derecho con mención en Aduanas por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú.

and mastery of the subject, as well as the temporality in which they are carried out in the assessment of psychological expertise, in the crime of rape, are related to the violation due process, specifically the principles of presumption of innocence, right to defense and the principle of equality of arms

**Keywords:** Scientific evidence, Value of psychological expertise, rape, fundamental rights, due process.

## **Base legal.**

El Art. 124 “B” del Código Penal establece que la afectación psicológica, cognitiva o conductual puede ser determinada a través de un examen pericial.

Guía de evaluación psicológica forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y en otros casos de violencia. (Resolución de la fiscalía de la nación N° 1196-2016-mp-fn, de fecha 11 de marzo de 2016)

Artículo 393°.2 del nuevo Código Procesal Penal, la valoración probatoria debe, especialmente, respetar las reglas de la sana crítica conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

En Artículo 158, del Código Procesal Penal, señala los criterios de la valoración de pericia; la observancia de la regla de la lógica, la ciencia y las máximas de la ciencia.

El artículo 393, del Código Procesal Penal, señala en el párrafo segundo lo siguiente: “2. El juez para la apreciación de las prueba procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con los demás.

## **1. Introducción**

La violencia sexual en todas sus manifestaciones es uno de los delitos con mayor presencia en la sociedad a nivel mundial. Señaló la Organización Mundial de la Salud (2017): “El 35% de mujeres del mundo han sido objeto de violación alguna vez, por parte de un desconocido o una familiar” (p.1). Es un problema que se ha vuelto insostenible a nivel mundial, y hay países donde la estadística es angustiante. Los delitos sexuales, en cualquiera de sus modalidades, es un problema latente, así como objeto de controversia y, por ello, el legislador, ha dado una serie normas en busca de la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como también, se protege a la familia y con ella a la sociedad en general.

En el Perú, la problemática es preocupante. Garrido (2022) precisó que, en el presente año, en los primeros tres meses, se reportó 5862 casos de violencia sexual, de los cuales, 2633, fueron violaciones sexuales. Se destacó que en la mayoría de los casos eran personas del entorno cercano de la víctima.

En este contexto, una de las pruebas para determinar la responsabilidad penal o autoría del delito, es la prueba pericial, que tiene calidad de prueba científica. De allí la importancia de su rigurosidad, y la exigencia de la aplicación de los criterios científicos en su elaboración, situación que muchas veces no se presentó cuando se han emitido los informes.

Surgen entonces diversas interrogantes: ¿De qué manera los diversos criterios del valor de la pericia psicológica en el delito de violación sexual se relacionan con la vulneración del debido proceso? Así también, ¿cómo la falta de información relevante y detallada de la evaluación psicológica se relaciona con la vulneración de presunción de inocencia?, ¿de qué manera la falta de experiencia y dominio del tema del profesional que emite la pericia psicológica se relaciona con la vulneración del derecho de defensa?, ¿a qué se debe que la temporalidad en la que se realiza la pericia psicológica vulnera el principio de igualdad de armas?

## 2. La problemática del delito de violación sexual

El problema de la violencia sexual en el Perú se presenta con mayor preocupación por la presencia de caso de violación de menores de edad. Alcántara (2021) reveló que más del 70% de los casos reportados por violencia sexual corresponde a menores de edad. Realidad presente en todas las provincias del Perú, y no es ajena a la jurisdicción de Lima Este, donde el delito es constante y se ha incrementado en comparación con los años anteriores, como se ha podido detectar en el desarrollo de la investigación.

El legislador peruano, frente a este tipo de delitos, ha regulado, con la mayor rigurosidad respecto de las penas, porque se establece la cadena perpetua inmediata, o la sentencia a 35 años de pena privativa de libertad (en el caso de menores de 10 años), la pena varía en el caso que la víctima tenga entre 10 a 14 años. Como aseveró Meza (2019), con esta severidad de la pena, se quiere agregar a petición de algunos legisladores la pena de muerte o la castración química, medidas que como nos demuestra la experiencia comparada no han sido disuasivas.

El delito de violación sexual al menor vulnera derechos fundamentales reconocidos por todos los instrumentos internacionales de protección a los derechos del niño y adolescente, además de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, recepcionado

por la legislación sustantiva y especial de los niños y adolescentes. Este crimen causa un daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral. Vulnera los derechos a la privacidad, a la intimidad sexual, el derecho a no ser expuesto a los malos tratos a la explotación o al abuso en todas sus formas.

En este ilícito, el bien jurídico que se vulnera es la indemnidad sexual y la libertad sexual. De acuerdo a Ticlla (2020),

El Estado en el caso de los menores de edad tutela la indemnidad sexual, no importando si estas se han realizado con el consentimiento de la menor de edad, si hay acceso carnal por parte del sujeto activo estamos ante el delito de violación.  
(p. 96)

Hay que acotar que el Tribunal Constitucional en la STC 00008-2012-PI/TC, reconoce el denominado “derecho a la autodeterminación sexual de los adolescentes entre 14 y 18 años”. En esta misma sentencia se declara la inconstitucionalidad de la violación de los menores de edad.

### **3. La problemática en torno al elemento de convicción de la pericia en los delitos de violación sexual**

Sin lugar a dudas, se necesita una sanción drástica. Pero ello no quiere decir que, en la búsqueda de una sanción a los autores de este delito, se cometan excesos o se vulneren derechos fundamentales, ya que el sistema de justicia está regido por una serie de normas rectoras que la Constitución ha recepcionado, a través de los diversos tratados de derechos fundamentales, como el principio rector del debido proceso y los otros principios que se relacionan, lo que desde una lectura actual no se viene cumpliendo.

Uno de los medios probatorios relevantes y trascendentales que coadyuva a determinar la responsabilidad penal del autor del delito de violación sexual es la prueba pericial, aunque no la única, ni la determinante. La aplicación de esta prueba tiene que cumplir una serie de requisitos para que pueda ser considerada una prueba plena, fiable y válida.

Los problemas que se advirtieron en este caso, para la valoración de la prueba, es la temporalidad, debido a que dichas pruebas, al no hacerlas con la diligencia respectiva, pueden ser objeto de manipulación por agentes externos, lo que haría que los hechos que han sucedido en la realidad varíen. Como destacó Zambrano (2020), tendríamos una valoración subjetiva por parte del perito y se afectaría la fuerza del peso probatorio.

Se observó entonces que la validez científica y los patrones de constitucionalidad que exige la prueba procesal penal, para ser declarado culpable al presunto autor en sede penal, no se viene cumpliendo. La información relevante y detallada de la evaluación psicológica, experiencia y dominio del tema, la inadecuada que la temporalidad en la que se realiza la pericia psicológica en la elaboración del informe psicológico incide negativamente, que en la etapa de juzgamiento no se tenga prueba pericial científica.

#### **4. Cumplimientos de los requisitos que exige la ley de la pericia**

Alcoceba (2018) afirmó que la ciencia y el derecho tienen en la actualidad una relación significativa. El primero va otorgar aportes trascendentales para determinar lo que ocurrió, en forma infalible porque a través de la metodología que utiliza no deja lugar a dudas de lo que realmente sucedió, de allí que la administración de justicia haya recepcionado dichas pruebas por encima de otras, por el nivel de fiabilidad.

Por su parte, el derecho penal y procesal penal son las disciplinas jurídicas que más se han beneficiado, ya que las pruebas determinan culpabilidad a través de las pruebas, como es el caso de la pericia, que por la metodología que utiliza determina conclusiones donde se determina la culpabilidad o inocencia de un imputado.

Yambay (2018) resaltó que la prueba es quizá el instrumento más relevante de un proceso, porque a través de la valoración de dicho medio probatorio se va determinar la culpabilidad o inocencia de un imputado de la comisión de un delito. Por ello, el ingreso al proceso de dicha prueba tiene que ser acorde a todas las garantías del debido proceso. Si la prueba ingresa al proceso sin respetar los derechos fundamentales, dicha prueba no será admitida, salvo las excepciones que señala la ley.

El principio básico de la prueba es que la parte que afirma algo debe de llevar las pruebas de su enunciado, principio de necesidad de la prueba ya que la prueba tiene varios momentos y este se desarrolla en la valoración de la prueba, donde el juez le da un peso probatorio a la prueba para poder corroborar la hipótesis fáctica de una u otra parte y ahí es donde el juez hace uso de los sistemas de valoración de la prueba. Esta valoración probatoria exige algunos el cumplimiento de los criterios de valor de la pericia psicológica, requisitos que lo podemos sintetizar de Wroblewski (2013), cuando precisó que para esta labor

... se exige que no excluya ninguna prueba, la valoración se debe hacer en forma individual y conjunta, así como se debe destacar la fiabilidad y el valor de los medios probatorios y que las inferencias que se valoran tienen que ser propuestas a través de la ciencia, lógica y la máxima de experiencia. (p. 9)

Respecto de la información trascendental, que va brindar la víctima. Como destacó Vásquez (2015b), “en la actualidad, en las diferentes sentencias, se ha considerado como criterio de admisión o valoración de una prueba pericial su científicidad” (p. 2). Entonces ingresamos a estudiar una prueba pericial científica, la calidad de dicha prueba tiene características especiales, como es la validez y fiabilidad. Sobre la información relevante y detallada de las evaluaciones psicológicas, de acuerdo con la Casación 2215-2017 Del Santa: “La acreditación de la violencia psicológica debe basarse en el estudio analítico de los hechos expuestos, por la víctima y el supuesto agresor, así como los informes de índole psicológica que se han practicado, dichos informes deben tener la validez en donde se precisa información relevante y detallada de las evaluaciones de índole física y psicológica a las que se ha sometido a la víctima. En opinión de López (2020) la pericia psicológica, necesita, para su validez, tener información relevante y detallada en aras del análisis exhaustivo del profesional de psicología.

Respecto de la experiencia y dominio del tema, la Sala Permanente a través de la Casación N. 1668-2018-Tacna, ha precisado lo siguiente en torno a la Cámara Gessel: Es una diligencia, que va registrar el testimonio del menor de edad, y tiene como objetivo llegar a la verdad, la víctima relata los hechos, que son objeto de imputación. Dicha prueba está dirigida por un profesional, el psicólogo, la experiencia y dominio del tema, otorga a esta prueba un alto estándar de fiabilidad, por ello basta una sola declaración de la víctima. Romero (2021) señaló que el profesional dedicado a la rama de psicológica, y que va ser parte de la esfera jurídica, por sus dictámenes, tiene que tener la experiencia y dominio del tema.

Sánchez (2016) precisó que “la verdad que arroja la prueba científica será una verdad científica. La verdad científica, por definición, al igual que la verdad procesal, tampoco es una verdad absoluta, pues la ciencia también encuentra límites durante el desarrollo” (p. 32). La verdad científica se ve así condicionada a los instrumentos que disponemos en un determinado periodo histórico, al conocimiento científico que se haya gestado hasta esos días, al talento y desacierto de los humanos que trabajan con la ciencia, etc.

Cuando hablamos de rigurosidad científica, estamos ante una exigencia que se requiere para que un medio probatorio pueda ingresar al proceso. Por ello, es trascendental la aplicación de criterios del método científico para validar los resultados de una prueba pericial. Se va determinar si la prueba pericial respecto de las conclusiones dadas por el perito es fiable, válida, y que dichas conclusiones han cumplido con los estándares internacionales y nacionales para que sean consideradas pruebas.

## 5. Los derechos que vulnera la admisión de una pericia que no cumple los requisitos de rigurosidad

Para Aguilar (2016) la protección de los derechos fundamentales a través de procesos lleva a dos situaciones. En la primera, figura la garantía al derecho al debido proceso material y formal de toda persona y que el Estado asegure el cumplimiento de la tutela jurisdiccional.

En la realidad nacional, afirmó Olaya (2020), la pericia psicológica aplicada a los adolescentes tendrá que cumplir con las exigencias de la ley. Si es menor de edad, se realizará mediante la cámara Gesell; si es mayor de edad, la intervención es directa. La pericia determinara el daño sexual, físico y psicológico ocasionado por el agresor.

Por ello, el plazo procesal con el que se realiza las pruebas periciales debe hacerse desde el momento que se denuncia la comisión del delito de violación sexual. Es trascendental porque, en este tipo de delitos sexuales, las pruebas pueden contaminarse. De ahí que la sumariedad de la intervención debe ser muy diligente, porque de lo contrario podría perjudicar al proceso al no poder tener medios probatorios fehacientes e indubitables.

Este problema no es de reciente data, ya Cruzado y Ríos (2016), lo advertían en su investigación: No se viene cumpliendo con los protocolos internacionales de aplicación de la pericia psicológica, unido al incumplimiento de la exigencia de rigurosidad que regula el Código Procesal Penal del 2004, en dichos medios probatorios, no se viene aplicando o utilizando las técnicas, procedimiento y los pasos del método científico que le otorgan validez y confiabilidad a dichos medios probatorios.

En consecuencia, es trascendental el cumplimiento de dichos derechos. La pericia al ingresar a un proceso debe cumplir con los requisitos de rigurosidad que exige la ley, porque las conclusiones que se presenten serán determinantes para tomar una decisión respecto de la culpabilidad o inocencia de la persona que es sindicada por la sindicación de la comisión de un delito.

Se ha resaltado que se vulnera derechos fundamentales, como el debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa e igualdad de armas. De acuerdo con San Martín (1999), el debido proceso es el derecho que tiene todo justiciable de tener un proceso independiente, imparcial y justo, dentro de su contexto tiene una serie de principios. Talavera (2004), sobre la presunción de inocencia, señala que mientras no se haya declarado a una persona culpable de la comisión de un delito mediante sentencia, es inocente.

Por tales razones, ninguna persona o institución puede acusar de un delito mientras no se demuestra la veracidad de dicha imputación, plasmado como norma en el Código Procesal Penal. En relación a ello, cabe recordar que el derecho de defensa, como precisó San Martín (1999), es el derecho de toda persona a recurrir a los medios de argumentar la contradicción de una imputación por medio de una defensa personal o letrada, tal como se regula en el artículo 139 incisos 14 y 16 de la Constitución. De igual forma, el principio de igualdad de armas, para Cubas (1996), es el derecho del imputado de poder tener las mismas garantías y facultades que tiene la persona que acusa para poder realizar su defensa, plasmado como norma en el Código Procesal Penal.

## 6. Conclusiones

En el ámbito de la violencia sexual, a diferencia de la violencia familiar, la prueba psicológica, puede incidir en que se dicte una medida cautelar personal contra un presunto inocente. Un tema relevante en torno a este medio probatorio es la temporalidad con que se realizan. Una pericia psicológica respecto a dichos delitos tiene un principal problema como es la temporalidad. Estamos ante una prueba tardía, que puede ser contaminada, ya sea por los factores naturales o los personales.

Hoy en día existe una necesidad de los profesionales de psicología, pero sobre todo que tengan amplia experiencia, especialmente en los temas de la identificación a una persona que ha cometido un delito como en el caso de los delitos sexuales. Para una adecuada valoración de una pericia, se tiene que observar el origen del problema.

Todos los que se desenvuelven en el quehacer judicial, tenemos el conocimiento que hay una entrevista única, cuando el sujeto pasivo del delito de violación sexual es menor de edad, y esa es la prueba trascendental en el delito de violación sexual. El juzgador va dictar un fallo condenatorio en base a dicho testimonio de la víctima. En la actualidad, la utilización de la cámara Gesell ya no es el instrumento trascendental en el proceso por violación sexual, sino que presenta una serie de vicios que lo pueden contaminar. Ello va interrumpir o interferir que la credibilidad de lo revelado y puede complicar la valoración de la prueba.

La temporalidad en la que se realizan la pericia psicológica se relaciona con el principio de igualdad de armas, porque se incumple con el debido proceso, al no ingresar la pericia psicológica al proceso en el tiempo requerido por ley. La pericia psicológica que es ingresada en forma tardía pierde fuerza probatoria e impide una idónea defensa del imputado. Asimismo, la pericia psicológica, en los delitos de violencia sexual, debe ser inmediata, y el resultado del peritaje enviado en forma sumaria al juez.

## 7. Recomendaciones

Se recomienda uniformizar criterios para la admisión de la pericia psicológica en los delitos de violación sexual, precisando que solo se puede admitir dicha prueba cuando ha demostrado ser prueba plena, tasada y fiable, y corroborada con otros medios probatorios. Solo así podrá ser un elemento admitido para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo del delito.

Se recomienda, además, rechazar la sindicación sin medios probatorios idóneos. Esto quiere decir que, con una pericia psicológica que no reúne los criterios de científicidad, no se pueden dictar medidas cautelares personales en base a las conclusiones de la pericia psicológica.

De igual modo, se recomienda recepcionar solo pericias psicológicas con demostrada aplicación de la experiencia y dominio del tema del profesional que emite la pericia psicológica, respetando la observancia a la garantía de la defensa procesal y garantía de independencia.

Por último, se recomienda admitir solo pericias psicológicas que puedan ser objeto de contradicción probatoria en forma inmediata. Asimismo, se debe permitir el ofrecimiento de pericia de parte en forma inmediata en los casos de violencia sexual.

## Referencias

- Aguilar, W. (2016). *La Prueba Pericial en el Proceso Penal en el Ejercicio de Acción Penal Pública y su valoración por parte del juzgador* [Tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. <https://1library.co/title/prueba-pericial-proceso-ejercicio-accion-publica-valoracion-juzgador>
- Alcántara. (2021). Depresión y violencia sexual en las mujeres. Universidad continental. [https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/11234/1/IV\\_FHU\\_501\\_TI\\_Alc%c3%a1ntara\\_Marcos\\_2021.pdf](https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/11234/1/IV_FHU_501_TI_Alc%c3%a1ntara_Marcos_2021.pdf)
- Alcoceba, J. (2018). Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/120>
- Cruzado, L. y De los Ríos, Y. (2016). *Errores del informe pericial psicológico en los casos de violación de la libertad sexual en los juzgados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en 2014*. [Tesis para optar el título profesional de

- Abogado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo]. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/249?show=full>
- Meza, M. (2019). *La severidad de la pena y la disminución de los delitos de violación sexual a menores de edad en el distrito judicial de Junín – 2016* [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Peruana de los Andes]. <https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/3552/TESIS%20FINAL%20SUSTENTACION%20%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- MIMP: entre enero a marzo del 2022 se registraron 5861 casos de violencia sexual en el Perú. Entrevista en RRPP. (2022). *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/peru/actualidad/mimp-entre-enero-a-marzo-del-2022-se-registraron-5861-casos-de-violencia-sexual-en-el-peru-noticia-1403141>
- Olaya, J. (2020). *Criterios de valoración de la prueba pericial en los delitos de violación sexual en menores de edad y la imposición de la pena en las sentencias del colegiado supranacional de San Martín 2017-2018* [Tesis de maestría, Universidad Cesar Vallejo]. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/31838/Olaya\\_OLL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/31838/Olaya_OLL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Romero, J. (2021). *La prueba pericial científica en el proceso por violencia familiar y la vulneración de derechos fundamentales. Lima Norte 2017-2020* [Tesis de doctorado, Universidad Alas Peruanas]. [https://repositorio.uap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12990/8418/Prueba%20pericial%20cientificadefica\\_Proceso\\_Violencia%20familiar\\_Vulneracion%20derechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12990/8418/Prueba%20pericial%20cientificadefica_Proceso_Violencia%20familiar_Vulneracion%20derechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Talavera, P. (2009). *La prueba en el nuevo Proceso Penal*. Academia Nacional de la Magistratura.
- Ticlla, P. (2020). *El consentimiento en el delito de pornografía infantil*. Lima. Universidad San Martín de Porres. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA\\_PAREDES\\_PATRICIA\\_PROTECCION\\_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5822/TICLLA_PAREDES_PATRICIA_PROTECCION_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el Derecho*. Grijley.
- Yambay, J. (2018). *La solicitud de Acceso judicial a la prueba*. [Proyecto final de investigación, Universidad Nacional de Chimborazo]. <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/5171/1/UNACH-EC-FCP-DER-2018-0043.pdf>
- Zambrano, J. (2020). Violación sexual: importancia de la pericia psicológica. *Revista Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/violacion-sexual-importancia-pericia-psicologica/>



# LA TENENCIA COMPARTIDA: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN FRENTE AL DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

*Danaye Anyel Bravo Soto\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
2018100665@ucss.pe

**Resumen:** A partir de la importancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el presente artículo académico se busca analizar si la tenencia compartida resultaría el medio más idóneo para el adecuado desarrollo del menor. Partiendo de las variables conceptuales del problema en cuestión, con un tratamiento del derecho comparado y de la misma regulación en nuestro ordenamiento, se buscará la formulación de argumentos con base que contribuyan a determinar si este régimen de tenencia compartida ayuda o afecta al desarrollo del menor, teniendo como piedra angular el interés superior del niño, niña y adolescente.

**Palabra clave:** Derechos, tenencia compartida, derecho comparado, Interés superior del niño.

## SHARED TENURE: PROBLEM OR SOLUTION IN THE DEVELOPMENT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS?

**Abstract:** Based on the importance of the rights of children and adolescents, this academic article seeks to analyze whether shared custody would be the most suitable means for the adequate development of the minor, starting from the conceptual variables of the problem in question, with a treatment of comparative law and the same regulation in our system, seeking to form arguments based on which contribute to determine whether this regime of shared custody helps or affects the development of the minor, having as a cornerstone the best interest of the child and adolescent.

**Keywords:** Rights, Shared custody, Comparative law, Best interests of the child.

---

\* Estudiante del onceavo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

## 1. Introducción

En nuestra sociedad hoy en día vemos cómo incrementa notablemente la disputa de los padres sobre la tenencia compartida y el cuidado de los hijos. Se ha vuelto habitual que, ante la separación de una pareja, los menores queden al medio de dicha disputa. Es ante ello que los niños se ven protegidos por disposiciones legales tanto nacionales e internacionales. Este tipo de tenencia ha venido acompañada de un intenso debate social y legislativo de alcance interdisciplinar sobre la conveniencia de otorgar preferencia a este tipo de custodia, más aún cuando se tiene de por medio al niño, niña y adolescente, quienes actualmente cuentan con medios que buscan protegerlos por encima de todo. En otras palabras, lo que más debe o debería importar ante situaciones que conlleven a pensar en un tipo de custodia es el interés superior del niño.

Este tema ha llevado incluso a que en algunos casos donde están involucradas personas mediáticas se exponga al menor, viendo entonces como estos son utilizados a conveniencia de los progenitores. Y es lo que suele suceder en los casos de esta índole, más aún con la regulación de la tenencia compartida que ha traído consigo argumentos a favor y en contra, ya que mientras algunos autores aseguran que esta nueva figura resultaría ser lo más favorable, hay quienes pensamos que esta puede traer consecuencias desfavorables en el menor. Por lo tanto, los más afectados de dicha realidad son los niños, por cuanto son objetos de procesos judiciales para el cumplimiento de sus derechos y la responsabilidad de los padres porque son tratados con menos importancia de la que merecen, afectando con las decisiones su desarrollo. Esto nos lleva a preguntarnos si es conveniente el régimen de tenencia compartida para un adecuado desarrollo del niño, niña y adolescente.

Ante esta figura de la tenencia compartida y teniendo como eje al menor, lo que se busca determinar es si esta afecta o no al correcto desarrollo del menor, y si se prioriza o garantiza de manera efectiva el interés superior del niño.

Asimismo, para la elaboración del presente artículo se ha considerado desarrollar dentro de este, acerca de los antecedentes de la problemática y definir aspectos básicos del tema en cuestión, así mismo, se hará una revisión sistemática con respecto a la normativa internacional, se tratará la normativa nacional y la regulación del tema, para finalizar se analizará argumentos de especialistas y doctrinales que nos permitan tener mejores luces sobre el tema de modo que nos permita realizar un mejor análisis del tema.

## 2. Problema e hipótesis

Nos resulta pertinente e importante primero establecer el problema:

- ¿Es conveniente el régimen de tenencia compartida para un adecuado desarrollo del niño, niña y adolescente?

Teniendo claro el problema, nuestra hipótesis es la siguiente:

- No es conveniente aplicar la Tenencia compartida en todos los casos. Esto debido a que cada caso tiene sus propias complejidades y particularidades, según el desarrollo físico y emocional por el que estén pasando los niños, niñas y adolescentes.

## 3. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación, es de tipo dogmático – jurídico. Los métodos que se aplicarán serán el método dogmático y el método exegetico. Por un lado, cabe precisar que el método dogmático propone investigar el ordenamiento jurídico para saber si está acorde con lo que necesita la sociedad y, de este modo, poder mejorarlo. Ello se aplicará a las normas nacionales e internacionales que serán objeto de nuestro trabajo de investigación, con el fin de que se pueda encontrar sentido a nuestros objetivos. Por su parte, el método exegetico es el que interpreta el significado de textos de manera rigurosa y objetiva. Su aplicación será tradicional, lo que incluye el razonamiento mediante doctrina. De igual forma, como herramientas de recolección, se utilizará en nuestra investigación la técnica de análisis documental y doctrina sobre el tema de investigación.

## 4. Marco teórico normativo

El principio del que se parte en la presente investigación es asegurar que cuando ocurra la situación de una posible tenencia compartida, siempre prime el interés superior del niño, el cual asegura el libre y adecuado desarrollo de la personalidad del menor. En otras palabras, es primordial tener al niño como centro y piedra angular para la toma de decisiones, más aún en temas que los pueden llegar a afectar, ya sea satisfactoriamente o no, en su bienestar.

Para entender mejor esta figura es necesario tener claro las siguientes figuras:

- **Tenencia compartida:** La tenencia compartida se debe dar tanto en el ámbito espacial como temporal del desempeño de las funciones de cuidado,

protección y educación inherentes a la responsabilidad parental (Fernández y Luna, 2017).

- **Interés superior del niño:** Es un principio de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), cuya aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes.

En vista de ello, las normas a analizar dentro del tema de investigación serán las siguientes: La constitución Política del Perú, Código Civil, Código de los niños y adolescentes y la Ley 29269: Regulación de la tenencia compartida en el Perú y la nueva Ley N. 31590.

## 5. Cuestiones generales

### 5.1. Tenencia

Etimológicamente, la palabra Tenencia, se deriva del verbo Tener. De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra tuición. Esta palabra, según lo establecido en el Diccionario de Real Academia de Lengua Española, significa: efecto y acción de guardar y defender. Mientras que Guillermo Cabanellas señala que dicha palabra “es la defensa, amparo, protección de un derecho” (Cabanellas, 2005). Por lo tanto, podríamos decir que tuición no es más que custodia, guarda de una persona sobre un menor.

Ya basándonos en un concepto más jurídico tenemos lo que nos dice Chunga (2001). La tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión, señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés.

Siguiendo esa línea, la tenencia es un atributo de la patria potestad, y se refiere al derecho del progenitor a vivir con el menor y ser responsable de su crianza, cuidados y atención. Cuando los padres están separados y no se ponen de acuerdo de cuál de ellos ejercerá la tenencia, en caso de que este resulte contraproducente para los hijos, la tenencia la resolverá el juez de familia, quien dictará las medidas necesarias para su cumplimiento.

#### 5.1.1. Tenencia compartida

Actualmente, la doctrina define a la tenencia compartida como el ejercicio conjunto de todos los atributos que conforman la patria potestad, con la diferencia que los padres se encuentran separados (de hecho, o legal), reconociendo a ambos padres (padre y madre)

el derecho de tomar decisiones respecto de sus hijos e hijas, distribuir equitativamente sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes como si compartieran una vida en común. De otro lado, la tenencia compartida privilegia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de mantener inalterable las relaciones cercanas e inmediatas con ambos padres (padre y madre) a pesar de la separación.

Según tratadistas argentinos:

La Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales. (Domínguez, Fama, y Herrera, 2006)

Para Fernández y Luna (2017) la tenencia compartida se debe dar tanto en el ámbito espacial como temporal del desempeño de las funciones de cuidado, protección y educación inherentes a la responsabilidad parental, sin embargo, en las situaciones de crisis matrimoniales la ruptura convivencial entre los progenitores impide esta simultaneidad espacial y temporal, con lo que el término de “custodia compartida” por lo que resulta impreciso habida cuenta de que en la práctica las funciones que integran el contenido de la responsabilidad parental se ejercen de forma temporalmente alternativa por cada uno de los progenitores en los respectivos períodos de tiempo en que estos convivan con los menores.

Después de leer con detenimiento lo que nos dicen cada uno de estos autores, resulta más fácil poder comprender esta figura, por lo cual, en efecto, está claro hablar de un rol compartido entre ambos progenitores.

## **5.2. Interés superior del niño, niña y adolescentes**

Para poder referirnos al Interés superior del menor es importante que primero delimitemos el tema del “niño, niña y adolescente” como tal, teniendo como base la Declaración de los Derechos del niño al cual el Perú se suscribió y ratificó el 4 de setiembre de 1990. En este tratado se reconoce la condición de sujetos de derechos a los niños, niñas y adolescentes, así como el deber en conjunto del Estado; de la familia de garantizar los

derechos de los mismos, entendiendo que por sobre todo se busca hacer prevalecer al menor.

En la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo I, señala que: “Se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Si bien aquí se establece la edad para ser considerado como niño, tenemos en nuestro ordenamiento lo establecido en título I del Título Preliminar de Código de los niños y adolescentes, que nos dice lo siguiente:

*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si es que existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considera niño y adolescente mientras no se pruebe lo contrario. (2000, p. 5; las cursivas son nuestras).*

En este artículo se habla de manera más detallada sobre a quién debemos considerar como niño y a quién como adolescente, pues tratarlos a ambos requiere de un tratamiento diferenciado y minucioso, ya que la edad constituye un factor muy importante.

Una vez delimitado todo aquello líneas arriba, podemos hablar y referirnos sobre el principio del interés superior del niño que se encuentra regulado en el Código de los niños y adolescentes, en su título preliminar, donde señala que:

*Artículo IX. Interés superior del niño.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. (2000, p. 7; las cursivas son nuestras)*

Este principio, por lo tanto, busca que se garantice al menor una vida digna y un desarrollo que le sea realmente favorable, cosa que el estado debe tutelar y hacer que se respeten. Este principio queda a criterio del juez para cada caso en concreto, buscando siempre lo más beneficioso para el menor y donde prevalezca su interés superior, que es piedra angular en cualquier régimen de divorcio o tenencia y en consecuencia requiere el contacto frecuente y continuo del menor con ambos padres tras la separación de estos.

### 5.2.1. *Desarrollo de los niños, niñas y adolescentes*

El desarrollo del menor es un factor importante, ya que siguiendo lo que nos dice el principio del interés del niño, esto determina que tan bien pueda un niño, niña y adolescente afrontar la vida adulta.

Los niños, niñas y adolescentes se desarrollan de diferentes maneras, su desarrollo incluye cambios físicos, intelectuales, sociales y emocionales, y esto ocurre en velocidades diferentes y lo que se debe buscar es que estos puedan crecer y satisfacer sus necesidades sociales, emocionales y educativas. Es muy importante que los niños vivan en un hogar donde haya amor y cuidados y es aquí sobre todo donde los padres juegan un rol muy importante, pues de ellos depende la calidad de vida en la que el menor se desarrolle.

## 6. El tratamiento de la tenencia compartida en el derecho comparado

El derecho comparado es sumamente importante, más aún en temas de familia como es el caso de verse. Se considera como punto de partida que la familia es la base de la sociedad. Por ello, en aras de hacer un mejor análisis, se tendrá en cuenta lo establecido por otros países, lo que resultará realmente enriquecedor para que más adelante en nuestra investigación podamos tener mejores luces con lo que respecta a aspectos que puedan ser parecidos o no con nuestro ordenamiento. Inclusive se pueda llegar a ver mediante esto qué tanto se ha tratado dicho tema. Para ello, en nuestra investigación hablaremos de España, Francia y Suecia, países que han regulado este tipo de régimen dentro de su ordenamiento.

### 6.1. España

En el año 2005 se introdujo la custodia compartida en el Código Civil Español a través de la Ley 15/2005 en el que se procedió a modificar el código adjetivo y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. A su vez, se modificó el Art. 92 de su Código Civil que refería que la custodia compartida “Consiste en la atribución a ambos progenitores de la custodia de los hijos menores o incapacitados, en igualdad de derechos y deberes, tras una separación o divorcio” (Jefatura del Estado, 2005) y, específicamente, se procedió a regular la custodia compartida en sus apartados 5, 7 y 8. Al principio esta medida era muy poco común hasta que fue tomando un poco más de forma, lo que generó que al paso de los años sea tomado más en cuenta, por lo que el 29 de abril del 2013 el Tribunal Supremo estableció mediante Sentencia 257 que “la custodia compartida habrá de considerarse como una figura normal e incluso deseable” (Tribunal Supremo, 2013).

Mediante Sentencia 96/2015, de 16 de febrero, el Tribunal Supremo señala que:

... la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Además, este ha aclarado que la existencia de una custodia compartida no impide al juez acordar un sistema de pensión a favor de una de las partes cuando esta se haya visto más perjudicada con la ruptura y exista un desequilibrio entre las partes.

Esta legislación hace menester tener en cuenta que la custodia compartida no implica necesariamente que los periodos que pase el menor con cada uno de sus progenitores deban ser de igual duración.

Entonces, podemos hablar así de que la custodia compartida está plantada en el ordenamiento español como una figura que ha traído beneficios en la resolución de este tipo de casos en el ámbito familiar, en el que, además, a través del tiempo, se le ha ido dando mayor importancia, y aunque en un primer momento causó varios debates e incluso muchos comentarios en contra, mediante su aplicación se ha ido incrementando este tipo de custodias en su ámbito nacional.

## 6.2. Francia

En Francia existe la Ley 2002-305, que se encuentra vigente desde el 4 de marzo de 2002 como norma general. A través de esta se establece que los padres del menor deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, es decir, que ellos se pongan de acuerdo o lleguen a un acuerdo en cuanto al tiempo que cada uno debe compartir con sus hijos, sin necesidad de que exista un litigio en los juzgados.

En el ordenamiento francés no se habla de custodia o tenencia compartida, sino que más bien se define a esta figura como coparentalidad. El Gobierno de este país ha decidido incorporar esta figura en razón que la custodia monoparental resultaría a su parecer un tanto discriminatorio hacia el padre o la madre que no posea la tenencia. Además, considera que tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos sobre su hijo o sus hijos.

Se puede inferir entonces que mediante la aplicación de esta figura se puede evitar llegar a litigios, y que bastaría con que los padres puedan ponerse de acuerdo sobre la misma, es decir, de una manera más simple y menos tediosa, mediante un consenso.

En caso de no ser así, según su artículo 373-2, inciso 1 de su Código Civil, el régimen posee una vocación general, más allá de la situación que, en concreto, origina su adopción, recibiendo aplicación por la sola separación de los padres, salvo en los casos de excepción previstos por el legislador.

### 6.3. Suecia

En este país sus mismas leyes internas establecen que ante un divorcio o separación podrán los padres ponerse de acuerdo para elegir el tipo de custodia compartida. Sin embargo, si en caso los jueces no lo creen pertinente, podrán dejar sin efecto dicho acuerdo. Solo cuando un progenitor este impedido por cualquier causa, el otro podrá tomar decisiones unilaterales de carácter urgente. En los demás casos en donde haya o exista un desacuerdo entre progenitores, necesitará la aprobación de la autoridad de bienestar social, más no de la autoridad judicial.

La custodia compartida y su forma de reparto de tiempos de cuidado de los hijos debe ser comunicada a la Agencia Tributaria del Gobierno sueco, a fin de poder aplicar las deducciones por hijo en la misma proporción que cada progenitor tiene atribuidos los tiempos de cuidado del hijo. La custodia compartida alterna es la forma más común de vivir que poseen los niños de padres divorciados en Suecia, aunque ello no signifique que estén la mitad del tiempo con cada progenitor. Empero, ello se da en la mayoría de los casos.

Este sistema legal de custodia de los niños en este país ha traído consigo que apenas se produzcan juicios por la lucha por la custodia, lo cual es considerado como algo muy beneficioso, este hace que en caso de que el progenitor que pretenda la custodia en razón individual, deberá justificar y probar ante un Tribunal de Justicia que el otro progenitor no es idóneo, y si no lo logra, deber pagar todos los costes judiciales del Estado y de las partes, que son reclamados por la agencia tributaria al litigante. Con este tipo de sistema, se evita judicializar la vida de los niños y también el de las familias en conflicto, se evita procesos tediosos y largos y se logra que acudan a los servicios sociales para resolver sus problemas, es decir, que acudan a la mediación para lograr un acuerdo razonable de custodia compartida, que sea aceptable para bienestar social.

## 7. Tenencia compartida en el Perú

### 7.1. Regulación

Según el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, en un primer momento el Estado peruano solo otorgaba la tenencia monoparental, otorgando la tenencia de los menores solo a uno de los progenitores, para que conviva y vele por el desarrollo integral de sus hijos. Al otro progenitor que no tenía la tenencia se le otorgaba un régimen de visitas para que no pierda el vínculo con sus hijos.

La figura de tenencia compartida fue regulada primero en Perú por la Ley N. 29269 publicada en octubre del 2008, modificando los artículos 81 y 84 del código del niño y adolescente:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo resuelve el juez especializado, estableciendo medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo otorgar la tenencia compartida, garantizando en todo momento el interés superior del niño o adolescente. (Congreso de la República del Perú, 2008)

Esta modificación introducía la figura de tenencia compartida, ampliándose la tenencia, brindando derechos y obligaciones a los padres sobre la educación y cuidado de sus hijos pese a estar separados. Sin embargo, se consideró que no estaba debidamente reglamentada, ya que no contaba con factores o criterios preestablecidos con los que los jueces de Familia deberían tener en cuenta al momento de otorgar tenencia compartida, quedando solo al criterio del juez, al momento de decidir sobre casos de tenencia compartida.

En la actualidad, la figura de la tenencia compartida se encuentra regulada bajo la Ley N. 31590 que fue aprobada el 26 de octubre. La norma fue publicada en el Boletín de Normas Legales del Diario Oficial *El Peruano*, y modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, bajo el principio del interés superior de los menores. Previo a esto fue que el 13 de octubre el Pleno del Congreso aprobó, vía insistencia, con 68 votos a favor, 28 en contra y 18 abstenciones la autógrafa, observada por el Poder Ejecutivo, que regula la tenencia compartida. En el siguiente punto se establecerá las modificaciones que trajo consigo esta nueva ley.

### 7.1.1. *Modificaciones de la nueva ley de tenencia compartida ley N. 31590*

Las modificaciones que establece la nueva ley son muy notorias e incluso a diferencia de la primera ley, esta modifica 4 artículos del Código en los que estos quedan establecidos de la siguiente manera:

- Artículo 81: Dicho artículo precisa que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los menores será asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para los hijos. “Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial”. De no existir acuerdo, el juez especializado deberá otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.
- Artículo 82: Este artículo refiere que, cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado. Para la variación, el juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, y que haya realizado las siguientes conductas:
  - Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.
  - No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.
  - No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los menores.

En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño. El juez ordenará, con la asesoría de un equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente. Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

- Artículo 83: Según este artículo, el padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, que el juez deberá resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada dicha solicitud.

- a. Artículo 84: En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:
  - El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores
  - Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo.
  - La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
  - El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.
  - Las vacaciones del hijo y progenitores.
  - Las fechas importantes en la vida del menor.
  - La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez deberá señalar un régimen de visitas para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo.

## **7.2. Importancia del interés superior del menor para determinar una tenencia compartida**

En los procesos de tenencia es de suma importancia, es decir, es primordial que se resguarde el interés superior del niño, niña o adolescente. Como nos dice O'Donnell (2004), el interés superior del menor es “todo aquello que favorece a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad” (p. 19). Este autor, además, hace énfasis en lo estipulado por la declaración de los derechos del niño, todo niño o adolescente al señalar que

... gozarán de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo aquello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse

física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. (2004, p. 19)

Así como en lo señalado por La convención sobre los Derechos del Niño “el interés deberá ser observado por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (1990).

El velar por el interés superior del menor supone el desarrollo integral, físico y psíquico, lo cual permite que el menor goce de sus derechos inalienables e irrenunciables de vestimenta, alimentación, salud, vivienda, recreación, educación y otros que permitan su libre desarrollo integral.

En ese sentido, los jueces de familia deben tener como directriz, en los procesos de Tenencia compartida y en todos los procesos en general que intervengan o involucren a menores de edad, al Principio del Interés superior del niño y adolescente; resolviendo según lo que resulta ser más favorable para ese menor.

### **7.3. Complejidad de los casos para establecer una tenencia compartida**

Es menester entender que la complejidad de cada caso en concreto en este tema es de mucha importancia partiendo de que, este debe ser un factor que influya en la decisión de establecer una tenencia compartida.

Después de haber visto la importancia del interés superior del menor en el acápite anterior, claro está que no es un punto que se encuentre en discusión y que debe primar ante cualquier situación, es decir, que aun cuando el caso sea simple o el más complejo que se pueda presentar este seguirá siendo el punto de partida.

Si bien la nueva ley de tenencia compartida suple de cierta manera los vacíos que presentaba la declarada anterior a esta con respecto de la aplicación de esta figura, no podemos dejar en segundo plano el grado de complejidad de los casos. Por complejidad nos referimos a que cada caso es generalmente distinto, de tal manera que lo que al juez le pueda parecer bien para un caso “a” no es necesariamente lo mismo que deba aplicar a un caso “b”, ya que entran a batallar aquí contextos familiares diferentes, pero lo más primordial son los niños, niñas y adolescentes que se encuentren de por medio y no es un secreto que como cualquiera, cada uno de ellos tienen emociones distintas, cada uno asimila y afronta las cosas de distinta manera.

No es lo mismo, por ejemplo, que se establezca una tenencia compartida para un menor que fue criado en un hogar dulce, en donde a pesar de las diferencias de sus padres el término o separación de los mismos fue buena, sin problemas; que de lo contrario establecer este tipo de figura jurídica para un niño que se crió en un ambiente de violencia, de caos. Son realidades totalmente distintas, las cuales deben ser tratadas y examinadas minuciosamente, ya que se tiene de por medio al menor que, recalándolo una vez más, es a quien se busca proteger en interés.

#### 7.4. Análisis según doctrina

Para poder analizar un poco mejor la figura de la tenencia compartida, no podemos restarles importancia a las opiniones de algunos profesionales en el ámbito del derecho, y de personas que se encuentran familiarizadas con el tema del trabajo.

Es así que, en opinión de Varsi (2020),

La Tenencia Compartida “es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de esta institución es que ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la Patria Potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad o, como también se le conoce, guarda compartida. (p. 335)

Varsi hace hincapié en el hecho de que ambos padres deberán de participar de la vida y desarrollo del menor, es decir, ambos tienen que estar presentes.

Otra opinión a favor acerca de esta figura es la de García (2015) quién hace hincapié en lo que señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18.<sup>a</sup> de 20 febrero, que los beneficios de la custodia compartida radican en que

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática. (p. 14)

Al igual que el primer autor, se hace clara referencia al hecho de la presencia de ambos padres, pero aquí se habla ya además de un aspecto que resulta significativo y es cuando este refiere a que esto haría que, ante una separación, el menor tenga una experiencia traumática. Podemos suponer con esto que se refiere a que el niño al no dejar de convivir con alguno de los padres podrá sobrellevar la situación de una manera menos pesada hablando de su lado emocional.

Quintanilla (2018) establece algunas ventajas de la tenencia compartida: ambos progenitores son importantes y su participación es igualitaria, ya que el tiempo de convivencia con ambos es similar, además de estar cada uno implicado en la crianza de sus hijos. Sobre el disfrute igualitario del tiempo, existen cambios, pero la manera habitual se mantiene, pudiendo los hijos gozar de la convivencia simultánea con sus padres. Se mantiene el vínculo afectivo con cada progenitor, por lo cual, aporta mayor autoestima y confianza en el menor ya que la relación padre-hijo se sigue fortaleciendo. Hay una mayor comprensión sobre lo que sucede con los hijos, puesto que al existir un trabajo en equipo no se cuestiona la aptitud de ninguno de los progenitores, porque ambos padres tendrán la posibilidad de desempeñar su rol en simultáneo. Se comparten las responsabilidades entre progenitores, no es necesario que ambos tengan la misma disponibilidad de ganancia, pues solo se propicia la manera equitativa de asumir roles y coordinaciones para solventar el desarrollo de los hijos. Las confrontaciones por la tenencia de los hijos no existirían, ya que, al haber mayor comunicación y respeto se disminuye los litigios postseparación.

Este mismo autor señala como algunos inconvenientes de la tenencia compartida a las nuevas reglas y horarios que dificultarán la adaptación, por lo cual, se deberá crear estabilidad y evitar mayor confusión en los menores con prácticas habituales similares en cada hogar. Diferencias culturales, axiológicas, de usos y costumbres opuestos, que puede generar en los hijos una personalidad dual, pudiendo afectar el equilibrio emocional de cada hijo. Mayores gastos, ya que, ello implica que se deba alistar un ambiente adecuado para los hijos en cada vivienda, con todos los costos que genere su implementación y mantenimiento. Espacio geográfico de cada progenitor, para que se pueda dar la tenencia compartida de una manera más llevadera, con una sencilla adaptación de los hijos a la nueva convivencia, lo ideal es que, los padres vivan en la misma localidad relativamente cerca.

Como otra opinión contraría respecto de la figura en cuestión, Gusi (2022) señala que las desventajas de la custodia compartida radicarían en que se obliga a ambos progenitores a vivir en la misma localidad o relativamente cerca. De lo contrario, será muy complicado que puedan desplazarse cada poco tiempo para hacerse cargo de sus hijos. En el caso de niños muy pequeños, los progenitores deben ponerse de acuerdo con

los horarios para que el pequeño no vea alteradas sus rutinas habituales. Si con mamá va a fútbol dos días en semana, con papá debe ser igual. Y lo mismo con la hora de la cena o rutinas como estudiar a diario o leer antes de dormir. Exige una comunicación más constante con la expareja para estar al tanto del día a día de los niños y llegar a acuerdos para poder ver a los niños cuando están bajo la custodia del otro. Puede dificultar que los progenitores rehagan su vida sentimental si la nueva pareja no acepta la situación o resulta complicado apartarse de la nueva familia la mitad del tiempo.

Como podemos ver, hay opiniones contrarias y esto no es solo de ahora. Más bien, esta figura viene dando mucho que hablar desde tiempo atrás, y es que es relevante mencionar que el hecho mismo de la aprobación de la nueva ley ha traído también más opiniones compartidas tanto por la misma figura jurídica como tal como por la forma en que se dio la aprobación de la ley que la establece.

En un comentario más equilibrado, Rodríguez (2022) menciona lo siguiente:

La custodia compartida debe ser el modelo preferente, siempre y cuando se den los condicionantes adecuados para que verdaderamente sea positiva para los niños. Acordar de manera automática la custodia compartida, sin evaluar detenidamente el contexto familiar podría acarrear consecuencias negativas en su puesta en marcha.

Si bien este autor reconoce la figura como modelo preferente, también es claro que debe estar condicionado a lo que busque el bienestar del menor.

### **7.5. Opinión de algunos expertos en el tema**

Este tema sigue trayendo consigo muchas controversias, por lo que nos resulta relevante tener en cuenta lo que nos dicen algunos expertos peruanos en la materia desde el punto de vista jurídico, dándonos una aproximación de su misma aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Tenemos así lo dicho por Rentería Durand, presidenta de la Comisión del Niño y el Adolescente del Colegio de Abogados de Lima y ex jueza de familia, quien lo recalcó en una entrevista:

Va a ser difícil aplicar la norma. Es una norma impuesta en relación a la tenencia compartida, porque hay papás que señalan que no han podido tener un régimen de visita adecuado, etcétera, que a veces les han dado una hora o a veces también

el fundamento de esta norma es que hay muchos papás que dicen que los han considerado como extraños.

Esta norma no tiene en cuenta la Convención de los Derechos del Niño. En el artículo noveno dice claramente si es que se sucede la separación de los padres el juez decidirá el lugar de residencia del niño. Entonces no significa que el niño va a ir con mochila de aquí para allá o van a tomarse las decisiones de manera arbitraria. (Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia, 2022)

Señaló, además, que se le está imponiendo al juez y se está limitando la función jurisdiccional.

Se le está diciendo al juez usted debe dictar la tenencia compartida, ni siquiera es como en otras legislaciones. Por ejemplo, ayer el día de ayer en Canal N una de las personas decía a mí no me dieron un buen régimen de visita la juez de Huancayo. Sí, pero a lo mejor la juez de Huancayo no evaluó adecuadamente las cosas, pero no por eso vamos a pasar al otro extremo en que no toma en cuenta cuál es la realidad de los niños. (Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia, 2022)

Ha comentado también sobre el tema la jueza superior titular en la Corte de Justicia de Lima, Patricia Beltrán Pacheco, durante una entrevista con RPP Noticias, en la que fue clara en sus argumentos:

Esta ley es de suma importancia, es verdad ha traído sus bemoles algunos a favor otros en contra, se ha querido establecer el interés superior del niño como eje principal, más considero que debería enfocarse en el desarrollo integral de los niños y niñas. (RPP Noticias, 2022, 01:50-02:03)

El problema está que la norma ha establecido que es un deber del juez establecer la tenencia compartida y después, abrir la puerta en caso esto no sea posible a la tenencia exclusiva, dando un régimen de visitas, de lo cual el término yo creo ya debe ser cambiado, es un tiempo mínimo de convivencia del otro progenitor o progenitora a favor de los niños y niñas, y por qué digo que ahí está el principal error porque cada caso es estudiado y como jueza te lo digo los jueces y juezas de familia que conocemos estos casos a nivel nacional tenemos que ver cada caso y enfocar cada problemática sobre todo impulsando una adecuada comunicación entre los padres. (2022, 02:04-02:49)

No era necesario una ley porque ya tenemos reiteradas jurisprudencias, ... Implica que algunas veces en los hijos e hijas haya una inestabilidad emocional porque son ellos los que tienes que moverse un 50% es como si estuviéramos desconociendo el enfoque de ellos también son personas sujetas de derecho con capacidad de determinar sus actividades a una cierta edad. (2022, 03:04-03:50)

Considero que hay que realizar unos ajustes... (2022, 03:52-04:32)

En ambas entrevistas las mencionadas especialistas se refieren a su experiencia como jueces en estos temas y las cuestiones que deberían tomarse en cuenta para tomar una decisión. Lo que nos quieren dar a entender, en nuestra opinión, es que claramente cada caso en concreto tiene contextos realmente diferentes. Como se menciona, cada problemática es distinta. Además, desde una perspectiva de cierta limitación al juez, es claro a dónde quieren llegar con ello, pues la norma establece como primera opción a la tenencia. Podemos darnos cuenta entonces que debió tratarse mejor ese aspecto, de manera que no resulte limitante para el juez y, si bien se habla de que no la aplicarán en casos que sea imposible, recalquemos aquí al hecho de haberle podido dar un mejor sentido a la norma en sí, pues sabido es que la aplicación de una norma muchas veces no resulta como se espera. Por lo tanto, en esta norma como tal, haciendo hincapié en lo que refiere la jueza superior, lo más conveniente sería hacer ajustes, de manera también que no se pierda el enfoque de los menores como sujetos de derecho. Por todo ello, sobre el tema en cuestión, podríamos incluso decir que aún falta perfeccionar la norma.

### **7.6. Conveniencia a establecer la tenencia compartida para el desarrollo del niño, niña y adolescente**

Podemos hablar de una conveniencia de establecer la tenencia compartida para el desarrollo del menor que deberá ante todo velar por el interés del mismo. Esto dependerá de cada caso en concreto, puesto que no se puede establecer como una regla general para todos los casos por igual, ya que cada familia y cada integrante de la familia son totalmente diferentes en todo aspecto.

Si bien la nueva Ley de tenencia compartida N. 31590 modifica la anterior Ley N. 29269, aún hay muchas cosas que mejorar en su aplicación, es una figura que aún seguirá dando que hablar en varios sentidos. Se debe tener muy claro que el establecer una tenencia compartida para el desarrollo del niño, niña y adolescente implica o debe implicar que esa tenencia contribuirá a que dicho desarrollo se dé en la mejor manera

posible, y en todas las circunstancias posibles. Por ningún motivo se puede poner los intereses de los progenitores por encima de los del menor.

La custodia compartida debe significar que ambos progenitores están dispuestos a compartir las responsabilidades de la crianza, la educación y a anteponer el bienestar y los intereses de los menores por encima de los propios deseos de venganza, rabia o cualquier otro tipo emoción negativa que haya sido causada por la separación. Esto se debe a que las relaciones conflictivas entre los progenitores pueden tener consecuencias negativas en el desarrollo emocional, social, cognitivo incluso académico del menor. Imponer una Custodia Compartida a exparejas que tengan relaciones conflictivas, agrava las consecuencias, afectando el desarrollo de los y las menores.

## 8. Conclusiones

Después de ver los acápites anteriores entendemos que la tenencia compartida es una figura que busca hacer a ambos padres partícipes del desarrollo en general de la vida del menor. Y aunque mucho se ha hablado de que se buscaba una igualdad que fue en principio mal entendida, de que cada padre debía pasar la misma cantidad de tiempo, es decir, un 50% cada uno con el menor, lo que se puede deducir es más bien que ambos cumplan sus responsabilidades por igual, que el menor comparta tanto con uno como con el otro sin diferencia.

Se debería tener claro que la tenencia compartida depende de la situación, es decir, una evaluación desde una perspectiva “caso a caso”, para tomar una decisión sobre la custodia en beneficio de los menores implicados, teniendo en cuenta todos los aspectos que puedan causar algún tipo de daño al menor en cuestión. Así, una custodia compartida será considerada como solución en la medida que después de haber evaluado minuciosamente todos los factores hayan llevado a esa conclusión. De lo contrario, solo sería un problema que afectará directamente al menor, causándole daños a su correcto desarrollo.

La limitación que esta nueva ley le causa al juez encargado de este tipo de casos, es un tema que todavía debe mejorarse, es decir, se debe buscar ajustar la norma. Incluso en el enfoque que se da al menor y no dejando de lado que los menores son sujetos de derechos. Por ende, en todo el sentido de la palabra deben ser considerados y respetados, ya que también está de por medio su desarrollo integral, teniendo presente lo que al respecto acotaron algunos expertos en el tema.

Si bien en otros países como los abordados en este artículo, esta figura ha influido beneficiosamente, evitando de cierto modo que se den juicios por custodia, es también lo que se debe buscar en nuestro país. No obstante, ello implicaría darle un mejor tratamiento,

y una aplicación que cause confianza en la población y no genere incertidumbre, de manera que ya esta no se convierta en problema en ningún tipo de caso y, por el contrario, sea una solución en todo el sentido de la palabra. Solo así se podrá proteger y salvaguardar el interés superior de nuestros niños, niñas y adolescentes. Esta tarea dependerá mucho del trabajo conjunto, tanto de los progenitores que deben poner en primer lugar a sus hijos, como de los jueces al velar por los menores y tomar la decisión más adecuada para ellos.

### Referencias

- Canales, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia, nuevos criterios*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Código de los Niños y Adolescentes. (s. f.). Gob.pe. [https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo\\_Ninos\\_Adolescentes.pdf](https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf)
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico*. Editorial Heliasta.
- Declaración de los Derechos del Niño y Adolescente. (1959). [http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/cpeti/marco\\_normatico/DECLARACION\\_DERECHOS\\_NINO.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/cpeti/marco_normatico/DECLARACION_DERECHOS_NINO.pdf)
- Fuentes, O. C. (2015, 03 de noviembre). Sobre las bondades de la custodia compartida. *El Blog de Oscar Cano*. <https://www.oscar-cano.com/sobre-las-bondades-de-la-custodia-compartida/>
- García Gómez, V. (2015). Estudio sobre la custodia compartida. *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, (1), 14.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (s. f.). *Agencia Oficial del Boletín del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>
- O'Donnell, D. (2004). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/\\$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf)
- Pros y contras de la custodia compartida. (s. f.). Ifiseducacion.com. <https://www.ifiseducacion.com/blog/pros-y-contras-de-la-custodia-compartida/>
- Quintanilla, A (2018). Custodia compartida. *Web consultas revista de salud y bienestar*. <https://www.webconsultas.com/bebes-y-ninos/psicologia-infantil/ventajas-de-lacustodia-compartida-e-inconvenientes>

- Rodríguez, D. (2022, 26 de agosto). Custodia compartida: ventajas e inconvenientes. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/custodia-compartida-ventajas-e-inconvenientes/>
- RPP Noticias. (2022, 12 de noviembre). *Tenencia compartida: ¿Realmente vela por el interés de los niños?* [Video]. *YouTube* <https://www.youtube.com/watch?v=s9WRxSt-DII>
- Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia compartida de hijos de padres separados. (2022, 30 de octubre). RCR Perú. <https://www.rcrperu.com/va-a-ser-dificil-aplicar-ley-que-dispone-tenencia-compartida-de-hijos-de-padres-separados/>
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editora Jurídica Griley.





# INCIDENCIA EN LAS INTERVENCIONES DE POSESIÓN Y TRÁFICO DE LOS ESPECÍMENES *PSITTACARA MITRATUS*, *PSITTACARA WAGLERI* Y *PSITTACARA ERYTHROGENYS* PERIODO 2015 – 2021 EN APURÍMAC

*Indira Gaby Sarmiento Cerón\**  
*Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Apurímac*  
indira.8m@gmail.com

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto la identificación del número de especímenes género *Psittacara* (comúnmente conocidos como “loro cabeza roja”), comprendidos en las investigaciones penales por tráfico y posesión de fauna silvestre en el Distrito Fiscal de Apurímac, en el periodo 2015 a 2021. Para este fin se ha recabado información del Sistema de Gestión Fiscal (SGF) de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Apurímac (FEMA), contabilizando el número de especies de fauna silvestre, y seleccionando el género en mayor número porcentual de especies, realizando un análisis comparativo gráfico del porcentaje de especies comprendidas en dichas investigaciones, y otro gráfico de barras segmentándolos por años; así como un gráfico de barras sobre la cantidad porcentual de especies del género *Psittacara*. Habiéndose identificado que el espécimen de mayor incidencia es del género *Psittacara*, e identificando también, que los especímenes denominados “loro cabeza roja” recae en realidad sobre tres especies distintas: *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus* y *Psittacara erythrogenys*, y por sus características anatómicas similares, son constantemente confundidos. Asimismo, se ha obtenido como resultado que la curva de porcentaje de casos de depredación y tráfico de fauna silvestre en Apurímac desde el año 2015 al 2021, tuvo el pico más alto en el año 2019 con tendencia al descenso en los años 2020 y 2021. Se concluye que, de estas tres especies, el mayor porcentaje comprende al *Psittacara mitratus*.

**Palabras clave:** *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus*, *Psittacara erythrogenys*, posesión y tráfico, Distrito Fiscal de Apurímac.

---

\* Bachiller en Derecho por la Universidad Tecnológica de los Andes. Título de abogado por la Universidad Tecnológica de los Andes. Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco

## INCIDENCE IN POSSESSION AND TRAFFICKING INTERVENTIONS OF SPECIMENS *PSITTACARA MITRATUS*, *PSITTACARA WAGLERI* Y *PSITTACARA ERYTHROGENYS* PERIOD 2015 – 2021 IN APURÍMAC

**Abstract:** The purpose of this work is to identify the number of *Psittacara* genus specimens (commonly known as “red-headed parrot”), included in criminal investigations for trafficking and possession of wildlife in the Fiscal District of Apurímac, in the period 2015 to 2021. For this purpose, information has been collected from the Fiscal Management System (SGF) of the Provincial Prosecutor’s Office Specialized in Environmental Matters of Apurímac (FEMA), accounting for the number of species of wild fauna, and selecting the genus in the highest percentage number of species, performing a graphic comparative analysis of the percentage of species included in said investigations, and another bar graph segmenting them by years; as well as a bar graph on the percentage amount of species of the *Psittacara* genus. Having identified that the specimen with the highest incidence is of the *Psittacara* genus, and also identifying that the specimens called “red-headed parrot” actually fall on three different species: *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus* and *Psittacara erythrogenys*, and due to their similar anatomical characteristics, they are constantly confused. Likewise, it has been obtained as a result, that the percentage curve of cases of predation and wildlife trafficking in Apurímac from 2015 to 2021, had the highest peak in 2019 with a downward trend in 2020 and 2021. It is concluded that, of these three species, the highest percentage comprises the *Psittacara mitratus*.

**Keywords:** *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus*, *Psittacara erythrogenys*, possession and trafficking, Fiscal District of Apurímac.

### 1. Introducción

Mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N. 027-2015-MP-FN-JFS de fecha 27 de marzo de 2015, se creó en el Distrito Fiscal de Apurímac la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Apurímac. Esta entidad, previene e investiga aquellos hechos que puedan configurar delitos ambientales, según los tipos penales descritos en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal vigente: del Capítulo II, los delitos contra los recursos naturales y, dentro de estos, los delitos referidos al tráfico y posesión de fauna silvestre.

Dentro de estos delitos referidos al tráfico y posesión de fauna silvestre, los Artículos 308, Artículo 308-C y Artículo 308-D (Código Penal del Perú, 2022), son los que protegen a la fauna silvestre terrestre, en todas las formas posibles en Apurímac. Dichos artículos son la base legal y gestionan la supervivencia por medio de las autoridades de SERFOR

(Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre), Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Apurímac y el cuerpo policial. Dichas autoridades trabajan en forma conjunta, y hacen decomisos de ejemplares por medio de intervenciones sorpresa y rutinarias en todo el departamento de Apurímac; en ferias tradicionales, mercados de abasto, flujo vial de las principales carreteras, llamadas telefónicas por denuncias de tenencia ilegal de fauna silvestre, entre otros.

La fauna silvestre en las 7 provincias de Apurímac es variada y extensa en anfibios, reptiles, aves y mamíferos. Gasco Tafur (2018) refiere que la avifauna en la provincia de Cotabambas varía según las temporadas de clima; Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al. (2016) identifica diversidad de hábitats en el Santuario Nacional de Ampay, de la provincia de Abancay; Pérez et al. (2018) también expresa diversidad de aves en el valle del Río Pampas en la provincia de Chincheros.

En Apurímac no se tiene informes ni estadísticas de censos sobre ¿cuáles y cuántos animales silvestres son tomados por mascotas? pero sí se sabe que lo hacen de manera ilegal y furtiva. Muchas veces por ignorancia y atraídos por las características llamativas y exóticas del espécimen. Álvarez (2016) expresa que la tenencia de animales silvestres como mascotas generan satisfacción y entretenimiento, las aves en particular son apreciadas como animales de compañía por sus cantos y plumajes coloridos; los grandes mamíferos por incorporarse al humano especialmente cuando son crías, los reptiles y anfibios por ser interesantes.

## **2. Características anatómicas de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

La *Psittacara erythrogenys* (Cotorra de cabeza roja), es una cotorra de tamaño mediano aproximadamente de 33 a 35.5 cm. Esta cotorra muestra en la cabeza coloración roja que se extiende hasta por detrás del ojo y pequeñas manchas rojizas hacia las mejillas, con anillo periocular angosto alrededor del ojo, el cuerpo de coloración verde con coberteras alares de color rojo y cola larga con terminación gradual en punta (Ochoa, 2022). Wildlife Conservation Society et al. (2017) menciona que presentan un peso Aprox. de 100 gramos y las crías jóvenes sin coloración roja en la cabeza, el pico de color marfil, los adultos presentan cola larga terminada en punta.

Mientras, para *Psittacara wagleri* (Cotorra de frente escarlata), Ochoa (2022) menciona que es una cotorra de mayor tamaño que *Psittacara erythrogenys* (Cotorra de cabeza roja) aproximadamente de 36 a 40 cm. Wildlife Conservation Society et al. (2017) indica que *Psittacara wagleri* tiene otras muchas denominaciones según el

área geográfica: denominado como loro frente roja, cotorra de frente roja. La página Mascotario2018 (2022a) menciona particularidades en los colores de plumas para esta especie, la parte superior de su cabeza roja y pequeñas manchas en las mejillas, banda roja angosta en los bordes de las alas y en las plumas de las patas; así como otros detalles, bajo las alas y cola presenta un plumaje de color amarillo oliváceo, pico color carne e iris blanco azulado con un anillo ocular blanco, también con la cola larga y puntiaguda; las crías inmaduras presentan poca coloración roja en la cabeza, patas y alas, y con mayoría de plumas verdes. Sobre el comportamiento vivencial de la especie, indica sobre el ave como tímida, al sentirse más segura se expresa animada y ruidosa, necesita del entorno de colonia incluso en la época de reproducción, con características ideales de perfil de mascota al brindarles sus necesidades peculiares.

*Psittacara mitratus*, conocido también como Aritanga Mitrada; de acuerdo con Mascotario2018 (2022b), presenta detalles en las características de color de plumas, lleva la frente entre color marrón rojizo y rojo brillante, lores y mejillas rojo brillante incluso por detrás de los ojos, en dorsal del cuello con plumas rojas dispersas y demás de color verde oscuro, las coberteras supra-caudales verde oscuras, a veces salpicadas de plumas rojas, las coberteras supra-alares y plumas de vuelo verdes y a veces con algunas pocas plumas rojas especialmente en la curva de las alas, las plumas de vuelo por debajo de color marrón oliva, las coberteras infra-alares de color verde opaco, las regiones inferiores siguen con colores verde más pálido-oliva y sin brillo con marcas rojas dispersas en muslo, la cola en punta de color verde oscura y marrón a pardo según se hace interna el plumaje, pico blanquecino, anillo periorbital, ambos sexos con similitud anatómica, los especímenes jóvenes poco coloridos, con una altura aproximada de 31 a 38 cm y peso de 219 y 275 gr. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al. (2016) señala que en el valle de Abancay y el Santuario de Ampay se ha observado esta especie, caracterizada por la banda roja angosta en sus alas.

### **3. Alimentación de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

*Psittacara wagleri* tiene una dieta de gran variedad de frutas, frutos secos y semillas; puede incluir cultivos de cereales y plantaciones frutales. Por lo general, se alimenta en el dosel (Mascotario2018, 2022a). Para *Psittacara mitratus*, Mascotario2018 (2022b) informa que se alimenta en los bosques vírgenes, y también de granos, de cultivos de las zonas pobladas.

En el valle del río Pampas, en la provincia de Chincheros, existen diversos arbustos y árboles que alternan su periodo de floración durante el año como fuente de

alimento constante para esta familia. Por otro lado, el valle del río Pampas es una zona eminentemente agrícola donde destacan productos como maíz, frejol, palta y frutales variados durante todo el año; lo cual contribuye a la presencia de alimento continuo para las familias *Psittacidae* (loros) (Pérez et al., 2018).

#### **4. Reproducción y Hábitat de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

Mascotario2018 (2022a) informa que *Psittacara wagleri* anida en comunidad y en escarpados rocosos, presenta un promedio de puesta de 3 a 4 huevos y la incubación es de 23 o 24 días; los nidos son abandonados después de 50 días, con un plumaje de color verde. Del mismo modo, para la especie *Psittacara mitratus*, Mascotario2018 (2022b) refiere que nidifica en acantilados o en hueco de árboles, con puesta de huevos entre 2 y 3 huevos. Para el caso de *Psittacara erythrogenys*, Mascotario2018 (2022c) menciona que anida dentro de agujeros de árboles maduros, termiteros y algunos casos en acantilados, la puesta de huevos es entre 2 a 4 e incuban también de 23 a 24 días, las madres los alimentan con comida predigerida.

*Psittacara erythrogenys*, se encuentra distribuida en las llanuras del noreste hasta los manglares de Tumbes el Marañón, habita en matorrales secos y bosques ribereños y cerca de áreas agrícolas, principalmente de cultivos de maíz (Ochoa, 2022).

*Psittacara wagleri* se encuentra ampliamente distribuida desde el noreste del valle del Marañón, hacia la vertiente oeste de los andes y el valle seco de Apurímac, habita en matorrales secos y bosques ribereños y cerca de áreas agrícolas principalmente de cultivos de maíz (Ochoa, 2022). Mascotario2018 (2022a) informa como requisito clave la existencia de acantilados donde crían y descansan a salvo, son ruidosos y descansan en bandadas desde 20 individuos a 300 aves, indica que su hábitat incluye bosques húmedos, caducifolios, nublados, con abundancia de árboles (Acacias, Prosopis y Ochroma), zonas tropicales, subtropicales, matorrales de cactus; y siempre cerca de plantaciones de maíz a otros cereales. Su distribución es de forma discontinua por el noroeste y oeste de América del Sur, en la zona de los Andes, desde Venezuela hasta Perú. Observadas en la vertiente occidental andina en el Perú con algunos reportes desde el sur del valle del Río Marañón hasta Ayacucho y Apurímac, en los Andes centrales. Muchas veces residentes y otras como visitantes estacionales.

Mascotario2018 (2022b) relata, para *Psittacara mitratus*, que habita en zonas de vegetación subtropical seca, aunque también existen registros en zonas templadas, bosque caducifolio montano, bosques nublados más secos, áreas cultivadas, colinas cubiertas

con hierba alta, zonas pobladas con campos y árboles dispersos, así como sabanas de leguminosas con prados secos y parches de bosques de *Prosopis*, igualmente se las puede observar cerca de altas y empinadas paredes rocosas, comúnmente vistas en grupos de 2 a 3 aves, pero hasta 100 individuos fuera del período de reproducción. Su distribución es discontinua por el suroeste de América del Sur: en Perú por el sur, a través del centro oeste de Bolivia hasta el norte de Argentina. *Psittacara mitratus* en general es residente, aunque algunos con movimientos estacionales en el norte de Argentina y Bolivia. En Apurímac puede ser registrado en matorral montano, campos de cultivo y en todos los hábitats con bosque del Santuario Nacional de Ampay, entre 2900 y 3400 msnm (Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al., 2016).

Hosner et al. (2015) acota de sus observaciones que, al parecer, *Psittacara wagleri* está presente en elevaciones más bajas y más áridas, mientras que *Psittacara mitratus* se encuentra en elevaciones más altas en hábitats semihúmedos.

Según la bibliografía recabada sobre estas tres especies, las características en color, talla, peso, alimentación, y otras; estas mantienen mucha similitud y solo pueden ser identificadas por especialistas con agudeza visual. Fue difícil encontrar variedad de estudios para tener rasgos contundentes que diferencien a cada especie. Mantienen poblaciones de colonias por Norteamérica, México y Sudamérica; cuyas regiones presentan diversidad en bosques, yungas, quebradas con rocas altas, zonas de cultivo con cereales, frutas y semillas.

## **5. Estado de Conservación de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus* en Perú**

De acuerdo con la Dirección de Gestión Sostenible del Patrimonio Forestal y de Fauna silvestre et al. (2018), en el año 2014, según Decreto Supremo N° 004-2014 MINAGRI de 18 de abril de ese mismo año, se publicó la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas. En este Decreto, el Anexo I expone 15 especies de aves En Peligro Crítico, 29 En Peligro, 78 Vulnerable, 68 Casi Amenazadas y ninguno para Deficiente en Datos. De ellas, *Psittacara erythrogenys* (*Aratinga erythrogenys*) aparece en la lista como especie Casi amenazado (NT). Para Wildlife Conservation Society et al. (2017) el estado de conservación en Perú para esta especie es de Casi amenazado (NT), categoría de amenaza UICN Casi amenazado (NT), Apéndice CITES es CITES II.

En el Perú, el estado de conservación de *Psittacara wagleri* es No listado, la categoría de amenaza UICN es de Casi amenazado (NT), comprendido en el Apéndice CITES como “CITES II” (Wildlife Conservation Society et al., 2017).

Con relación a la población mundial de *Psittacara mitratus*, Mascotario2018 (2022b) informa que la categoría de amenaza UICN señala Menor preocupación, estable por no haber evidencia de cualquier disminución o amenazas contundentes, pero sí indica que hay mucho comercio de estas especies. Desde 1981, fue incluido en el Apéndice II: registrado en la Base de Datos de Comercio CITES, 158 a 149 individuos fueron capturados en la naturaleza con destino al comercio internacional (UN Environment Programme World Conservation Monitoring Centre, s. f.).

## **6. Importancia de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

Gasco Tafur (2018) recaba información de las aves como elemento importante de la diversidad biológica y las consideran un excelente indicador del ecosistema porque dan evidencia de una buena salud del entorno. Ochoa (2022) y Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al. (2016) informan la importancia que tienen como polinizadores y dispersores de semillas (frugivoría). Además, la misma fuente indica que contribuyen en el equilibrio y mantenimiento del flujo de energía en los ecosistemas, participando como habitantes y en especial por sus costumbres de alimentación (control biológico de insectos, polinizadores, fertilización con sus desechos fecales, dispersión de semillas, etc.).

Ochoa (2022), por su parte, ahonda la información sobre la importancia de las aves en la naturaleza. Expresa que su presencia funciona como indicador del estado de conservación de un ecosistema, haciendo énfasis en las labores que realizan como transporte y dispersión de semillas, hacen posible la producción de semillas y frutos (polinización), son controladores de plagas y vectores de enfermedades, regulando las poblaciones de otros animales y mantener el equilibrio de un ecosistema, como parte de la alimentación de poblaciones locales. Por otro lado, Ochoa (2022) indica que sus poblaciones han sido afectadas por las actividades humanas como comercio y tráfico de animales silvestres, consumo de sus huevos y carne, sus derivados de picos y plumas, la alteración de sus hábitats: por deforestación, contaminación, expansión agrícola, desertificación, sobrepastoreo e introducción de especies exóticas.

## **7. Problemática de la supervivencia de las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

Pérez y Maldonado (2008), en su informe de estudio científico, concluyen que la riqueza de flora, su estratificación y cobertura al correlacionarla a la riqueza, abundancia y diversidad de aves indica que para un mayor incremento en riqueza y diversidad de estas debe haber influencia positiva por la diversidad de estratos vegetales, mayor complejidad estructural vegetal, y mejora de la cobertura vegetal.

Mora (2002), en Costa Rica, señala que la deforestación afecta a todo su país, llevando a disminuir la población de especies de psitácidos, primates y felinos. Al perder su hábitat favorece su extracción y ser tomados como mascotas, en tanto que la poca cobertura boscosa hace que se expongan y estén vulnerables al ser humano, siendo capturados muy fácil. Esto deviene en un poco valor a su ecosistema como una unidad biológica y de los animales como parte fundamental de una cadena. Lo mismo ocurriría en Perú, ya que de acuerdo con Wildlife Conservation Society et al. (2017), en su introducción, se especifica la problemática de los animales silvestres en la selva amazónica (vendidos como mascotas, consumo como carne de monte, uso en artesanías y medicina tradicional) y los esfuerzos por mejorar y revertir esas condiciones.

Mora (2002), además, hace notar que, dentro del grupo de las aves, los psitácidos son los que más sufren por su impacto como mayor demanda nacional de mascotas. Sus características los convierten en atractivo para la domesticación, por la coloración brillante de su plumaje, su inteligencia, su habilidad para imitar la voz humana, su facilidad para utilizar las patas para coger objetos como la mano y la facilidad con que pueden mantenerse en cautiverio.

En la sesión dictada en el Diplomado de Tráfico de Fauna Silvestre en el Módulo Rol de las Especies en el Ecosistema y Consecuencias de su remoción, en el ítem Aves, Ochoa (2022) reconoce entre las especies más traficadas en el Perú a las especies *Psittacara erythrogenys* (cotorra de cabeza roja) y *Psittacara wagleri* (cotorra de frente escarlata).

En los últimos años se sumó como problemática la oferta de especies silvestres vía internet. Los loros como *Amazona sp.*, aparecen en el comercio en línea a partir del año 2011 y junto con *Forpus sp.* y *Psittacara erythrogenys* muestran una tendencia creciente hacia los últimos años (Gallegos et al., 2021).

Mascotario2018 (2022a) indica que la tendencia de la población de *Psittacara wagleri* se estima en declive, debido a la persecución y al cambio de uso del suelo, aunque no se tiene registro de la cantidad aproximada o exacta de estos especímenes en su hábitat. La especie ha sido objeto de un intenso comercio y los individuos capturados en la naturaleza han sido registrados en el comercio internacional, por UN Environment

Programme World Conservation Monitoring Centre en su base de datos sobre el comercio CITES.

De otro lado, se ha identificado como problemática la falta de educación respecto del cuidado y protección de la fauna silvestre. Mora (2002) hace referencia que para detener y revertir esta problemática se requiere un proceso de educación que permita a las personas tomar conciencia del concepto de ecosistema, conocer el rol que desempeña cada una de las criaturas que habitan el planeta y sensibilizarse ante la necesidad de una relación respetuosa de las leyes ecológicas.

Otro aspecto a tener en cuenta es la denominación de perjudicial para los sembríos de granos y cereales. Figueroa (2015) registra historias de loros como devoradores de cultivos de maíz en la época española, así también como uno de los responsables por la pérdida de kilogramos anuales de maíz en las cosechas de 39 familias bolivianas. Llamocca (2014) indica que los agricultores persiguen y muchas veces acaban con las vidas de los loros, y hacen uso de carbofurán en Argentina para eliminar las aves, dentro de ello a los loros.

## **8. Apurímac como área geográfica vivencial de las especies *Psittacara erythrogastrus*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus***

Apurímac cuenta con valles y bosques húmedos conocidos como yungas, conforme lo ha señalado la Dirección de Gestión Sostenible del Patrimonio de Fauna Silvestre et al. (2018), en el Perú, al estar entre la cordillera de los Andes, puede encontrarse valles secos y profundos, los que se separan por pequeñas cordilleras que hacen interesantes islas de diversidad en fauna y flora. Entre ellos, destacan los valles de Apurímac, Mantaro, Huallaga y Marañón. La misma fuente manifiesta que en el lado “este” de la cordillera de los Andes, el encuentro de la Amazonía con la cordillera misma crea un paisaje de montañas de pendiente pronunciada, el cual está mayormente cubierto de bosques bastante húmedos, conocidos como yungas.

En otro estudio científico realizado en la localidad de Río Blanco y Sapichaca de la provincia de Chincheros, departamento de Apurímac, Pérez et al. (2018) informa la presencia abundante de la familia Psittacidae, dentro de ello, las especies de *Psittacara mitratus* (nombre común Peqa lorucha) y *Psittacara wagleri* (nombre común Chilincha), indicando que el valle del río Pampas es una zona eminentemente agrícola con productos como maíz, frejol, palta y varias frutas durante todo el año, ideal para alimentar continuamente a las familias de Psittacidae y Columbidae.

Gasco (2018) en su estudio realizado en la provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac, precisa una vegetación de quebrada, las cuales presentan agua permanente y registran una vegetación vigorosa, que limita con la vegetación de ladera en ambos márgenes, tanto del bosque seco como del bosque montano, a diferentes altitudes. Precisa especies de flora adecuados para el ecosistema de la familia Psittacidae, entre las plantas dominantes, señala árboles como *Alnus acuminata* “lambras”, *Myrcianthes oreophila* “unca”, *Escallonia herrerae* “pauca” y *Schinus molle* “molle”, además de un conjunto de especies acompañantes, tales como *Baccharis latifolia* “chilca” y *Arundo donax* “carrizo”, entre otras; mientras que en zonas cercanas a la población y a las quebradas se han instalado pequeñas plantaciones de *Eucaliptus globulus* “eucalipto”. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al. (2016) expone la diversidad de los hábitats del Santuario Nacional de Ampay, en la provincia de Abancay del mismo departamento.

Pérez et al. (2018) reconoce la presencia de la especie *Psittacara wagleri* como una de las más abundantes en las localidades de Río Blanco y Sapichaca, de la provincia de Chincheros departamento de Apurímac, indica que la avifauna es diversa y alta: 92 especies, 73 géneros, 36 familias y 18 órdenes. Además, muestra que la familia más abundante fue Psittacidae (386 individuos) seguida de Columbidae (154) y de Trochillidae (80). Todas las especies de estas familias fueron avistadas como residentes durante todo el muestreo, e indica que los individuos de estas familias son capaces en la adaptación a las condiciones del lugar.

## 9. Rol del Derecho Penal en materia de la fauna silvestre

Las especies *Psittacara erythrogenys*, *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitratus* son aves pertenecientes a la familia Psittacidae, las cuales viven como residentes y visitantes (Mascotario2018, 2022a); siendo el caso para *Psittacara mitratus* en Apurímac, como fauna silvestre residente y de ocurrencia común (Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al., 2016), también se ha divisado a la especie *Psittacara wagleri* en zonas más bajas y áridas (Hosner et al., 2015), pero las tres especies como fauna silvestre.

De acuerdo con el concepto establecido por Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y Ministerio de Agricultura y Riego (2015), en el Artículo 6 establece para Fauna silvestre:

... entiéndase como recurso de fauna silvestre a las especies animales no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que

viven libremente en el territorio nacional. ... Se incluyen en los alcances del Reglamento, los especímenes de fauna silvestre (ejemplares vivos y muertos, huevos y cualquier parte o derivado), los individuos mantenidos en cautiverio así como sus servicios y productos. (p. 164)

Cabrera (2010), para su análisis en materia de tráfico ilegal de recursos genéticos, menciona la diversidad de flora y fauna en todo el territorio nacional, donde los especímenes nacen, crecen y subsisten en un determinado hábitat natural, propicio para su preservación y existencia; aclarando que hay necesidad de preservar la genética para su desarrollo y avance sostenido y como protección misma de las especies.

El Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y Ministerio de Agricultura y Riego (2015) expresa en el Artículo 72, Título VIII del Reglamento para la gestión de fauna silvestre:

Está prohibida la tenencia de especímenes de fauna silvestre de especies amenazadas, categorizadas como Casi amenazado o como Datos Insuficientes y de aquellas especies incluidas en el Apéndice I de las CITES o protegidas por otros convenios internacionales de los cuales el Perú forma parte. (p. 183)

El Código Penal del Perú (2022) en los Artículos 308, 308-C y 308-D, Capítulo II de los Delitos Contra los Recursos Naturales, indica penas de privación de libertad entre 3-5 años y días-multa por adquirir, vender, transportar, almacenar, importar, exportar, reexportar, productos, especímenes de especies fauna silvestre o recursos genéticos, cazar, capturar, coleccionar, extraer, poseer, especímenes de especies de fauna silvestre; sin contar con la concesión, permiso, licencia, autorización, certificado válido u otra modalidad otorgada por la autoridad competente. Como también el Artículo 309 de dicho código expresa para una de las formas agravadas que, si se trata además de recursos de flora y fauna silvestre o recursos genéticos protegidos, la privación de libertad será entre 4-7 años. De esta manera, las tres especies están protegidas.

Dentro del art. 5 del Reglamento para la gestión de fauna silvestre que establece el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y Ministerio de Agricultura y Riego (2015), se considera la definición para captura, no solo la captura (acción de obtener especímenes vivos de fauna silvestre de su hábitat o medio natural), sino también, incluye la acción de recolección de huevos y/o estadios inmaduros; además, los tres especímenes están protegidos del cautiverio o cautividad, definido como “mantenimiento de especímenes de

fauna silvestre fuera de su hábitat natural, en medios controlados, limitados por barreras físicas” (p. 161).

Es necesario tener en cuenta que, de las tres especies, solo se tiene registro que *Psittacara mitratus* y *Psittacara wagleri* se han visto dentro del territorio apurimeño mencionado, según el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado et al. (2016) y Hosner et al. (2015).

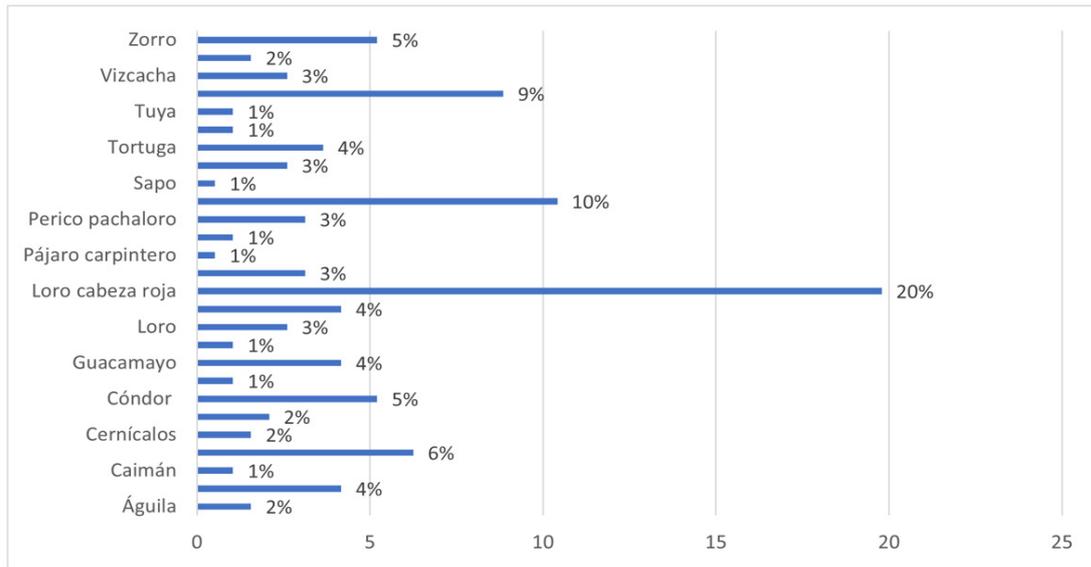
Las especies *Psittacara wagleri* y *Psittacara mitrada*, están clasificadas como “Especie nativa”: “Toda especie cuyas poblaciones silvestres se distribuyen de manera natural en un ámbito geográfico determinado, pudiendo ser una región, país o continente. Forma parte de los procesos ecológicos de los ecosistemas presentes en el ámbito geográfico del país” (Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y Ministerio de Agricultura y Riego, 2015, p. 162).

## 10. Análisis

Para determinar la cantidad de especímenes del género *Psittacara*, en las investigaciones penales seguidas en la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Apurímac (FEMA), del periodo 2015 - 2021, se ha recabado información del Sistema de Gestión Fiscal (SGF) de la FEMA. Se contabilizó el número total de especímenes de fauna silvestre para así seleccionar el número mayor de especies predominantes halladas en dichas investigaciones. De este modo, se pudo realizar un análisis comparativo gráfico del número de especies comprendidas en estas investigaciones penales. A continuación, se analiza los gráficos obtenidos de la organización de la información.

**Figura 1**

*Porcentaje total de especímenes decomisados en Apurímac 2015 - 2021*



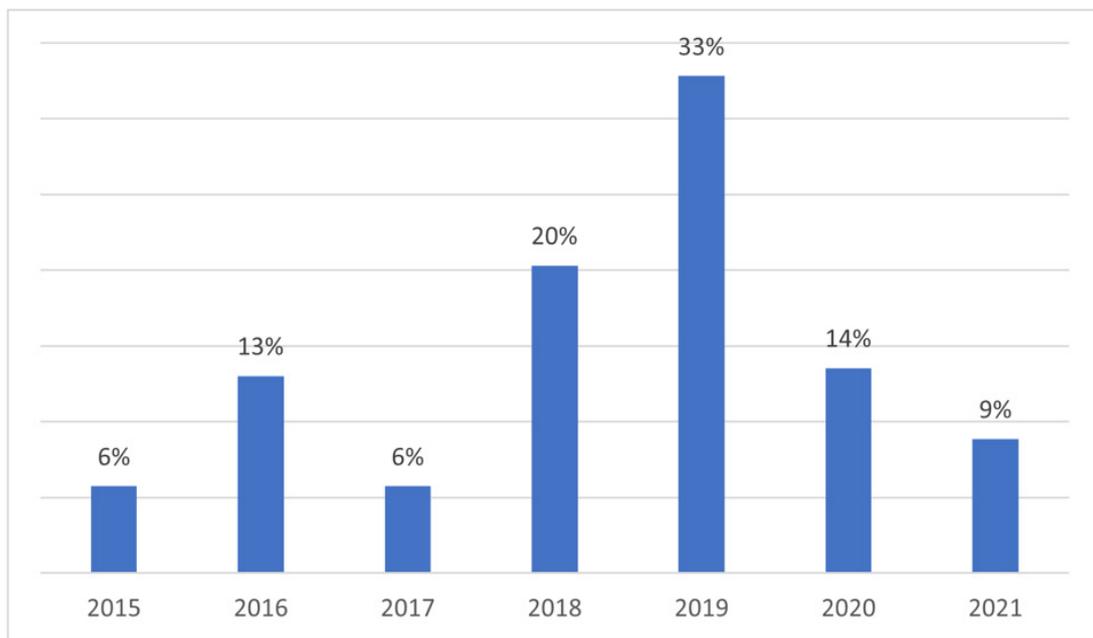
*Nota.* Cada barra representa una especie decomisada, desde 2015 hasta el año 2021, siendo el total de especies contabilizadas en número de veintisiete en este periodo.

En la Figura 1 se observa todas las especies identificadas en las investigaciones seguidas ante la FEMA Apurímac, existiendo en mayor número el espécimen “Loro Cabeza Roja” representado con 20%, seguido por la rana con 10%; y el venado cola blanca con 9%.

Teniendo en cuenta que los especímenes denominados “Loro Cabeza Roja” recae en realidad sobre tres especies distintas: *Psittacara wagleri*, *Psittacara mitratus* y *Psittacara erythrogenys* las cuales, por sus características anatómicas similares, son frecuentemente confundidas.

**Figura 2**

*Porcentaje de casos de depredación y tráfico de fauna silvestre en Apurímac 2015 – 2021*

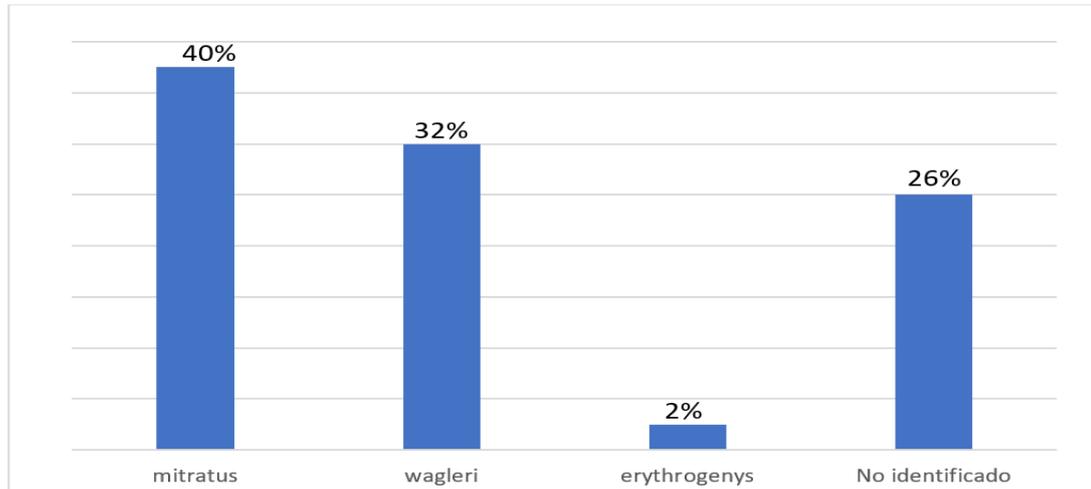


Nota. Las barras representan la cantidad en porcentaje de casos, por cada año, desde 2015 hasta 2021.

En la Figura 2 se realiza el análisis de casos de fauna silvestres decomisadas por depredación y tráfico en el periodo 2015-2021. Se observa que en el año 2019 el número de especímenes comprendidos en las investigaciones alcanzó el pico más alto, con tendencia al descenso para el año 2021.

**Figura 3**

*Porcentaje de cada especie decomisada por depredación y tráfico de fauna silvestre, del género Psittacara, durante el periodo 2015 – 2021 en Apurímac*

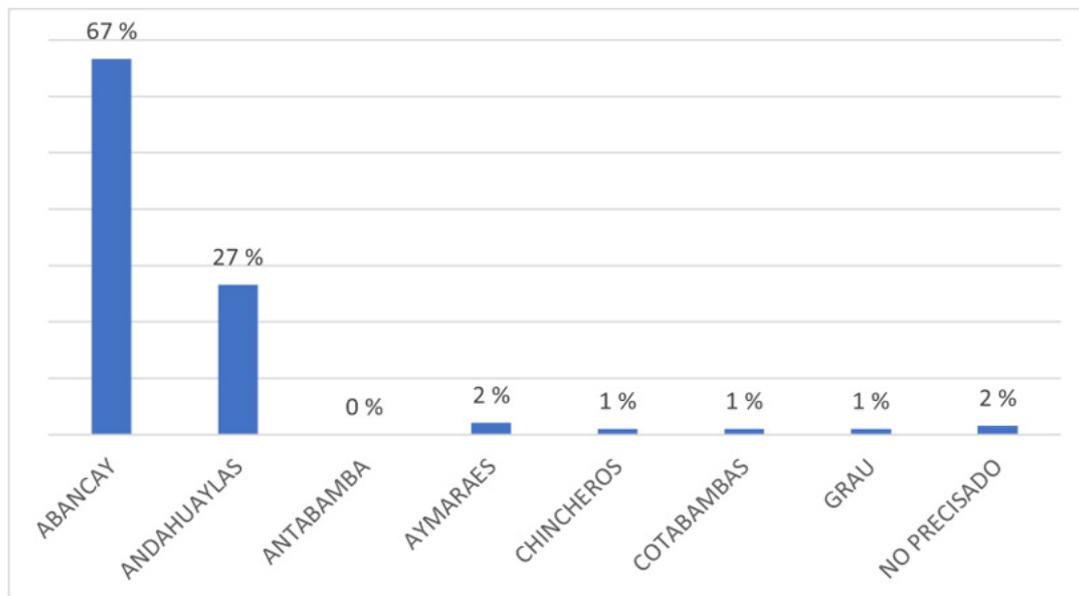


*Nota.* Cada barra representa el número en porcentaje para cada especie, del género Psittacara en el departamento de Apurímac (de izquierda a derecha): *Psittacara mitratus*, *Psittacara wagleri*, *Psittacara erythrogenys*, No identificado (especie del género Psittacara no especificado en el informe de decomiso).

De la Figura 3 se observa que en el periodo 2015-2021 el mayor porcentaje fue para el *Psittacara mitratus* con 40%; seguido por el *Psittacara wagleri* con 32%. Se aprecia que hay un 26% muy significativo de Psittacaras que no fueron registrados adecuadamente en el Sistema de Gestión Fiscal.

**Figura 4**

*Porcentaje de especies decomisadas por depredación y tráfico silvestre, en cada provincia del departamento de Apurímac 2015 - 2021*



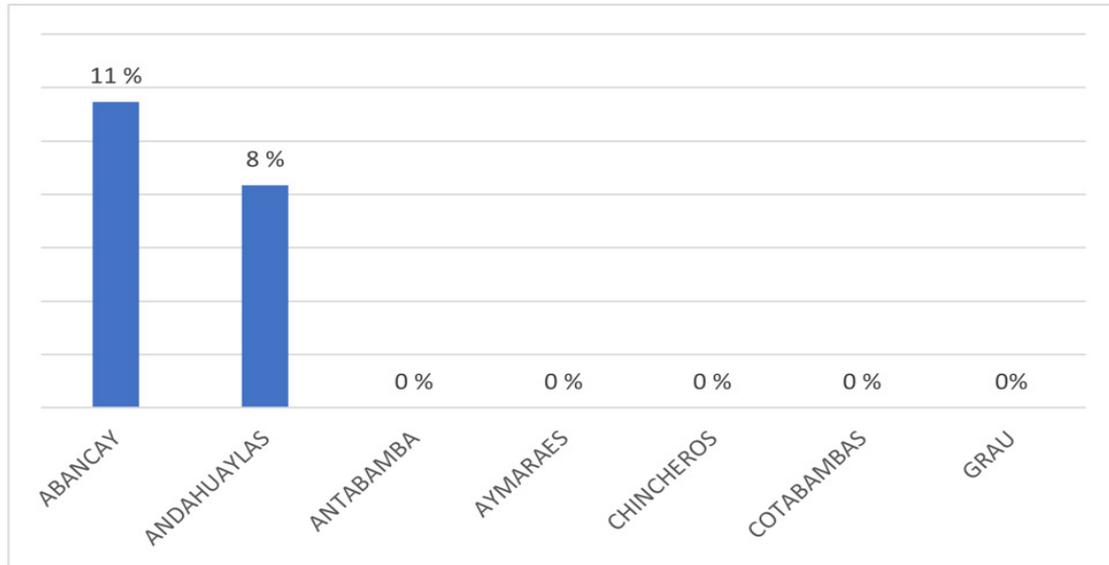
*Nota.* Cada barra representa el total de especies en decomiso desde el año 2015 - 2021, en las siete provincias de Apurímac. La barra de “No Precisado” indica que en el informe no se estipuló la procedencia del espécimen decomisado.

En la Figura 4 se expresa la cantidad en porcentaje de todas las especies en decomiso en el periodo 2015 – 2021, en cada provincia del departamento de Apurímac. La provincia de Abancay tiene mayor número de especies decomisadas con 67%.

**Figura 5**

*Porcentaje de especies del género Psittacara decomisados por depredación y tráfico silvestre en cada provincia de Apurímac 2015 - 2021*

Figura 5:



*Nota.* Las barras representan el porcentaje de especies del género Psittacara, decomisadas en cada provincia de Apurímac, partiendo del 20% que representa el total de decomisos por depredación y tráfico de fauna silvestre para el género Psittacara (loro cabeza roja).

En la Figura 5 se compara la cantidad en porcentaje de decomisos por depredación y tráfico de fauna silvestre de especies del género Psittacara, en cada una de las siete provincias del departamento de Apurímac. Siendo la provincia de Abancay el de mayor incidencia con 11%. Solo las provincias de Abancay y Andahuaylas están implicadas en el decomiso de este género.

## 11. Conclusiones

Se observa variedad entre las especies decomisadas en el departamento de Apurímac para el periodo 2015 – 2021, comprendiendo fauna propia y de la región amazónica. Además, las tres especies con mayor número porcentual recae en fauna silvestre propia del departamento de Apurímac: loro cabeza roja 20%, rana 10% y venado cola blanca 9%. El denominado loro cabeza roja con 20% representa la especie con mayor número en el presente estudio, al ser decomisados en posesión de particulares en calidad de mascotas. Aves que prestan condiciones de fácil manejo en la crianza, alimentación y cuidados,

son sociables, imitan sonidos y la voz humana, lo que las hace atractivas como mascotas ideales.

En los decomisos por depredación y tráfico de fauna silvestre en el departamento de Apurímac, comprendidos en el periodo 2015 – 2021, se observa una curva bien marcada, con evidencia del pico más alto para el año 2019, y tendencia a descender en los años 2020 y 2021. Hay necesidad de estudiar y determinar las causas de su descenso, así como de conocer si es consecuencia del efecto en las acciones preventivas y acciones investigativas de la FEMA Apurímac o, por el contrario, la falta de denuncias por parte de la ciudadanía y entes de fiscalización ambiental.

En el departamento de Apurímac, el mayor porcentaje de decomiso por depredación y tráfico de fauna silvestre es para el género *Psittacara*, estos son denominados popularmente como “loros de cabeza roja”. Se ha podido evidenciar la presencia de dos especies de este género como fauna residente en los ecosistemas de quebradas, bosques secos y yungas: *Psittacara mitratus* y *Psittacara wagleri*. *Psittacara wagleri* está presente en elevaciones más bajas y más áridas, mientras que *Psittacara mitratus* se encuentra en elevaciones más altas, en hábitats semihúmedos.

La especie *Psittacara mitratus* está establecido en grupos, dentro del ecosistema del departamento de Apurímac, en ciertas provincias que cumplen con las características que requiere este género: a diferencia de la especie *Psittacara wagleri* que recorre las provincias de Apurímac según la estación climática, tal como expresa la Guía de Aves del Santuario de Ampay, al avistarse de forma estacional a esta especie en esta zona, y verlo de forma estable en la provincia de Chincheros, localidad de Sapichaca y Río Blanco.

La incidencia de posesión y tráfico de fauna silvestre, y específicamente del género *Psittacara*, se presenta en mayor frecuencia en ciudades grandes como son Abancay y Andahuaylas, siendo estas las ciudades más pobladas en el departamento de Apurímac.

## Referencias

- Álvarez, P. (2016). Situación de la tenencia de fauna silvestre en condiciones de mascota, en los hogares del distrito de Guadalupe, Goicochea. *Repertorio Científico*, 19(1), 41-52. <https://revistas.uned.ac.cr/index.php/repertorio/article/view/2534/3220>
- Cabrera, A. R. P. (2010). *Los delitos contra el medio ambiente* (1.ª ed.). Editorial Rhodhas.

Código Penal del Perú. (2022). Jurista Editores.

Dirección de Gestión Sostenible del Patrimonio de Fauna Silvestre, Dirección General de Gestión Sostenible del Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre, Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, Ministerio de Agricultura y Riego, y Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (2018). Especies categorizadas según su nivel de amenaza en el Perú. En *Libro rojo de la fauna silvestre amenazada del Perú* (pp. 23-162). Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. <https://www.serfor.gob.pe/portal/wp-content/uploads/2018/10/Libro-Rojo.pdf>

Figuerola, J. (2015). Interacciones humano-oso andino *Tremarctos ornatus* en el Perú: consumo de cultivos y depredaciones de ganado. *Therya*, 6(1), 251-278. <https://www.scielo.org.mx/pdf/therya/v6n1/2007-3364-therya-6-01-00251.pdf>

Gallegos, A., Da Silva, M., Delgado, M., y Palacios, J. (2021) Publicaciones en motores de búsquedas, redes sociales y otras plataformas en línea. *Comercio en línea de fauna silvestre: análisis de plataformas y especies comercializadas en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Wildlife Conservation Society. <https://alianzafaunaybosques.org/wp-content/uploads/2022/01/Comercio-en-linea-de-fauna-silvestre-analisis-de-plataforma-y-especies-Bolivia-Colombia-Ecuador-y-Peru..pdf>

Gasco Tafur, V. (2018). *La Avifauna en un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) en Minería* [Tesis de licenciada en Biología, Universidad Ricardo Palma]. [https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14138/1318/Gasco\\_v.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14138/1318/Gasco_v.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Hosner, P.A., Andersen, M.J., Robbins, M. B., Urbay-Tello, H., Cueto-Aparicio, L., Verde-Guerra, K., Sánchez-González, L. A., Navarro-Sigüenza, A. G., Boyd, R. L., Núñez, J., Tiravanti, J., Combe, M., Owens, H. L. & Peterson A. T. (2015, december). Avifaunal Surveys of the upper Apurímac river valley, Ayacucho and Cuzco departments, Peru: new distributional records and biogeographic, taxonomic, and conservation implications. *The Wilson Journal of Ornithology*, 127(4), 563-581. <https://meridian.allenpress.com/wjo/article/127/4/563/179649/Avifaunal-Surveys-of-the-Upper-Apurimac-River>

Llamocca, E. (2014). *Biodegradación de carbofurán por hongos aislados de suelos agrícolas del distrito de Santa Rosa de los Valles del Río Apurímac, Ene y Mantaro. Ayacucho 2014* [Tesis para obtener el Título Profesional de Biólogo

- con Mención en la Especialidad de Microbiología]. <http://repositorio.unsch.edu.pe/handle/UNSCH/2222>
- Mascotario2018. (2022a, 22 de junio). Aratinga de Wagler. <https://www.mascotarios.org/aratinga-de-wagler/>
- Mascotario2018. (2022b, 22 de junio). Aratinga Mitrada. <https://www.mascotarios.org/aratinga-mitrada/>
- Mascotario2018. (2022c, 22 de junio). Aratinga de Wagler. <https://www.mascotarios.org/aratinga-de-guayaquil/>
- Mora, J. (2002). Tráfico de animales silvestres. *Revista de Ciencias Ambientales*, 24(2), 51-54. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ambientales/article/view/12840/17890>
- Ochoa, J. A. (2022, 05 de marzo). Rol de las especies en el ecosistema y consecuencias de su remoción. Conferencia llevada a cabo en el Diplomado en Delitos de Tráfico de Vida Silvestre. Universidad Católica Sedes Sapientiae.
- Pérez, K. A., Quispe, A. y Jara, N. M. (2018). Diversidad de aves de las localidades de Río Blanco y Sapichaca (Valle del Río Pampas – Región Apurímac, Perú). *Revista Q'EUÑA*. 9(2), 47-58. <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/RQ/article/view/588/706>
- Pérez Solis, E. E. y Maldonado, M. I. (2008). *Relación entre la estructura del hábitat y la comunidad de aves en el fundo agroecológico Huaquina, Chíncha – Perú. (Abril – Setiembre 2007)* [Tesis para optar el Título de Biólogo, Universidad Nacional San Luís Gonzaga de Ica]. <https://studylib.es/doc/5450829/relaci%C3%B3n-entre-la-estructura-del-h%C3%A1bitat-y-la-comunidad-d>
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y Ministerio de Agricultura y Riego. (2015). *Ley Forestal y de Fauna Silvestre N° 29763 y sus Reglamentos Bosques Productivos para la Vida. Editorial Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre* (2.ª ed.). Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, Programa Bosques Andinos y Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación. (2016). Presentación. *Guía de Aves del Santuario Nacional de Ampay* (pp. 11-167). HELVETAS Swiss Intercooperation. <https://www.bosquesandinos.org/wp-content/uploads/2017/04/GUIADEAVES-211016.pdf>
- UN Environment Programme World Conservation Monitoring Centre. (s. f.). Base de datos sobre el comercio CITES. <https://trade.cites.org/>
- Wildlife Conservation Society, Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre del Ministerio de Agricultura y Riego del Perú. (2017). *Psittacara wagleri*. *Guía*

*Identificación y Cuidados Iniciales de Animales Silvestres Decomisados o Hallados en Abandono* (3.<sup>a</sup> ed.) (pp. 13-42). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1268959/Guia-de-identificacion2017.pdf>





# LA DISMINUCIÓN DE LA EDAD DEL INIMPUTABLE ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL COMO POSIBLE SOLUCIÓN PARA DISMINUIR LA VIOLENCIA EN NUESTRO PAÍS

*Lina Tocto Rincón\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2017200148@ucss.pe

**Resumen:** A raíz del gran incremento delincencial en nuestro país y de los efectos nocivos que de ella derivan, en el presente artículo académico se busca analizar si la reducción de la edad mínima de imputabilidad penal en nuestro sistema contribuirá o afectará en el incremento de la violencia en nuestro país. Con ese propósito, se partirá de la revisión del aspecto teórico de las principales variables relacionadas con la problemática existente, para luego contrastar con el tratamiento normativo jurídico en el Derecho Comparado. Se tratará de identificar resultados que pudiesen ser aplicados dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que sirvan de propuesta para contribuir con la reducción de la violencia, cuyos efectos no solo se reflejan en cifras económicas de pobreza y recesión sino que sus efectos nocivos son de tal magnitud que se extienden al largo plazo, puesto que influyen negativamente en el desarrollo integral de los menores de edad quienes se convertirán en futuros ciudadanos.

**Palabras clave:** Inimputabilidad, menor infractor, violencia, interés superior del niño, justicia restaurativa.

## THE LOWERING OF THE AGE OF THE UNIMPEACHABLE ESTABLISHED IN ARTICLE 20 OF THE PENAL CODE AS A POSSIBLE SOLUTION TO REDUCE VIOLENCE IN OUR COUNTRY

**Abstract:** As a result of the great increase in crime in our country and the harmful effects that derive from it, this academic article seeks to analyze whether the reduction of the minimum age of criminal responsibility in our system will contribute or affect the

---

\* Alumna del décimo ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

increase in violence in our country. With this purpose, it will start from the review of the theoretical aspect of the main variables related to the existing problem, to then contrast with the legal normative treatment in Comparative Law. It will try to identify results that could be applied within our legal system and that serve as a proposal to contribute to the reduction of violence, whose effects are not only reflected in economic figures of poverty and recession but whose harmful effects are of such magnitude that extend to the long term, since they negatively influence the integral development of minors who will become future citizens.

**Keywords:** Imputability, juvenile offender, violence, best interests of the child, restorative justice.

## 1. Introducción

La violencia es un factor tan destructivo que genera cuantiosas pérdidas materiales, así como de vidas humanas y su avance es de tal magnitud que incluso invade las esferas intrafamiliares. Dentro de este escenario, es lamentable revisar los informes periodísticos, así como las estadísticas que nos muestran que la delincuencia en nuestros jóvenes se incrementa, no solo en cantidad sino también en gravedad de delitos. Ante ello surge el cuestionamiento acerca de la posibilidad de reducir la edad del inimputable, es decir, buscar que los adolescentes infractores de 16 años puedan responder penalmente por sus delitos tal como lo hace un adulto.

Según el Informe Técnico del INEI N. 03 – junio 2022, el incremento de denuncias del trimestre Octubre – diciembre 2021 aumentó en 27.5% en comparación con el mismo periodo del 2020. Similar índice de crecimiento presenta la delincuencia perpetrada por jóvenes que, si bien no se tiene estadísticas actuales, esta información se corrobora con el simple hecho de revisar el incremento de ingreso de los menores a los Centros Juveniles de Rehabilitación del Poder Judicial (CJDR) de Lima y provincias en los últimos años. Ante ello, nuestro ordenamiento jurídico plantea sanciones como son medidas socioeducativas, lo que significa internamiento abierto con sus padres, y en los casos más graves, un internamiento, llamado también medida socioeducativa cerrada, en los CJDR.

En síntesis, planteando el presente problema de investigación, se busca determinar si la reducción de la edad mínima de imputabilidad penal en nuestro sistema contribuirá o afectará en el incremento de la violencia en nuestro país, en base a diversas opiniones de especialistas relacionados a la problemática, así como la revisión del tratamiento normativo dentro y fuera de nuestro país.

Asimismo, y para contribuir con lo anterior expuesto, se ha considerado pertinente subdividir el presente trabajo de investigación en una serie de apartados. Se partirá por establecer los antecedentes de la problemática planteada, así como definir aspectos conceptuales básicos con la finalidad de que el lector pueda tener una mejor comprensión del tema a tratar. Seguidamente, partiremos de una revisión sistemática de la normatividad internacional referencial y de la que nuestro país forma parte; complementariamente con ello, se revisará la aplicación de la reducción de la edad del inimputable en el derecho comparado, intentando identificar factores que nos permitan proyectar los efectos de la aplicación de tal medida en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, para un desarrollo más práctico se revisará la normativa nacional vigente en cuanto al tema, así como las opiniones tanto a favor como en contra, buscando obtener una visión más imparcial apegada a nuestra problemática actual como país.

## 2. Problemas e hipótesis

Para el establecimiento de la hipótesis, consideramos previamente establecer la pregunta de investigación: ¿Es conveniente reducir la edad del inimputable, establecida en el artículo 20 del Código Penal, con el propósito de disminuir la violencia en nuestro país?

A raíz de la pregunta planteada en líneas precedentes, surge la tentativa de respuesta, llamada también hipótesis: Sí, es conveniente reducir la edad del inimputable, establecida en el artículo 20 del Código Penal, como una solución parcial al problema de la violencia en nuestro país.

## 3. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación desarrolla un tipo de investigación mixta, esto debido a que se aplicará tanto el método Exegético, así como el Dogmático y Sociológico-Jurídico. En línea con lo detallado, encontramos que,

El Método Exegético constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas. Es, pues, un culto a la ley positiva, producto de la codificación. La exegesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. La exegesis supone pleitesía ante el texto escrito y una excesiva confianza en la voluntad del legislador. (Ramos, 2014)

En línea con lo detallado por el autor, para el presente trabajo, el Método Exegético nos permitirá una revisión que iniciará por la Convención sobre los Derechos del Niño como primer representante de la legislación internacional hasta aterrizar en nuestro ordenamiento jurídico nacional, tomando como base la Constitución Política del Perú de 1993, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, entre otros relacionados a nuestra investigación. Por otro lado, Noguera (2014) citando a Rosental (1965), transcribe que el método Dogmático

Consiste en un análisis de la letra del texto (norma), en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría jurídica. (como se citó en Noguera, 2014)

Adicionalmente, según Cornejo (2010), este método resulta esencial para la investigación ya que enfatiza el uso de la lógica al analizar y sintetizar continuamente el objeto de estudio, no reduciendo su alcance a la ley o el orden, sino que trasciende la superficie, buscando identificar los principios y conceptos fundamentales del sistema.

En línea con el contexto, con la aplicación del Método Dogmático en el presente artículo, se busca ampliar el enfoque de la exegesis, a través de la revisión de las normas de nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de determinar si son suficientes para controlar el avance de la delincuencia o si se requiere medidas más radicales que ayuden a lograrlo, y es que

El método Sociológico y Funcional en Derecho parte de la constatación de que el sistema jurídico está repleto de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia y verificación, pero de los que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. El funcionalismo recusa también el estudio de problemas de la teoría jurídica y filosófico-jurídica que juzgan desprovistos de sentido, y que por no ser verificables no serían verdaderos problemas. (Ramos, 2014)

Es decir, la aplicación del Método Sociológico-jurídico nos permitirá revisar la normativa aplicada en Francia, Alemania y Argentina con la finalidad de identificar posibles factores en común a nuestra sociedad que nos permitan dar luces de su aplicación práctica en nuestro país. Así también se revisará normativa y jurisprudencia nacional de manera crítica, intentando establecer si dicha normativa ya implantada se ajusta a controlar de manera progresiva el avance de la delincuencia.

Finalmente, para el presente trabajo de investigación se utilizará la técnica de análisis documental, mediante el cual se revisará documentación que contenga datos de interés sobre nuestro tema a desarrollar, acudiendo a documentos de archivo y fuentes gubernamentales.

#### 4. Marco teórico normativo

En la presente investigación partimos desde la perspectiva de que, ante el ilícito cometido por un adolescente infractor, nos encontramos frente a un verdadero sujeto de derecho, capaz de asumir las consecuencias de sus actos. Asimismo, consideramos que, si nuestro ordenamiento le otorga una serie de derechos, como por ejemplo el poder casarse a los 16 años, por qué no establecer también su responsabilidad frente a sus hechos delictivos.

Sin embargo, creemos firmemente que, al establecer una responsabilidad penal, esta sea del tipo atenuada, considerando la madurez que determina su actuar, ya que el menor infractor en análisis, no deja de ser una víctima de la sociedad. En tales circunstancias, debe evitarse el ensañamiento y priorizar su resocialización.

Dentro de esta problemática, resulta necesario establecer previamente ciertos conceptos básicos. Empezamos por el término *Inimputabilidad*, vinculado al sujeto que no es responsable penalmente de un ilícito que cometió, ya que no está en condiciones de comprender su accionar o las consecuencias de este. Dicho concepto genera una serie de desavenencias, debido a que gran parte de la sociedad considera que el menor infractor es capaz de cometer atentados de tal magnitud que pueden igualar fácilmente o incluso superar a aquellos perpetrados por adultos (Gaceta Penal, 2013).

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud define la *violencia* como “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.

Asimismo, nuestra jurisprudencia establece que el *Adolescente Infractor* es el menor de edad que tiene entre los catorce años hasta los dieciocho años de edad. Es decir, se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o participe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal (Casación 4351-2016, Puno)

Acerca de la *reducción de la edad*, el exministro Aníbal Torres expresó: “en la mayoría de los países desarrollados, la imputabilidad penal no empieza a los 18 años, como en el Perú, sino a los 16 o 14 años”.

Como contraparte a estas medidas se tiene lo contemplado en el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Para el presente artículo académico, la relación de normas a analizar son las siguientes:

- • Constitución Política del Perú de 1993 (Art. 55)
- • Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 40)
- • Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (Observación General N. 24)
- • Código Penal (Art. 20)
- • Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Art. 2)
- • Código del Niño y el Adolescente (Art. 242)

## 5. Generalidades

### 5.1. Antecedentes del problema

Actualmente es motivo de grandes debates a nivel internacional el establecimiento de medidas de control adecuadas ante el incremento de la violencia. Esta disertación se torna más conflictiva aun cuando se trata de delitos cometidos por menores de edad, puesto que existen mecanismos internacionales que van en contra de victimizar al menor infractor. Dentro de ellos, vale la pena rescatar al principio de Interés superior del niño. Según manifiestan Torres y Corrales (2019), se trata de un derecho prioritario, por lo tanto, para la implementación de medidas de responsabilidad penal en menores de edad debe evaluar la implicancia que pueda tener en ellos, es decir, deben priorizar aquello que permitirá el desarrollo del potencial del adolescente. Complementariamente, se debe considerara también al principio de Protección Integral mediante el cual se busque garantizar que el menor infractor, durante el proceso penal que se lleve contra él, encuentre protección de todos y cada uno de sus derechos humanos, tanto aquellos que le corresponden por ser persona, como aquellos específicos que derivan de su calidad de persona en desarrollo.

En concordancia con ello, Ortega, Valle y Alvis (2022) recomiendan la aplicación de una especial protección, es decir, una justicia transicional que, aunado a una justicia restaurativa, prioricen su desarrollo futuro garantizando la reparación de las víctimas y la resocialización de los menores infractores con el respectivo acompañamiento de sus padres y de profesionales especializados que guíen su proceso de reeducación. Este ofrecería, además, elementos que permitan fijar un proyecto de vida ajustado a la convivencia y valores, todo ello bajo la vigilancia a través de seguimientos por parte del Estado.

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que presenta una opinión distinta. Hoyos (2013), por ejemplo, considera que la aplicación de la justicia restaurativa está enmarcada en su bondad, sin embargo, existe una sensación de impunidad por tratarse de delitos cometidos por adolescentes, que hace que ellos no asimilen verdaderamente las consecuencias de sus actos, que piensen que no serán sancionados por ello y por tanto tienen una especie de licencia para delinquir.

En línea con lo mencionado, Cabrera y Medina (2022) concluyen que “si el joven conforma su propia familia o tiene hijos no es considerado adolescente sino adulto”. Apreciación que coincide con lo establecido en nuestra normatividad, en la cual, a los menores se les otorga madurez para casarse, pero no para afrontar las consecuencias de sus actos delictivos. Situación que Carreño, Abarca-Brown y Radiszcz (2021) retratan con mayor profundidad, ya que consideran que es un tanto ingenuo el pensar que los menores infractores carecen de las competencias cognitivas y morales, puesto que pueden ser capaces de estructurar formas específicas de actuar, pensar, sentir y relacionarse.

Ante ello, Roncancio y Mora (2018) establecen que

... el aumento de la delincuencia juvenil hace indispensable replantear seriamente la reducción de la edad penal, con el objeto de reducir la criminalidad adolescente. Esta posición se fundamenta en la consideración que un individuo de 16 años ya posee el conocimiento y voluntad necesarios para discernir entre el bien y el mal, y por lo mismo para aceptar las consecuencias de sus actos contrarios al derecho.

## 5.2. La violencia en la sociedad actual

Para la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la violencia no está inscrita, por lo tanto, en los genes del ser humano y su aparición obedece a causas históricas y sociales. La noción de “violencia primigenia” es un mito y la guerra no es un elemento íntimamente ligado a la condición humana, sino el producto de las sociedades y de sus correspondientes culturas. Los estudios sobre los primeros grupos sociales humanos nos muestran que las comunidades de

cazadores-recolectores superaban mejor las crisis cuando sus relaciones descansaban en la cooperación y ayuda mutuas, en vez de basarse en el individualismo y la competición.

Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, organismo internacional especializado en salud de las Américas, casi el 50% de las 177,750 muertes causadas por violencia interpersonal en 2016 ocurrieron en personas jóvenes de 15 a 29 años. Son más de 83,000 vidas perdidas”.

Actualmente, según considera Rettberg (2020), “América Latina es la región más violenta del mundo, con las tasas de homicidios más elevadas y con la mayor incidencia de fenómenos como la violencia urbana, el secuestro, la justicia por mano propia y los conflictos ambientales.

Asimismo, tomaremos en cuenta lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su opinión consultiva N. 17/2002, entre otros puntos, estableció: “La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal “implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.

### 5.3. Conceptos fundamentales

#### 5.3.1. *Inimputabilidad*

Etimológicamente el término Inimputabilidad nos lo define Hernández (2015), proviene de la raíz latina *imputare*, que significa atribuir, asignar o poner en la cuenta o a cargo de alguien. Destaca también la comprensión, o sea, comprender y entender el deber y la autodeterminación de la voluntad. Para Torres y Corrales (2019) es la carencia de culpabilidad en una persona. Similar a la definición de nuestro Código Penal, para el artículo 33 del Código Penal Colombiano viene a ser

... inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

Similar categoría dogmática le otorga Cesano (2021), quien contrasta la inimputabilidad contenida en el artículo 34, inciso 1.º, del Código penal argentino, estableciendo que se relaciona con la capacidad, que se requiere al sujeto, para captar y aprehender el valor; esto es: la capacidad de valorar. Es esta cualidad la que configura una causa personal de exclusión de punibilidad, ocasionando que el Estado tenga una absoluta imposibilidad de aplicar una sanción penal (De Rosa, 2018). En síntesis, de lo anterior expuesto, la RAE define al inimputable como una persona que es eximida de responsabilidad penal por no poder comprender la ilicitud de un hecho punible o por actuar conforme a dicha comprensión.

### 5.3.1. *Menor infractor*

Desde el punto de vista jurídico, Luzón y Domínguez (2014) definen por menor infractor a toda persona que por la carencia de plenitud biológica, por lo general, comprende desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad, dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan. Por ejemplo, en la legislación española el corte de edad está puesto en los 14 años, lo cual se encuentra sustentado en el conocimiento que aporta la Psicología Evolutiva acerca del desarrollo del menor, así también, en el bajo nivel de gravedad de los delitos cometidos antes de dicha edad y en los posibles efectos que produciría en el menor su entrada en el procedimiento judicial.

En opinión de Cruz (2007), “Difícil es todavía afirmar lo que debe entenderse por “menor infractor”. Jurídicamente, el menor carece de capacidad de ejercicio; misma que adquirirá en el caso de la legislación mexicana, a los 18 años, convirtiéndose asimismo en imputable, y, por tanto, en agente de la comisión de ilícitos. Es por ello que, hasta antes de adquirir la mayoría de edad, la doctrina moderna coincide en señalar que el menor no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. Se afirma entonces, que el menor de edad, por su condición, queda fuera del derecho penal. Su conducta (cuyo carácter ilícito no es afectado por su minoría de edad), motiva la movilización de instrumentos jurídicos muy distintos de los aplicados a los delincuentes adultos, los cuales, forman parte del llamado derecho de menores”.

### 5.3.1. *Edad penal*

Para Alemán (2007), la edad penal viene a ser la delimitación de una edad a partir de la cual el sujeto puede ser responsable por la comisión del acto delictivo que ha cometido.

Para la RAE, viene a ser aquella edad a partir de la cual puede exigirse a una persona responsabilidad por la comisión de hechos tipificados como delito o falta. Inicialmente, Bustos (1989) refutaba que la Edad Penal ha sido confundida con la edad penal criminal y que hay dos cuestiones para debatir en cuanto a nuestra problemática, una referente a cuál es el límite en que termina la responsabilidad penal no criminal y otra en relación a cuál es el límite en que empieza la responsabilidad penal no criminal.

Ante las circunstancias descritas, podríamos considerar lo establecido por la teoría francesa que define la

Capacidad penal, como la aptitud de un delincuente para recibir una sanción tras su procesamiento. Aplicada a la responsabilidad, la capacidad penal es una dimensión que permitirá delimitar la posibilidad del menor de beneficiarse de una sanción desde la perspectiva de la socialización. Prolongación de la imputabilidad subjetiva, sin embargo, es diferente a ésta: no reenvía a la idea de retribución sino a la idea de readaptación social. (Castaignéde, 2009)

### 5.3.1. *Determinación de la capacidad jurídica*

Se entiende como capacidad jurídica a la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. Todas las personas poseen capacidad jurídica desde el nacimiento, con independencia de la edad, estado civil o de salud mental y física. Por ejemplo, un niño recién nacido puede ser titular de una cuenta bancaria porque tiene capacidad jurídica.

Para el profesor Aníbal Torres (2019): La capacidad es la aptitud atribuida o reconocida por el ordenamiento jurídico a los sujetos para ser titulares de derechos y deberes —capacidad de goce— y para el ejercicio de esos derechos y deberes —capacidad de ejercicio o de obrar.

Asimismo, en el artículo 22 del Código Penal Mexicano encontramos que

... la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados.

Por su parte, El Código alemán menciona que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento.

## 6. Tratamiento de la inimputabilidad de menores infractores en la legislación internacional y el derecho comparado

### 6.1. Legislación Internacional

#### 6.1.1. *Algunos antecedentes Normativo Internacional*

La intervención delictiva de menores de edad en nuestra historia ha atravesado un sendero creciente. A esta afirmación se llega realizando una revisión de nuestro compendio normativo internacional. Prueba de ello es que, en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para los niños, no se consideraba medidas en casos de menores infractores.

Posteriormente, con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, se complementa el rol proteccionista de los estados firmantes. Sin embargo, en el Principio 7 —dedicado a estipular el derecho a la educación del niño— encontramos el siguiente tenor:

Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, *su sentido de responsabilidad moral y social*, y llegar a ser un *miembro útil de la sociedad*. (Las cursivas son nuestras)

Podemos entender la importancia de una preparación previa que busque evitar la formación de un mal elemento social, asimismo, indirectamente, norma sobre el reconocimiento del menor frente a las consecuencias de sus actos en *su sentido de responsabilidad*.

En 1966, a través del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establecen parámetros de protección de menores por condiciones relacionadas a su edad, tanto por la familia como por el Estado. Ese mismo año, con la introducción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el tercer acápite del artículo 10 es que se complementa estas medidas proteccionistas.

#### 6.1.1. *Convención sobre los Derechos del Niño*

El 20 de noviembre de 1989 se adopta unánimemente por la Asamblea General de la ONU, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Este instrumento internacional de gran fuerza vinculante, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la considera como fuente de derecho para sus decisiones, establece en su definición de Niño

a “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En el artículo 37, la Convención establece que ningún menor puede ser sometido a torturas ni a penas crueles, que no se le impondrá la pena de muerte ni la de cadena perpetua, sino que, en una declaración de culpabilidad, solo amerita pena privativa como último recurso y en un tiempo mínimo, evitando estar encarcelado con personas adultas y mantener contacto siempre con la familia. Asimismo, en el artículo 40, determina que el menor tiene derecho a su defensa, con todas las garantías establecidas, cuando es acusado de haber cometido un delito, cuya garantía alcanza tanto a jueces como abogados y que los estados deben establecer una edad mínima antes de la cual no pueden ser juzgados como si fuesen personas adultas.

La esencia de esta, retratada en múltiples documentos internacionales, hace mención que los estados no solo deberían centrarse en la aplicación de esas dos normas solamente, sino que sus políticas deben considerar también los principios enunciados en los siguientes artículos:

- Artículo 2.- No discriminación
- Artículo 3.- El interés superior del niño
- Artículo 6.- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo
- Artículo 12.- El respeto a la opinión del niño
- Artículo 40.- Dignidad

En complemento con ello, la Corte Interamericana ha señalado que “la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”.

Los principios citados en líneas precedentes nos dirigen a los siguientes objetivos, definidos en la OBSERVACIÓN GENERAL N. 10 (2007)

Alentar a los Estados Partes a elaborar y aplicar una política general de justicia de menores a fin de prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sobre la base de la Convención y de conformidad con ella, y recabar a este respecto el asesoramiento y apoyo del Grupo interinstitucional de coordinación sobre la justicia de menores, que está integrado por representantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y organizaciones no

gubernamentales (ONG), y fue establecido por el Consejo Económico y Social en su resolución 1997/30;

Ofrecer a los Estados Parte orientación y recomendaciones con respecto al contenido de esa política general de justicia de menores, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil, la adopción de otras medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales, e interpretar y aplicar todas las demás disposiciones contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención;

Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (“Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”).

#### 6.1.1. *Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas*

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), supervisa la aplicación de protocolos referentes a la participación de los niños en conflictos armados, trata de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía. Esto lo realiza a través de 18 expertos independientes, quienes también supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Parte.

Producto de dicha supervisión, el Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas. Dentro de estas observaciones, encontramos la Observación General N. 10 (2007) “Los derechos del niño en la justicia de menores” dentro de la cual, en el punto N. 37 expresa:

Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Parte que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 o 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Parte permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción.

En lo que concierne a nuestro país, en las Observaciones finales a los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú, aprobadas en el 71 periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, realizado del 11 al 29 de enero del 2016, específicamente en el punto establece su preocupación por el Decreto Legislativo 1204, norma que regula las sanciones para adolescentes en conflicto con la ley penal. Argumenta que se trata de un texto punitivo, y es por ello que más adelante insta al Estado a que debe derogar dicha norma y recomienda que promueva medidas alternativas al encarcelamiento. Recomienda, a su vez, en situaciones que sea inevitable la encarcelación, se garantice las condiciones de la misma, debido a que el Comité ha observado que existe demasiado hacinamiento en los centros de rehabilitación para menores.

## 6.2. Derecho comparado

En Europa la pena privativa de libertad en menores infractores se considera como *ultima ratio*. Sin embargo, no se puede negar que en algunos países las orientaciones “neoliberales” han influido en la política de justicia de menores y, también en la práctica (véase Muncie, 2008, con referencias adicionales). El ensanchamiento de las medidas privativas de libertad en Inglaterra y Gales, Francia y Holanda se puede interpretar como una “vuelta punitiva”.

En efecto, los reclusos adolescentes en estos países aumentaron considerablemente en los años 1990. Sin embargo, estas tendencias se han invertido en los últimos años” (Castaignede, 2009). Ante ello, surge el cuestionamiento si esta disminución obedece a que en dichos países la minoría de edad sea por debajo de los 16 años.

### 6.2.1. Francia

En Francia, la idea de proporcionar a los menores una atención diferenciada de los adultos surge en 1912, teniendo como finalidad separar al menor del procedimiento penal ordinario a través de la creación de programas de tratamiento específicos y considerando el estatus de persona en desarrollo de los menores de edad, así como el reconocimiento de las diferencias psicológicas, biológicas y sociales con los adultos. Todo ello ha generado la necesidad de que se establezca un sistema diferenciado para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los menores de edad.

Desde 1945, en casos de fechorías (*contraventions des quatre premières classes*), los delincuentes juveniles eran juzgados por el Tribunal policial que podía aplicar reprimendas o multas. Desde 2002, la competencia del tribunal policial se ha conferido a un “juez”, que no es abogado ni especialista de justicia juvenil, pero tiene la competencia

para sancionar a menores hasta cierto nivel (Castaingède y Pignoux, como se citó en Dünkel et al., 2011).

En concordancia con lo anterior descrito, Dünkel y Castro (2014) describen que “Tradicionalmente, el sistema de enjuiciamiento penal francés se basa en el principio de la oportunidad. El fiscal tiene las facultades de perseguir o no. En 2006, casi el 60% de los casos fueron descartados. El porcentaje de condenas de prisión, entre todas las sentencias, aumentó de un 8% en 1980 a casi un 14% en 2003, pero posteriormente cayó otra vez al 10% en 2006. Hay que considerar como positivo, el aumento del control social en el ámbito de las sanciones comunitarias, el que ha aumentado con las formas de supervisión (protección judicial), que incluyen, en algunos casos, el monitoreo electrónico. Sin embargo, estos cambios cuantitativamente son difíciles de medir.

Es importante considerar los apuntes de García Prado (2012), quien establece que uno de los puntos de inflexión y cambios que se produjeron en el panorama judicial francés se produjo en la década de los 90, cuando las estadísticas nacionales sobre justicia de menores arrojaron los siguientes datos: “... el número de menores implicados de 1997 a 2001 de 154,000 a 177,000 durante la década de 1990, un aumento de casi el 15% que hizo eco del aumento dramático de la delincuencia juvenil a lo largo de la década de 1990, un aumento del 79 %, un aumento de los delitos violentos o más de 3,000 menores de 12 años llevados a proceso. Esta situación llevó al gobierno francés a iniciar una serie de cambios de carácter normativo en la siguiente década.

Algunos autores traducen estos cambios como un endurecimiento en el régimen de justicia de menores, la que se acercaba mucho a la de los propios adultos y alejándose de las líneas diferenciales que se suelen adoptar en otros países del continente. Las denominadas Leyes Perben I y II (9 de septiembre de 2002 y 2004) modificaron la Ley de 2 de febrero de 1945, siguiendo lo dicho anteriormente, y en la letra de la Ley de 2002 la cual expresa:

Estas características exigen una fuerte respuesta gubernamental. Por lo tanto, es necesario ajustar los requisitos procesales de la respuesta de la justicia penal a este delito y reafirmar el valor de la sentencia mientras se continúa con la acción preventiva y rehabilitadora.

Estos cambios establecieron la disminución de 16 a 13 años

... para poder imponer medidas de internamiento cautelares o libertades vigiladas, el endurecimiento en determinados delitos, se inicia una mayor tendencia hacia

el internamiento, establecimiento de medidas socioeducativas a menores de 10 a 13 años, creación de los dispositivos denominados centros educativos cerrados, posibilidad de suspensión de los derechos de los padres de menores internados, capacidad del fiscal para obligar la presencia de los padres o tutores, la custodia policial en situaciones excepcionales de hasta por 4 días.

Así, en 2007 nace, en medio de la polémica, la Ley de prevención de la delincuencia de 2007 que en su artículo 8

... se establece la posibilidad-obligatoriedad de un intercambio de información entre la Fiscalía y los profesionales de los Servicios Sociales, lo cual pone en entredicho la rigurosidad del secreto profesional. Junto a este hecho la figura del fiscal sale reforzada recobrando un protagonismo que hasta el momento no ostentaba, siendo el punto de interconexión de toda intervención desde lo social, educativo y judicial.

Un año después, en 2008, el gobierno francés encarga a una comisión presidida por André Varinard un informe que se postula como proyecto de ley para una nueva modificación de la legislación penal juvenil. Dicho informe subió en un escalón el grado de conflictividad que habían desatado las anteriores enmiendas, sacudiendo los cimientos filosóficos que impregnaron la ley de posguerra. En dicho informe, la recomendación más reseñable es la disminución de la edad penal a los 12 años, acercándose a las posturas anglosajonas y estableciendo distancia con la mayoría de los países europeos.

También se pretendía eliminar la especificidad de jueces para menores en el caso de jóvenes entre 16 y 18 años, así como conferir potestad a un solo juez, frente al tribunal de menores, en los casos en que la pena excediera de los cinco años. Las polémicas suscitadas por las propuestas normativas trascendieron las fronteras galas y la ministra de justicia de aquel momento, Rachida Dati, tuvo que abstenerse de llevarlas a cabo. Una de las últimas reformas es la llevada a cabo el pasado año con la aprobación de la ley N. 2011- 939 de 10 de agosto de 2011 sobre la participación de los ciudadanos en el funcionamiento de la justicia penal y el juicio de menores.

Nuevamente la ordenanza en materia de justicia juvenil sufre otra de sus cotidianas metamorfosis que queda reflejada en algunas de las propuestas más interesantes: capacidad del tribunal para analizar la personalidad del menor antes de decir la sanción, posibilidad de poner a los menores bajo arresto domiciliario con vigilancia electrónica, capacidad de penalización hacia los padres o tutores responsables de los menores cuando sean llamados

a petición judicial y no comparezcan o creación de un tribunal penal de menores (García Prado, 2012).

Actualmente, y pese al tratamiento normativo descrito en líneas precedentes, las estadísticas no son muy favorables para el país en revisión, puesto que para el 2019 se observa un crecimiento del 29,7 % con respecto al 2017, cuando los delitos protagonizados por menores ascendieron a 3,340 casos (Quiñonero, 2020). Dentro de estos casos se encuentran violencias físicas, atracos, amenazas, etc. Sin embargo, no podemos aducir este resultado al aspecto normativo, puesto que existen otros factores preponderantes, tales como la inmigración clandestina que genera menores sin familia, errantes y sin domicilio fijo, un gran ejemplo, lo observado en Burdeos.

### 6.2.1. *Alemania*

Tal como nos relatan, Dünkel y Castro (2014) en Alemania,

... en la década de 1980, se produjo un importante movimiento hacia la diversión y nuevas sanciones educativas de carácter alternativo. Las cifras en torno a utilización de la diversión se incrementaron considerablemente de un 40% en la década de 1980 hasta un 70% en 2008. Aunque un número considerable de delitos violentos y más graves entró en el sistema de justicia juvenil a principios de la década de 1990, sigue siendo de una estabilidad increíble la práctica de la sanción. La sanción privativa de libertad sigue siendo solo el 23% del total de las sanciones informales (Fiscales) o formales (tribunales juveniles después de un juicio) aplicadas a los jóvenes-adultos de 14-20 años. Sin embargo, otro 5% de los adolescentes y de los adultos jóvenes es objeto de la medida disciplinaria de detención de corto plazo (hasta cuatro semanas, en alemán “Jugendarrest”). Globalmente se puede afirmar que la práctica de las sentencias se orienta hacia el modelo de la mínima intervención (incluyendo algunos elementos restaurativos, de mediación y órdenes de servicio comunitario).

Posteriormente, en 1990 aprobó una importante reforma. Se ampliaron las posibilidades de diversión, las llamadas nuevas «alternativas», que habían sido desarrolladas por los operadores del sistema en los años ochenta, fueron formalmente consideradas en la ley. Por ejemplo, se implementaron la mediación, cursos de formación social, servicio comunitario y especial cuidado y supervisión por parte de los trabajadores sociales. Las alternativas a la prisión preventiva fueron ampliadas, incluyendo la defensa legal obligatoria de los menores

detenidos. Sin embargo, luego vienen otras reformas con una clara orientación hacia la intensificación de las condenas.

En 2006 se introdujo en la Ley de tribunales juveniles la posibilidad de que la víctima pueda interponer una querrela, pero a diferencia del procedimiento penal general, solo en determinados delitos. En 2008 se introduce la custodia de seguridad o internamiento preventivo para los casos de adolescentes que han cumplido una pena de prisión juvenil de al menos 7 años, sin duda una de las más simbólicas reformas legales. En el mismo año, la regulación del artículo 2 de la Ley de tribunales juveniles formula con claridad el objetivo de la justicia juvenil: priorizando estrictamente la prevención de la reincidencia y la reinserción de infractores juveniles y jóvenes adultos dentro de la sociedad.

A partir de ello, Alemania fue introduciendo cambios graduales que en esencia intentaron suprimir las medidas punitivas y promover las educativas, tanto así que estas medidas protectocionistas alcanzaron a los mayores de 18 y menores de 21 años. Es decir, en lo que a edad penal se refiere, establece una edad de responsabilidad penal dentro del rango situado entre los 14 y 17 años. Posterior a ello, en la franja entre los 18 hasta los 21 años se pueden aplicar sanciones conforme a la ley del menor en función de la madurez del infractor y el tipo de delito. La duración de sus medidas se establece por rangos: Menores de 14 a 15 años pueden recibir medidas con una duración de hasta 60 meses, para los jóvenes de 16 a 17 años la duración máxima es de 120 meses, para los jóvenes de 18 a 20 años las medidas pueden extenderse hasta los 180 meses<sup>1</sup>. En cuanto a cifras, registró 5,27 millones de delitos en 2019, una caída del 2,3% respecto al año anterior, en el que se produjeron 5,4 millones, según la Estadística Criminal anual publicada a marzo 2020 por la Oficina Federal de Policía Criminal (BKA) (Estadística criminal, 2020). Pese a esta disminución, lo que resulta preocupante es el incremento de menores infractores, los cuales en su mayoría provienen de familias desintegradas o incluso adiestrados para la criminalidad. Se detectó un incremento del 5,7% en referencia al 2019, cuyas edades oscilan entre los 6 y 14 años aumentó.

### 6.2.1. *Argentina*

En el caso de Argentina, en el 2020 se realizó una serie de debates presenciales en mesas temáticas, reuniones informativas y a través de la plataforma virtual de participación

<sup>1</sup> Información extraída de [https://go.gale.com/ps/retrieve.do?tabID=T002&resultListType=RESULT\\_LIST&searchResultsType=SingleTab&hitCount=1&searchType=BasicSearchForm&currentPosition=1&-docId=GALE%7CA654001799&docType=Article&sort=Relevance&contentSegment=ZSPS&prodId=IF-ME&pageNum=1&contentSet=GALE%7CA654001799&searchId=R1&userGroupName=ucss&inPS=true](https://go.gale.com/ps/retrieve.do?tabID=T002&resultListType=RESULT_LIST&searchResultsType=SingleTab&hitCount=1&searchType=BasicSearchForm&currentPosition=1&-docId=GALE%7CA654001799&docType=Article&sort=Relevance&contentSegment=ZSPS&prodId=IF-ME&pageNum=1&contentSet=GALE%7CA654001799&searchId=R1&userGroupName=ucss&inPS=true)

ciudadana Justicia 2020. Con ello, organizaciones, especialistas, profesionales de la materia y funcionarios de todos los poderes del Estado realizaron un intercambio trabajo que culminó y generó insumos para la elaboración de un anteproyecto de ley con el cual crear un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Cabe recordar que este país tiene un antecedente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual supervisó el cumplimiento de la sentencia adoptada en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” y concluyó que el Estado argentino aún continúa con un régimen penal juvenil que no se ajusta a los estándares internacionales en la materia. En aquella decisión, dictada el 14 de mayo de 2013, la Corte Interamericana había considerado que el régimen penal juvenil de la República Argentina resultaba contrario a la Convención Americana, en cuanto permitía la aplicación de penas perpetuas y no habilitaba su revisión periódica, entre otros aspectos (Vélez, 2021).

Sin embargo, lo descrito en líneas precedentes no evitaron que el legislador argentino instale un sistema de escalas, mediante el cual los adolescentes de 15 años que cometan delitos que comprenden penas de 15 años de prisión o más —homicidios, violaciones, secuestros extorsivos, entre otros— serán punibles; y para jóvenes de entre 16 y 18 años, comenzará a aplicarse cuando cometan delitos que comprendan más de 3 años de prisión. En su definición, consideran a esta edad una edad bisagra, ya que ahí pueden comenzar una carrera delictiva (Las propuestas del sistema, 2019).

En lo que corresponde a estadísticas, en Argentina la población de adolescentes que cumplen una medida judicial de carácter penal se redujo desde 7.169 en 2015 hasta 4.437 en 2021. Según datos de UNICEF Argentina, del total de población penal juvenil nacional, el 95,5% se reconoce de género masculino, mientras que el 4,5%, femenino. Además, el 98,3% nació en Argentina. Al considerar la franja etaria de los adolescentes, el 2,7% tiene menos de 16 años, el 39,1% tiene entre 16 y 17 años, y el 55,8% 18 años y más (¿Cuántos adolescentes se encuentran detenidos en el país?, 2022).

## **7. La inimputabilidad en menores infractores en el Perú**

### **7.1. Violencia en el Perú en cifras**

Dentro de nuestra investigación surge la gran necesidad de contar con información certificada y oficializada que nos ayude a comprender mejor nuestro entorno e identificar la problemática. Dentro de estas instituciones oficiales encontramos al Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el cual, trimestralmente publica información sobre el fenómeno de la criminalidad y violencia en su Informe técnico, es así que para fines de esta investigación, se ha tomado el más reciente, denominado: Informe Técnico N.

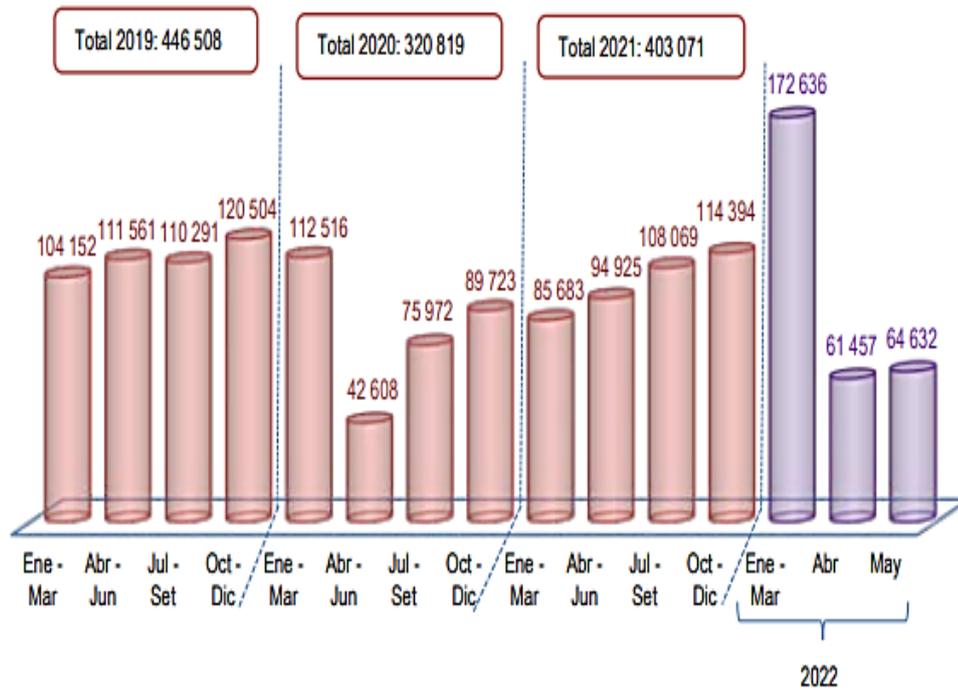
04 “Estadísticas de Criminalidad, Seguridad Ciudadana y Violencia, abril-junio 2022”, publicado en setiembre del 2022.

Dentro de este informe se revela que

... el país mantiene como una problemática importante la inseguridad ciudadana, la cual afecta el derecho que todo individuo tiene a la vida, a la libertad y a la seguridad. La criminalidad está constituida por los delitos denunciados ante las autoridades policiales y se expresa en diversas modalidades. Por ello, es importante analizar los diferentes aspectos circundantes de la delincuencia y criminalidad, con la finalidad de conocer la incidencia, características y las zonas geográficas donde se genera esta situación de violencia. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2022)

Según dicho informe, en el primer trimestre 2022, a nivel nacional y de acuerdo a la información registrada en el Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL) de la Policía Nacional del Perú, se registraron 172,636 denuncias por comisión de delitos. En comparación con el periodo similar del año 2021, se incrementó significativamente (101,5%) al pasar de 85,683 a 172,636 denuncias. Por otro lado, en abril y mayo se registraron 61,457 y 64,632, respectivamente.

Figura 1



**Nota:** Información 2022 es preliminar.

**Fuente:** Ministerio del Interior - Sistema de Denuncias Policiales-SIDPOL.

**Elaboración:** Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Si bien Lima Metropolitana registró 40,837 denuncias por comisión de delitos, lo que representa un 32,4% respecto del total de denuncias, a nivel departamental es seguida por Arequipa con un total de 8,747, Piura con 7,324, Lambayeque con 7,283 y La Libertad con 6,794. Si comparamos con el año anterior, se observó mayor incremento porcentual en Ayacucho (143,2%), Piura (133,3%), Moquegua (127,4) y Arequipa (123,1%), entre los mayores. De otra parte, el de menor crecimiento fue Ucayali (25,5%).

## 7.2. Problemática de la minoría de edad del inimputable

Mencionar la palabra Inimputabilidad dentro del contexto nacional, nos lleva directamente a un caso muy particular. Se trata de Alexander Manuel Pérez Gutiérrez conocido como “Gringasho”, el cual, pese a su corta edad de 15 años, fue acusado de ser el autor del crimen de una joven gestante y que según medios noticiarios locales: “Él comenzó a cometer asesinatos a cambio de dinero a los 13 años, por lo que es considerado el sicario más joven del Perú”.

Es a raíz de este tipo de sucesos que la sociedad, en su mayoría, exigió la disminución de la edad del inimputable, puesto que considera que los menores de edad tienen todo

el conocimiento que, al cometer delitos tan feroces, no serán juzgados como un mayor de edad y ello les favorece. Puesto que son considerados infractores y no delincuentes, como consecuencia, en el peor de los casos les esperará el internamiento dentro de un centro juvenil en el que no permanecerán más de 10 años dependiendo la infracción que cometan, a diferencia que, al ser procesados como mayores de edad en similares delitos, tomando como base, por ejemplo, el artículo 108-C de nuestro Código Penal, la pena privativa de libertad es no menor a veinticinco años.

Por otro lado, en el aspecto normativo tenemos que, a raíz del planteamiento de la Convención sobre Derechos del Niño, específicamente en sus artículos 37 y 40, dentro del ámbito normativo peruano se reconoce una especie de subsistema especializado del Derecho Penal, denominado como Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. En el caso del Perú, esta situación infiere presupuestos diferentes y, por ende, una ‘teoría del delito’ autónoma y distinta, pero que se encuentra obligado a contar con las garantías del Derecho Penal aplicable para adultos, tales como proporcionalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, etc. Todo esto dentro de un marco normativo de un Estado social y democrático de Derecho.

De lo anterior descrito se puede colegir una especie de enfrentamiento entre los límites que tiene nuestro legislador por sus compromisos internacionales, frente a una especie de “grito desesperado” que emite la sociedad, entendiendo que la implementación de medidas punibles más drásticas frenará el impune actuar de la violencia en nuestro país, que crece día a día.

### **7.3. Edad del menor infractor como determinante de imputabilidad**

Según establece la doctrina, erigir la imputabilidad hace necesario establecer la capacidad de una persona de comprender lo ilícito de su proceder; en el caso de los menores infractores en nuestro país, establecer responsabilidad de este ha tenido un desarrollo en una especie de curva, en el sentido de que inicialmente. En realidad todo se remonta a la época en que se consideraba la doctrina de la situación irregular, a través de la cual se desprotegía al menor, al punto, como opinan algunos autores, el tratamiento de la responsabilidad penal del menor, era similar al de un adulto, puesto que eran reclusos tal como un adulto. Este tipo de realidades salieron a la luz con la Conferencia del Niño peruano de 1922, ante ello, surgió la necesidad de establecer una diferenciación, yendo al límite de declararlo civilmente como un incapaz en circunstancias absoluto y también relativo. Siendo el Código Penal de 1924 quien establece un tratamiento especial para los menores en situación irregular, surgiendo diferentes teorías para establecer la causa de la criminalidad, prevaleciendo dos, dentro de las cuales una de ellas sustentaba que no se

estaba identificando la predisposición que tiene el agente de cometer un ilícito, mientras que la otra establecía que un gran factor de ello obedecía al entorno de desarrollo familiar en el que el agente se desarrollaba. Con el transcurrir del tiempo y como algunos autores afirman, recluirllos en centros correccionales en espacios de tiempo indeterminados llevaba a cuestionar a quien verdaderamente se buscaba proteger, al menor infractor o a la sociedad de unos sujetos ya sentenciados socialmente.

Si bien lo narrado anteriormente es la parte más baja de la curva planteada, es con la intervención de las Naciones Unidas, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde el nivel de protección se eleva, pues estableció que cada Estado debía fijar una edad a partir de la cual se le atribuyera una responsabilidad penal al niño y, de acuerdo con lo detallado según la Convención, sería la edad de dieciocho años. Posterior a ello, en los 90 se produjo tal normativa internacional que “orienta” a nuestro país en estos devenires. En síntesis, el establecimiento de responsabilidad penal en menores infractores dentro del ámbito penal buscaba establecer garantías diferenciadas frente a los adultos, reconociendo que es sujeto en desarrollo. Por ejemplo, una diferencia sustancial es la confidencialidad de conservar la identidad del menor, así como incluir a la familia en su proceso.

Resulta interesante revisar el Decreto Legislativo 990, el cual, al modificar el Código de los Niños y Adolescentes, busca reglamentar el pandillaje pernicioso haciendo una división en niños y adolescentes pasibles de medidas de protección y medidas socioeducativas respectivamente, tomando como base la edad de 14 años.

#### **7.4. Argumentos a favor de la disminución de la edad del inimputable**

Dentro de este panorama nacional podemos encontrar posiciones a favor, las cuales sustentan que la responsabilidad que se les debe atribuir a los menores infractores debe ser muy atenuada porque debemos reconocer que existe una especie de corresponsabilidad del Estado, de la sociedad y de la familia en el ilícito cometido por el menor. Sustentan su posición en reportes de la neurociencia que, incluso, según dicen, estos menores infractores están en una etapa de desarrollo, de crecimiento, en donde el lóbulo frontal del cerebro no está plenamente desarrollado y según las neurociencias, es recién a los veintiún años que se tiene plenamente desarrollado el mismo y el rol que cumple el lóbulo frontal es la inhibición de conductas (Peña Jumpa, Chang Kcomt y Barletta, 2012).

Según Chang, establecer medidas socioeducativas busca rehabilitar al adolescente infractor, es decir, buscan reinsertarlo en la sociedad para evitar que, en un futuro,

cuando el adolescente sea mayor, realice comportamientos que están alejados de lo que la sociedad busca al recuperar un “ciudadano de bien”. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 del Código del Niño y Adolescente se establece que, cuando el menor haya cumplido la mayoría de edad, se le pueda trasladar a un centro penitenciario primario. Dejando en incertidumbre si nos encontramos verdaderamente frente a medidas socioeducativas que lo separan del tratamiento como adulto.

Acerca del internamiento en centros juveniles, opinan que debe ser como último recurso cuando otra medida no funcione, es decir, agotar la amonestación; la prestación de servicios a la comunidad, que normalmente es más efectiva, pero que según mencionan, se usa muy poco por nuestros jueces; la libertad asistida y la libertad restringida. Se debe considerar también, según aducen, la situación actual de hacinamiento de los centros juveniles, que lejos de contribuir con su resocialización en algunos casos sirven de “capacitación delincencial”

Finalmente, el efecto negativo de lo anterior planteado se puede verificar en las estadísticas que afirman que estos centros son una especie de “semilleros” y que las investigaciones de bandas delincuenciales han demostrado que es en estos lugares de donde se dirigen sus actores delictivos.

### **7.5. Argumentos en contra de la disminución de la edad del imputable**

En lo concerniente a las posturas que se encuentran a favor de la disminución, se ha encontrado que en su mayoría tienen cierto tinte político, a diferencia de los que se encuentran en contra, que en su mayoría son docentes universitarios y juristas.

Es importante remontarnos a mayo del 2012 en donde se presentaron tres proyectos de Ley se hicieron públicos tres proyectos de ley que buscan la modificación del Código Penal a efectos de someter a los menores de edad al proceso penal para adultos.

- El primero: Proyecto de Ley 1107/2011-CR, busca modificar los artículos 20 y 22 del Código Penal. En el primer dispositivo legal se establecería:

Está exento de responsabilidad penal: 2). El menor de 18 años, salvo que haya incurrido en delito de Homicidio Calificado, Violación de la Libertad Sexual, u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua, en cuya situación el Juez mediante Resolución debidamente motivada y revisada por el Superior, dispondrá su juzgamiento y/o sanción como mayor.

Con respecto a esta propuesta, se expone que al ser el Sicariato un delito tipificado como Agravado, debería condenarse a los menores que practican tales ilícitos. Así también esta potencial modificación legislativa utiliza los medios informativos de “alta seriedad” para concluir que estos menores son captados por bandas que aprovechan su protección especial para delinquir y que estos menores realizan las fechorías por un afán de lograr representatividad en el hampa.

- El segundo: Proyecto de Ley N. 1113/2011-CR, propone modificar el artículo 20, numeral 2, del Código Penal y, en consecuencia, reducir la edad de imputabilidad de 18 a 16 años ante la comisión de ciertos delitos considerados graves (asesinato, lesiones graves, secuestro, trata de personas, robo agravado, extorsión, asociación ilícita, entre otros).

Fundamenta su propuesta en la realidad mostrada a través de los informes periodísticos, en los cuales informaban que, en Lima, Callao y Trujillo, menores entre 16 y 18 infundían el pánico en las calles, incluso llegan a afirmar:

... consideramos que el adolescente no solo es penalmente responsable, sino que además penalmente imputable y lo es porque, a pesar de haberse podido comportar lícitamente, es decir, de haberse podido decidir por el derecho opta por lo injusto. Dicho de otro modo, siéndole exigible una conducta distinta, al ser capaz de ser motivado de modo suficiente por la norma de comportarse conforme a derecho, actuó ilícitamente. Por lo tanto, al corresponder su ilicitud de actuar, dicho acto le es reprochable, y por ello debe ser merecedor de una sentencia condenatoria de privación de libertad.

- El tercero: Proyecto Ley N. 1124/2011-CR, va más allá e intenta modificar el Artículo 20 y 22 del Código Penal planteando reducir la edad de 18 a 15 años y para ello, en su exposición de motivos se puede leer:

... la finalidad del presente proyecto ley es contar con normas acordes para adecuarlas a las nuevas conductas sociales de los adolescentes infractores a la Ley Penal, que vienen incrementándose día a día, agrupándose en pandillas o grupos organizados y asociados para cometer delitos, siendo la delincuencia juvenil actualmente uno de los problemas criminológicos que se viene incrementando no solo en nuestro país sino también en el mundo entero. La delincuencia juvenil es un fenómeno social que pone en riesgo la seguridad pública de la sociedad, así mismo va contra las buenas

costumbres ya establecidas por la sociedad; por lo que es un rol social del Estado buscar la protección de nuestra población, legislando sobre un tema de vital importancia para nuestra vida diaria, que reclama más seguridad ciudadana. Según la policía peruana, solo en el área metropolitana de Lima existen más de 300 pandillas que agrupan a unos 12.000 jóvenes. En los barrios populares del cinturón capitalino, en los llamados cerros, se estima que más del 50% de jóvenes consumen algún tipo de droga, cuando se trata de alcohol esta cifra también es muy alta....

### **7.6. Postura personal**

Es importante reconocer que, al inicio del presente trabajo de investigación, se tenía una visión segmentada, hasta un cierto nivel de tara acerca del tema. Sin embargo, y luego de transcurrido este proceso de investigación, pudimos entender que muchas veces el desconocimiento de información crea en nosotros un nivel de prejuicio que puede llegar a ser nocivo. Comparando esta situación a la influencia que ejercen los medios de comunicación como las redes sociales en nuestra sociedad actual, resulta muy preocupante, pero revisar estas posibles circunstancias ya obedece a un nuevo proyecto de investigación.

La percepción inicial que se tenía acerca del problema planteado consistía en la aseveración de la norma. Se entendía que lo funesto del incremento de la violencia obligaba a establecer penas más drásticas para que los menores infractores reciban una especie de “castigo” por su mal proceder, sin tomar en cuenta la responsabilidad social que también ostentamos, puesto que, como sociedad, toca interrogarnos: ¿Qué estamos haciendo para ser parte de la solución? Y si, además de ello, traemos a colación nuestra condición de estudiantes de derecho, el grado de responsabilidad se amplía. Por otro lado, no se consideraba tampoco la condición del menor infractor, que muchas veces al ejercer condena, no se logra resocializarlo sino condenarlo.

Coincidimos con Barletta, quién mencionaba que lejos de ser una medida de reinserción lo que se pretendía hacer era “encerrarlos para proteger a la sociedad de ellos”, como si fuesen algo indeseable que se debe esconder. Sin embargo, si hacemos una metáfora, esconder la herida no significa que se sane, muy por el contrario, tenderá a infectarse y el postrer estado será peor que el primero.

## **8. Conclusiones**

Concluimos el presente trabajo de investigación con una visión satisfecha, pese a que consideramos que aún queda mucho por investigar en cuanto a la responsabilidad del menor infractor, puesto que no se ha podido identificar una postura sólida que sea indiscutible y que nos permita determinar si es o no adecuada al 100%.

Se pudo observar también que, pese al marco normativo existente, difiere de la realidad procesal del menor, debido a que nuestro país no solo presenta diferentes limitaciones en cuanto al sistema judicial, sino también en infraestructura. El estado de hacinamiento existente en los centros de rehabilitación para menores, así como los centros de internamiento de los adultos, se encuentran en condiciones infrahumanas.

De lo revisado en el Derecho Comparado se pudo establecer que, el variar la edad del menor infractor no detiene el crecimiento de la delincuencia juvenil, porque se ataca a factores ya cuajados. Hace falta políticas preventivas, considerando que un factor preponderante en la formación de menores infractores es el abandono emocional a los que se encuentran expuestos. Se requiere con urgencia instalar medidas de acompañamiento psicopedagógico a los padres de familia, a través del fomento de una mayor participación en el desarrollo integral de sus hijos.

Los argumentos encontrados a favor obedecen en su mayoría a medidas políticas que, en un intento de aumentar sus seguidores, proponen este tipo de medidas sin tomar en cuenta la condición del menor, quien tiene un derecho a la dignidad inherente que no se está tomando en cuenta. Asimismo, dentro de las propuestas legislativas observadas se establecía un endurecimiento de la pena “para delitos graves”, sin tomar en cuenta de que esto representa un grado de discriminación.

En el caso de los argumentos en contra, estos buscan definir responsabilidades, considerando que la situación gravosa de esta problemática no solo atañe al menor infractor, sino que existen ciertos factores exógenos al mismo que inciden en su actuar delictivo y el Estado al establecer sanciones más drásticas sin instalar medidas resocializadoras de verdad que impliquen un cambio, no está legitimado a hacerlo.

Si bien es cierto, son conocidos casos como el de “Gringasho”, se tendría que revisar cuánto porcentualmente de estos casos conforman las cifras estadísticas delincuenciales, para recién hacer una generalización del tema. Incluso se podría hacer estudios comparativos en los cuales se sopesen las resocializaciones logradas con menores que lograron superar la valla delincencial en la que se encontraban inmersos frente a los “Gringashos”.

Finalmente, disminuyendo la edad del menor infractor, para que responda ante la justicia como un adulto, no acapara el total de la delincuencia. Las cifras de los países

como Francia lo demuestra, puesto que pese a reducirse la edad, la violencia juvenil no solo ha seguido creciendo, sino que también ha ido agravándose. Queda entonces la tarea de educar y reeducar, porque solo la educación logrará que ese hombre que es un lobo para el otro hombre —tal como lo definía Thomas Hobbes— evolucione y se convierta en un ser analítico que pueda darse cuenta que el delinquir, al largo plazo, le afectará a él mismo porque vive en sociedad.

### Referencias

- Alemán, A. (2007). Reseña histórica sobre la minoría de edad penal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, 27-44. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2506>
- Borrás, N. (2018). Aproximaciones generales al sistema de responsabilidad penal para adolescentes. *Revista Jurídica Piélagus*, 116-140. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/2641/3809>
- Cabrera, L. y Medina, M. (2022). Responsabilidad Penal juvenil en la Jurisdicción indígena Mokaná del Caribe Colombiano. *JUSTICIA*, 31-42. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/v27n41/0124-7441-just-27-41-31.pdf>
- Cano, R. y Casado, M. (2015). Escuela y familia. Dos pilares fundamentales para unas buenas prácticas de orientación educativa a través de las escuelas de padres. 15-28.
- Carreño, M., Abarca-Brown, G., y Radiszcz, E. (2021). Vida cotidiana y experiencias morales de un grupo de jóvenes en conflicto con la ley en Santiago, Chile. *Revista Crítica de Ciencias Sociais*, 69-90. <https://doi.org/10.4000/rccs.12420>
- Castilla, P. (2020, 13 de agosto). El Rol Del Indecopi Para El Uso Y Aplicaciones De La Firma Digital. (I. N. Intelectual], Entrevistador) Obtenido de [Https://Www.Youtube.Com/Watch?V=](https://www.youtube.com/watch?v=)
- Cesano, D. (2021). La imputabilidad penal y los aportes de las neurociencias: algunas apreciaciones a partir de la legislación argentina y del proyecto de reforma. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1-16. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=152571764&lang=es&site=ehost-live>
- Cornejo, C. (2010). *La metodología según el modelo de formación por competencias en las Facultades de Derecho*. Fondo Editorial Universidad Privada Norbert Wiener.

- Cruz, E. (2007). El concepto de menores infractores. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 335-355.
- ¿Cuántos adolescentes se encuentran detenidos en el país? (2022, 06 de septiembre). *elauditor.info*. [https://elauditor.info/actualidad/-cuantos-adolescentes-se-encuentran-detenidos-en-el-pais-\\_a63092d31bf009b9354145af9](https://elauditor.info/actualidad/-cuantos-adolescentes-se-encuentran-detenidos-en-el-pais-_a63092d31bf009b9354145af9)
- De Rosa, P. (2018). Garantía sustancial de edad mínima de responsabilidad penal juvenil. *Teoría y Praxis*, 3-12. <https://www.camjol.info/index.php/TyP/article/view/6388>
- Devoto, M. (2001). *Comercio Electrónico y Firma Digital. La Regulación del Ciberespacio y las Estrategias Globales*. La Ley.
- Estadística criminal: menos delitos en Alemania pero más protagonistas menores. (2020). DW.COM. <https://www.dw.com/es/estad%C3%ADstica-criminal-menos-delitos-en-alemania-pero-m%C3%A1s-protagonistas-menores/a-52904270>
- Gaceta Penal, R. (2013). La “Delincuencia Juvenil” en el actual estado de la criminalidad ¿Educación o reducción de la edad penal? *Gaceta Penal*, 11-12.
- Gariboldi, G. (1999). *Comercio electrónico: Conceptos y Reflexiones Básicas*. Publicaciones del Banco Interamericano de Desarrollo.
- Guzmán, S. J. (2020, 30 de julio). *LP pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/contrato-compraventa-articulo-1529-codigo-civil/>
- Hernández, F. (2015). La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal. *Medicina Legal de Costa Rica*, 83-97. [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152015000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010&lng=en&nrm=iso)
- Hoyos, C. (2013). Representaciones sociales en el adolescente sobre la norma y el delito. *Advocatus*, 161-171. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5982849>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022, abril-junio). Estadística de la Criminalidad, Seguridad Ciudadana y Violencia. Informe Técnico N. 04. [https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_estadisticas\\_de\\_la\\_criminidad\\_seguridad\\_ciudadana\\_abr-jun22.pdf](https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_estadisticas_de_la_criminidad_seguridad_ciudadana_abr-jun22.pdf)
- Las propuestas del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. (2019, 21 de febrero). *Argentina.gob.ar*. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/las-propuestas-del-sistema-de-responsabilidad-penal-juvenil>
- Liberos, E., Somalo, I., Gil, J., Garcia del Poyo, R. y Merino, J. A. (2011). *El Libro del Comercio Electrónico*. ESIC Editorial.

- Luzón, A. y Domínguez, J. (2014). El menor infractor que comete su primer delito. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 40-57. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074797>
- Martin, C. J. y Flores, E. G. (2016). LA PARTICIPACIÓN DE MADRES Y PADRES DE FAMILIA EN LA ESCUELA: UN DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO. 1-23.
- Martinez, A. (2001). *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*. Aranzandi.
- Merino, C. R. (2015, 12 de agosto). *Marketing Digital*. Blog del Máster en Marketing Directo y Digital de la UPF Barcelona School of Management: <https://marketingdigital.bsm.upf.edu/e-commerce-comercio-electronico/>
- Naciones Unidas. (2007). Observación General. N. 10. Convención sobre los Derechos del Niño. [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf)
- Naciones Unidas para la Infancia. (s. f.). ¿Conoces tus derechos? Convención sobre los Derechos del Niño. Versión resumida. <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/unicef-educa-CONVENCION-SOBRE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-version-resumida.pdf>
- Noguera, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de derecho*. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Ortega, D., Valle, H., y Alvis, O. (2022). La responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal, por la realización de delitos que no admiten amnistía o indulto dentro de la jurisdicción especial para la paz. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 8(9), 16-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8333102>
- Peña Jumpa, A., Chang Kcomt, R., Barletta, M. C. (2012). ¿Responsabilidad Penal de los menores de edad? *Derecho & Sociedad*, (39) 159-165. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13072/13684>
- Polanco, D. (2015). Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación. *Política criminal*, 10(20), 597-621. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000200006>
- Quiñonero, J.P. (2020). Aumento alarmante de la delincuencia y la criminalidad de menores en Francia. *ABC Internacional*. [https://www.abc.es/internacional/abci-aumento-alarmando-delincuencia-y-criminalidad-menores-francia-202012111811\\_noticia.html#:~:text=Varios%20j%C3%B3venes%20de%20este%20nicho,solo%20%BB%20ascendieron%20a%203.340%20casos.](https://www.abc.es/internacional/abci-aumento-alarmando-delincuencia-y-criminalidad-menores-francia-202012111811_noticia.html#:~:text=Varios%20j%C3%B3venes%20de%20este%20nicho,solo%20%BB%20ascendieron%20a%203.340%20casos.)

- Ramos, C. (2014). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Editora y Librería Jurídica GRIJLEY.
- Real Academia Española. (s. f.). Edad penal. Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/edad-penal>
- Real Academia Española. (s. f.). Inimputable. Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/inimputable>
- Roncancio, M. y Mora, O. (2018). Factores que inciden en la infracción de la ley penal por parte de los adolescentes en el municipio de Chiquinquirá. *Principia iuris*, (30), 56-78. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1669/1517>
- Seoane, E. (2005). *La nueva era del comercio: el comercio electrónico. Las TIC al servicio de la gestión empresarial*. Ideaspropias Editorial.
- Torres Vásquez, A. (2019). Capacidad jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil. *Advocatus*, (38), 121-163. <https://vlex.com.pe/vid/capacidad-juridica-nuevo-articulo-852467924>
- Torres, H. y Corrales, D. (2019). Inimputabilidad e inmadurez psicológica y su relación con los principios generales de la responsabilidad penal del adolescente infractor en Colombia. *Saber, Ciencia y Libertas*, 14(2), 46–62. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n2.5918>
- Vélez, R. (2021, 10 de diciembre). La Corte Interamericana reiteró la necesidad de reformar el régimen penal juvenil en la Argentina. *Palabras de Derecho*. <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3290/La-Corte-Interamericana-reitero-la-necesidad-de-reformar-el-regimen-penal-juvenil-en-la-Argentina>
- Zusman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista de Derecho*, 1-12. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8787/9176>

