

Depósito Legal Digital N° 2024-0886
Depósito Legal Digital N° 2016-12693

ISSN (en línea): 2664 - 3960
ISSN (impreso): 2664 - 3952



Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Noste de la Universidad Peruana"



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

Revista

quaestio iuris

Revista de investigación jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC

N° 13: Agosto – Diciembre 2024
Versión electrónica



quaestio iuris

Editada y publicada por:

© Universidad Nacional de Cajamarca

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa 1050, Pabellón 4 F, Ciudad Universitaria

Cajamarca, Perú

Teléfono: +51 976 480 408

Web: <https://www.unc.edu.pe/>

Email: jsalazars@unc.edu.pe

Revista digital disponible en: <https://revistas.unc.edu.pe/index.php/Quaestio-iuris>

Diseño y diagramación: Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional
UNC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-12693

ISSN electrónico: 2664-3960

ISSN impreso: 2664-3952

Prohibida la reproducción parcial o total sin autorización de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Equipo editorial

Editor en Jefe

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3038-9956>

Consejo Editorial

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8983-2978>

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7010-4305>

MCs. Yorcka Uliana Torres Torres

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1393-3793>

MCs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6884-2261>

Comité científico

Dra. Cyntia Raquel Rudas Murga

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima- Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7777-5646>

Mg. Bruno Alberto Novoa Campos

Academia de la Magistratura

Lima - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>

Mg. Dael Carlos Dávila Elguera

Consulado General del Perú en Londres

Londres - Inglaterra

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1731-8301>

Dra. Karla Pamela Jiménez Erazo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Morelos - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0534-801X>

Dra. Rommy Álvarez Escudero

Facultad de Derecho
Universidad de Valparaíso
Valparaíso - Chile

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>

Dra. Esmeralda Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6964-7326>

Dr. Miguel Ángel Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2779-1119>

Apoyo técnico

M.Cs. Gilmer Cayotopa Jara

Dirección de la Unidad Técnica de Biblioteca
Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0778-7224>

Índice

- 6 **Presentación**
- 9 **Protección legal y jurisprudencial de los derechos de la naturaleza**
AGUILAR CASTAÑEDA, Diana Camila
- 26 **Razonamiento probatorio a partir de máximas de la experiencia**
ROJAS RUIZ, Nilton Yaquelini
- 51 **La Carta Democrática Interamericana: un instrumento para la preservación y el fortalecimiento de la democracia**
TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel
- 68 **Los derechos sexuales y reproductivos: a propósito de la prohibición del matrimonio de adolescentes - ¿una solución al problema social o más vulneración?**
COLORADO HUAMÁN, William
- 92 **Una mirada exegética a los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación peruana**
MUÑOZ PERALTA, Hugo Miguel
- 120 **La protección laboral reforzada de la mujer en estado de gestación y en periodo de lactancia: mecanismos procesales**
CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier
- 133 **Propuestas para la constitucionalización del proceso laboral**
VALDIVIA DÍAZ, Franklin
- 157 **La concepción racionalista de valoración probatoria es la más idónea en nuestro sistema de justicia**
ALVARADO LUIS, Domingo Celestino
- 179 **La subcultura criminal**
MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio

Presentación



6

PRESENTACIÓN

quaestio iuris, Revista de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, llega a su 13 edición, como resultado del trabajo académico y la labor investigativa permanente de los docentes de la Facultad.

La motivación por la investigación y la publicación de sus resultados deben ser una labor constante en la universidad, no solo porque nos dedicamos a la formación profesional basada en los contenidos científicos y tecnológicos que los docentes impartimos, además porque la investigación legitima a la universidad como creadora y vocera del nuevo conocimiento, necesario para el desarrollo de los pueblos.

La publicación de **quaestio iuris** No.13, se realiza en un contexto de cuestionamiento político y social a la terrible inseguridad que vive el Perú. La población, con movilizaciones y protestas, exige políticas públicas eficaces contra la ola de criminalidad. Malestar que va acompañado del escaso apoyo y aprecio a los poderes públicos (ejecutivo y legislativo), lo que hace mucho más difícil que las decisiones de política criminal tengan la contundencia del caso.

Por otro lado, se proponen iniciativas que alientan con mayor frecuencia cambios constitucionales en aspectos electorales. Por ejemplo, propuesta de modificación en la forma de designación del Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, o iniciativas que pretenden negar la existencia de movimientos regionales y las modificatorias a las leyes electorales. Iniciativas que ponen en duda la transparencia y neutralidad del Congreso. En el ámbito social, la permanente conflictividad en relación a la minería ilegal y artesanal ha abierto el debate sobre la estructura de la propiedad rural y la ley de concesiones mineras. Si bien la protesta se ha suspendido, el debate seguirá.

Las discusiones jurídicas y filosóficas sobre dos temas trascendentales para el orden jurídico. Por un lado, el inicio de la protección constitucional de la naturaleza, otorgando titularidad de derechos a entes que en el pasado inmediato eran considerados como objetos de derechos. En ese enfoque se encuentran la Sentencia sobre el Río Marañón, la Sentencia sobre el zorro Run Run, entre otras. Asimismo, la reciente propuesta legal de la unión civil entre personas del mismo género, centra la reflexión y la discusión sobre el principio de igualdad, y las nuevas concepciones de las relaciones familiares.



7

Todo esto hace reforzar el análisis y la investigación y por tanto el rol que deben tener las Facultades de Derecho en ese debate elaborando soluciones jurídicas a las controversias que se están dando.

Agradecemos a todos aquellos que colaboraron y brindaron su apoyo a la edición de este número 13 de nuestra revista de investigación jurídica.

Cajamarca, Perú, diciembre 2024

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Editor en Jefe de la *quaestio iuris*.

quaestio iuris

Protección legal y jurisprudencial
de los derechos de la naturaleza

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.1>



Protección legal y jurisprudencial de los derechos de la naturaleza

The legal and jurisprudential protection of the rights of nature

AGUILAR CASTAÑEDA, Diana Camila*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27 12.24

Sumario

I. Introducción. **II.** La visión antropocéntrica de la Constitución Política del Perú respecto al medio ambiente. **III.** Cosmovisión andina, reconocimiento y protección legal del agua como sujeto de derechos al interior del Perú **IV.** En busca de tutela jurisdiccional para el Río Marañón **V.** Reconocimiento del Río Marañón como sujeto de derechos. **VI.** Conclusiones. **VII.** Lista de Referencias.

Resumen

La investigación aborda los avances legales a nivel provincial y distrital en el sur peruano, Departamento de Puno, que reconocen los derechos de la *Yaku Unu Mama*, es decir, la Madre Agua manifestada a través de ríos y sus afluentes de agua. Al igual que la atribución de personería jurídica del del Río Marañón a cargo del Juzgado de Natura I, Departamento de Loreto, y las implicancias del principio precautorio en el cuidado y la prevención del segundo río más grande de Perú.

Desde la visión occidental, el medio ambiente es considerado como fuente de consumo a la cual debemos otorgarle protección jurídica para continuar con la subsistencia de la sociedad, retribuyendo en la mejor medida posible el cuidado necesario para lograr un desarrollo sustentable.

Sin embargo, existe una marcada tendencia a nivel de la región que busca reconocer derechos a la naturaleza con la finalidad de incorporarlos en los textos constitucionales. La

* Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC), Perú. Maestra en Derecho Penal y Criminología por la Escuela de Posgrado de la UNC y con estudios doctorales en la misma Escuela. Docente de Pre Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: dcaguilar13@unc.edu.pe <https://orcid.org/0009-0001-8617-1665>



10

naturaleza como sujeto de derechos obedece a un paradigma que asume como principio fundamental el respeto de la naturaleza como ente vivo, independiente e indispensable para la vida, esta visión se caracteriza por la relevancia que adquiere la dimensión espiritual, plasmadas en las culturas ancestrales para relacionarse con su entorno natural; esto se traduce en el principio de *sumak kawsay* asimilado como el “buen vivir”, implica considerar al ser humano como un ser vivo adicional en el planeta (no como centro de este) y por ende, se debe garantizar que su convivencia con los demás elementos naturales sea de manera armónica y respetuosa.

Palabras claves: sujeto de derecho, *Yaku-Unu Mama*, ordenanza municipal, visión antropocéntrica y ecocéntrica.

Abstract

The research addresses the legal advances at the provincial and district level in southern Peru, Department of Puno, that recognize the rights of the Yaku Unu Mama, Mother Water manifested through rivers and their water tributaries. As well as the attribution of legal status to the Marañón River by the Court of Nature I, Loreto Department, and the implications of the precautionary principle in the care and prevention of the second largest River in Peru.

From the Western view, the environment is considered a source of consumption to which we must grant legal protection to continue with the subsistence of society, rewarding to the best extent possible the care necessary to achieve sustainable development.

*However, there is a marked tendency at the level of the Region to recognize rights to nature with the purpose of incorporating them in the constitutional text. Nature as a subject of rights obeys a paradigm that assumes as a fundamental principle respect for nature as a living entity, independent and indispensable for life. This vision is characterized by the relevance that the spiritual dimension acquires, inherent to cultures. ancestral respects to nature, which translates into the *sumak kawsay* principle, assimilated as the “good life”, this implies considering the human being as an additional living being on the planet (not as its center) and therefore, the coexistence, it must be guaranteed that its coexistence with other natural elements is harmonious and respectful.*

Key words: *subject of law, Yaku-Unu Mama, municipal ordinance, anthropocentric and ecocentric vision.*



11

I. Introducción

Este artículo busca contrastar la postura antropocéntrica de la naturaleza que asume la Constitución peruana, considerando y subordinando al medio ambiente como un derecho que tienen las personas para disfrutarlo y beneficiarse del mismo, considerando al ser humano como punto central y el fin último del planeta. Ello frente a la cosmovisión andina y amazónica de los pueblos originarios que viven en nuestro país, quienes contrariamente al texto constitucional, no consideran a los elementos naturales como recursos altamente explotables, sino como seres vivos, íntegramente relacionados con la esencia de la vida misma, que deberían ser reconocidos como sujetos de derechos, para protegerlos a nivel jurídico de la degradación biológica que viene contaminando directamente a las afluentes de aguas.

También se detalla la búsqueda en el reconocimiento del Río Marañón como sujeto de derecho optando por el camino de la judicatura, tomando como ejemplo el caso de Colombia, donde la Corte Constitucional del país vecino declaró como sujeto de derechos al Río Atranta, ordenando su protección preventiva y restauración inmediata.

Finalmente se analizan los aspectos más resaltantes de la sentencia recientemente emitida en marzo del 2024 en el Expediente N.10-2022-0-1901-JM-CI-01 que otorga personería jurídica al Río Marañón al considerarlo expresamente como sujeto de derechos.

II. La visión antropocéntrica de la Constitución Política del Perú respecto al medio ambiente

El Perú todavía mantiene una mirada antropocéntrica en cuanto al medio ambiente, prueba de ello es el Artículo 2, inciso 22 de la Constitución Política de 1993 que atañe como derecho de las personas: “La paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Continuando con el desarrollo constitucional, tenemos al Capítulo II que regula al Ambiente y Los Recursos Naturales.

El Artículo 66 manifiesta expresamente la noción extractivista y utilitarista de los elementos naturales que posee el Estado, al establecer que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. En consecuencia, el Artículo 67 dispone que el Estado determina



la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. Asimismo, el artículo 68 señala la obligación estatal para promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Finalmente, el Artículo 69 establece que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía. Expediente N. 03343-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, febrero).

Asumiendo así plenamente el paradigma antropocéntrico, que en palabras de Monteagudo y Huyhua (2023, p.2) esta visión se fundamenta en “el derecho moderno, que posiciona al sujeto como el centro y fin absoluto de la creación; legitima la postura clásica de reconocimiento de derechos según la cual solo el ser humano es digno de ser titular de derechos subjetivos”. Vale precisar que el fundamento de la concepción antropocéntrica encuentra sustento en la racionalidad como un atributo intrínseco del ser humano, tal como lo señala por Anaya (2014), es gracias a esta racionalidad que solamente las personas tienen la capacidad para auto fundamentarse, a diferencia de las demás formas de vida no humanas que al no poseer la facultad de raciocinio están impedidas de ostentar los mismos derechos, pues no cuentan con el mismo nivel de racionalidad que él.

De esta manera a nivel constitucional se rechaza por exclusión la posibilidad de considerar a la naturaleza como sujeto de derechos.

III. Cosmovisión andina, reconocimiento y protección legal del agua como sujeto de derechos al interior del Perú

Sin perjuicio de lo antes mencionado, a nivel interno existe una insipiente tendencia a reconocer legalmente los derechos de la naturaleza, esto se ha visto reflejado en el Proyecto de Ley N. 6957/2020-CR, presentado en enero del 2021 por el congresista Lenin Bazán representante del partido político Frente Amplio, allí se proponía un reconocimiento a nivel legislativo de los Derechos de la Madre Naturaleza, con el objetivo incrementar la protección de los recursos naturales “por tratarse de seres vivos, con valor intrínseco y un universal, que tienen derecho a existir, desarrollarse naturalmente, regenerarse y evolucionar” (SPDEA, 2021, p.1).

Pese a contar con la favorabilidad de Corte Interamericana de Derechos Humanos reflejada en la Opinión Consultiva N. 23, pues a su criterio de la Corte el proyecto relacionaba la interdependencia entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, esta iniciativa legislativa no fue aprobada por Congreso peruano.



13

Otra muestra mucho más palpable de que esta corriente poco a poco está tomando fuerza al interior del país, es la Ordenanza Municipal N.018-2019-CM. MPM/A del 23 de setiembre de 2019, emitida por el Municipalidad Provincial de Melgar, Departamento de Puno, quién se convirtió en el primer gobierno local del Perú profundo en a las fuentes de agua como titulares de derechos dignos de protección; ello tras emitir una ordenanza que otorgó personería jurídica a la Cuenca del Llallimayo en respuesta al problema de contaminación ocasionada por los relaves de minería al Río Ayaviri y la Cuenca del Llallimayo, ambas afluentes de agua proveen de agua a cuatro distritos de la Provincia de Melgar.

Del mismo modo, el 26 de diciembre de 2019 el Consejo Distrital de Orurillo, perteneciente a la Provincia de Melgar, Departamento de Puno, también promulgó la Ordenanza Municipal N.006-2019-MDO/A donde se reconoce a la Madre Agua, en quechua “*Yaku Unu Mama*” como un ser con derechos dentro de su jurisdicción, protegiendo toda fuente natural de agua que se encuentre dentro de las fronteras del mencionado distrito.

En los considerandos de esta ordenanza se evidencia la preocupación de dicho municipio por los nefastos impactos de las actividades humanas en el medio ambiente, y la insuficiente protección a nivel legal que mantiene un enfoque antropocéntrico pues se centra en garantizar el correcto aprovechamiento de los recursos naturales, como un derecho del ser humano, dejando de lado los derechos del medio ambiente como fuente de vida.

Esta última visión es acogida por el Consejo Distrital de Orurillo y va de la mano con la prerrogativa proteccionista de considerar a ciertos lugares físicos como sujetos de derecho especial para garantizar en mayor medida su preservación que la actual denominación de sitio protegido o reserva natural. Tal como sucedió en Colombia el 2016, donde se reconoció al Río Atrato como sujeto de derechos y ordenó al Estado la protección de sus cuencas y afluentes; además de delegar al gobierno la creación de una tutoría y representación legal.

En los considerandos de la referida ordenanza también se destaca el nuevo enfoque asumido por la Corte Constitucional de Colombia, enfatizando el argumento de los derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y la especie humana, generando un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en



serio, garantizando la plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos, los cuales deberán ser tutelados por sus representantes legales, quienes serían los miembros los habitantes de las comunidades por haber desarrollado desde su nacimiento una relación especial con los elementos naturales de su entorno.

La Ordenanza Municipal N.006-2019-MDO/A, de la Provincia Melgar, también destaca la cosmovisión andina presente en los pueblos originarios del Altiplano, actualmente pertenecientes a la Región Puno y su entrañable relación con el derecho consuetudinario. Sobre este primer aspecto la ordenanza hace referencia a la filosofía andina de *SUMAQ KAWSAY*, palabras quechuas referidas a la cosmovisión ancestral de la vida, traducida como BUEN VIVIR, aunque la traducción más precisa sería la vida en plenitud, esta filosofía de vida parte de la base que los humanos conforman unidad con todos los demás elementos presentes en el cosmos y completan el ciclo de renovación continua, donde no existe el afán de acumular bienes más allá de las necesarias para la subsistencia.

Por este motivo reconocen a la Madre Agua - *Yaku-Unu Mama* como un ser viviente, sujeto de derechos en todas sus formas, manantiales, puquios, riachuelos, ríos, lagunas, lagos; ello en ejercicio de su identidad étnica y cultural, reconocido en el Art. 2.19 de la Constitución, que también sirve para garantizar la convivencia e interdependencia entre el ser humano y la Madre Agua lo cual resulta ser fundamental para la vida en el planeta.

Así mismo, en la cosmovisión andina la Madre Agua - *Yaku-Unu Mama* es un ser sensible, capaz de experimentar sensaciones, he ahí la importancia de reconocer que el agua es un ser viviente, tan es así que, los pobladores creen que se manifiesta según el comportamiento de los seres humanos, por ejemplo: cuando existe un conflicto en torno al agua, el manantial puede secarse o disminuir su capacidad, así también, en tiempos de armonía la afluyente vuelve a la normalidad.

Esta concepción, presente en los pueblos indígenas del agua como ente sensible, coincide en cierto modo con los estudios del Dr. Masaru Emoto, quién en 1994, recogió muestras de un manantial de agua pura en Japón, luego de congelar unas gotas y examinarlas con un bajo un microscopio electrónico, las fotografías mostraron hermosos hexágonos cristalinos parecidos a copos de nieve.

Para contrastar esta experiencia Emoto procedió a recolectar más muestras de agua, pero esta vez de un río contaminado,



15

repitió el procedimiento de congelación y después de examinarlas comprobó que, a diferencia de la fuente de agua pura, la imagen de los cristales no era un bello hexágono sino una forma desestructurada. “Como si el agua fuera sensible al entorno donde se halla; esto lo llevó a afirmar que el agua tiene memoria, almacena información, sentimientos y conciencia, además señala que el alma del agua es amor y gratitud como así lo hace conocer a través de sus fotografías de cristales de agua” (Lucas, 2017, p.3).

Otra muestra de la arraigada noción que vincula a la Madre Agua con origen de los pueblos andinos se puede apreciar en las tradiciones orales transmitidas de generación en generación, desde tiempos ancestrales por las Comunidades Quechua y Aymara, en ellas se narra que la primera pareja Inka, Manco Capac y Mama Ocllo, nacen del Lago Titicaca y de ahí se desplazan buscando tierras para habitar, convirtiéndose el agua en un eje del mundo (Garcilaso, 1609). En el mismo sentido, la historia de los hermanos Ayar, personajes míticos andinos, quienes aparecieron al finalizar el gran diluvio aparecieron cuatro jóvenes con sus esposas, y partieron en búsqueda de mejores tierras humedecidas por el agua, para construir su sociedad, relato da la tradición oral que nuevamente nos remite a la importancia del agua (Valdelomar, 1921).

Es así que, la cosmovisión de nuestros pueblos originarios se caracteriza por un fuerte espíritu en favor de la sustentabilidad ambiental, su relación con la naturaleza es sagrada, especialmente con la tierra, el agua, el sol y el viento, que no sólo son fuente de vida; constituyen también un factor de unidad e identidad.

Los pueblos andinos poseen una cultura del agua que se manifiesta en todos los planos de la vida, siendo el eje central la subsistencia de la especie humana en la tierra, ello se puede apreciar en la limpieza de canales para garantizar la fluidez del agua hacia los cultivos, desde el ámbito religioso están los rituales para lluvia e incrementar los caudales, ensalzando la imagen de la *Pacha Mama* (Madre Tierra) como principal proveedora y de la *Yaku-Unu Mama* (Madre Agua) como fuente de vida encargada de fecundar la tierra, volviéndose inseparables por naturaleza. Por ello la sabiduría andina considera al agua no como un recurso, sino como un “ser vivo”, que también habita este mundo, y ayuda a vivir al ser humano acompañándolo desde su nacimiento hasta la muerte.

Esta concepción se mantiene firme e incólume en los pueblos originarios en los andes del sur peruano, por ello sus pobladores



16

recurren cada año a las afluentes de agua (principalmente, ríos y lagunas) para rendir tributo a la *Yacu Unu Mama* como fuente de vida. Como se muestra en una de las tantas ceremonias que se realizan anualmente, esta vez a orillas del Río de Llojllacta en el Distrito de Corani, Provincia de Carabaya, Departamento de Puno. A este ritual acudieron 300 pobladores de las comunidades aledañas, incluyendo a las principales autoridades, según la nota de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) en la ceremonia se llevaron varias ofrendas, como flores artesanías y algunos alimentos que fueron depositados en las aguas del río, la lluvia acompañó durante toda la ceremonia la cual finalizó con la danza del sacerdote andino (Altomisayoq), en señal de agradecimiento a la Madre Agua. (ANA, 2023)

Siguiendo con esta inclinación normativa, cabe mencionar que también en el Departamento de Puno, Provincia de Lampa, Distrito de Ocuvi, se aprobó la Ordenanza Municipal N.05 – 2021-MDO/A, la cual reconoce a la Yaku-Unu Mama como un ser viviente sujeto de derechos, con lo que permite garantizar su protección, conservación y regeneración frente a los fuertes impactos de actividades humanas como la contaminación minera y la pérdida de la biodiversidad. Mediante la ordenanza se declara de interés distrital el reconocimiento de derechos de la madre agua y de todos sus afluentes, incluyendo puquios, riachuelos, manantiales, ríos, lagunas, lagos; el agua en todas sus formas dentro del Distrito de Ocuvi. Tiene como finalidad: dar “permanencia y consolidar acciones de conservación de la diversidad biológica, cultural y paisajística existente, así como garantizar la funcionalidad de los servicios ambientales como una oportunidad de desarrollo local y valoración socio ambiental por parte de la ciudadanía y todos los seres vivientes”.

Entre los derechos reconocidos por dicha ordenanza, menciona el artículo 12 que: la Madre Agua es un ser vivo, por eso debe ser criada y cuidada para vivir en armonía con ella, tiene el derecho a no ser contaminada de ninguna forma, a que se implementen políticas públicas para su recuperación. Lo interesante de este articulado, es que reconoce como derecho de la madre agua, inculcar en las nuevas generaciones el cuidado del agua, lo cual debe hacerse en todos los niveles socioeducativos.

Todo lo descrito, evidencia la despreocupación del gobierno central por asumir y del Congreso por evitar el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, de cara a esta concepción antropocentrista, se encuentra la cosmovisión andina de los pueblos originarios que ha sido recogida a través de 3 ordenanzas, una provincial y dos distritales en el sur del Perú, recogiendo mediante estos instrumentos legales



la necesidad de reconocer a los ríos y todas las afluentes de agua dentro de su jurisdicción como sujetos, de tal manera que se los deje de ver como meros recursos naturales de los cuales el ser humano puede servirse indiscriminadamente.

IV. En busca de tutela jurisdiccional para el Río Marañón

Por su parte algunas comunidades de la Amazonía peruana también han buscado una estrategia para exigir el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, pero a nivel jurisdiccional, buscando la protección especialmente de los ríos que actualmente vienen siendo afectados por la explotación petrolera en las cuencas de los Ríos Pastaza, Tigres, Corrientes, Chambira y Marañón; y así poder contrarrestar los estragos de la contaminación, en la Región Loreto.

La lideresa indígena Asháninka Ketty Marcelo originaria de la comunidad nativa Pucharini, menciona que desde el 2010, el Río Perené viene siendo perjudicado mediante la contaminación de sus aguas a causa de la actividad minera y eléctrica, esto repercute directamente en la muerte de miles de peses, ausencia de alimento y de agua para las comunidades. Con tristeza se lamenta: “Es como ver agonizar a tu hermano” (Ramos, 2021).

Paralelamente en la Región de Loreto, la comunidad nativa Shapajilla que subsiste gracias al Río Marañón, también sufre de manera colateral las consecuencias de la contaminación; en una entrevista la líder Kukuma, Mari Luz Canaquiri señaló que su comunidad sufre de enfermedades, pues al no contar con agua potable, consumen agua directamente del río, su alimentación también se ha visto afectada, debido a la escasez de peces en las lagunas alimentadas por el río.

Buscando hacer frente a la degradación ambiental de los ríos que nutren y llenan de vida la Amazonía las lideresas de dichas comunidades junto a otras mujeres de su organización Huaynakana Kamatahuara Kana (mujeres trabajadoras en lengua Kukuma), acudieron a Instituto de Defensa Legal con el objetivo de asesorarse jurídicamente y buscar tutela jurisdiccional efectiva a favor del Río Marañón y sus afluentes, para ser declarados sujetos de derechos y puedan estar protegidos de los embates del petróleo. Tal como se hizo en la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-622 de 2016, mediante la cual se reconoció al Río Atrato como sujeto de derecho y le otorgó al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible su representación legal; como medida necesaria para proteger a dicho río ante la contaminación producida por la minería y otras actividades extractivas.



18

La Corte Constitucional colombiana fundamentó la referida decisión en la noción de interdependencia entre especies para concederle la categoría de sujeto de derecho a algunos elementos naturales, específicamente al río Atrato, zanjando postura de que la especie humana en este planeta solo somos, por tanto, se debe tratar de un modo respetuoso a la naturaleza y sus elementos. Además, deja de lado la visión meramente utilitarista que se tiene respecto al medio ambiente, aduciendo que: “elementos integrantes (...) pueden protegerse per sé y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana”, de manera que “la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista”. De ello se desprende su argumento central: “Actualmente la naturaleza no se concibe

únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza” (Cano, 2017).

Otro punto importante del fallo emitido por la Corte Constitucional de Colombia, es el desarrollo del principio precautorio en materia ambiental, tiene como principal finalidad proteger a las entidades naturales, evitando la consumación de daños, graves e irreversibles en la naturaleza. La barrera de protección que alcanza el principio de precaución se extiende a una etapa anterior incluso a la amenaza, considerada como de riesgo o peligro de daño, aun cuando no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia (fundamentos 7.33 al 7.41).

V. Reconocimiento del Río Marañón como sujeto de derechos, según la sentencia

En nuestro país, el reconocimiento del Río Marañón como sujeto de derecho fue producto de la acción de amparo planteada el 2021 por la Sra. Mariluz Canaquiri Murayari, presidenta de la Federación *Huaynakana Kamatahuara Kana*, miembro del pueblo indígena Kukama, ante el Juzgado de Nauta I perteneciente a la Corte Superior de Justicia de Loreto, a raíz de este pedido se emitió sentencia contenida en la Resolución N. 14 donde se reconoce al Río Marañón como sujeto de derechos.

La sentencia trae a colación la Opinión Consultiva de la CIDH solicitada por la República de Colombia, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, allí la Corte marca una tendencia progresista para dotar de personería jurídica y en consecuencia reconocer expresamente los derechos de la naturaleza a nivel



19

jurisprudencial y también en los documentos constitucionales, desde una perspectiva autónoma.

La Corte establece que el derecho al medio ambiente sano, “implica proteger a sus componentes tales como, bosques, ríos, mares y otros, con intereses jurídicos en sí mismos”. No solamente por la utilidad y aprovechamiento que el ser humano ejerce sobre ellos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”.

La sentencia del Juzgado Mixto de Natura I, también se basa en el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), “uno de los instrumentos ambientales internacionales, legalmente vinculantes, abiertos para la firma de la comunidad internacional en la Cumbre de Río, el 5 de junio de 1992” (Ipenza, 2010, p.14). Fue adoptado por 196 países, entre ellos se encuentra el Perú quien forma parte del CDB desde 1993 (ratificado mediante Resolución Legislativa N. 261181) cuyo objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible. En la reunión número 15 la CDB, adoptó la decisión CBD/COP/DEC/15/4 referente al nuevo Marco Mundial de Biodiversidad de Kunming – Monterreal, en él un vocabulario innovador en cuanto los derechos de la Madre Tierra o de la naturaleza, además pretende integrarlos como valores en la toma de decisiones con el objetivo de proteger y mejorar el medio ambiente y su biodiversidad.

A parte del soporte normativo y el control de convencionalidad, el fallo del Juzgado de Natura I, toma como punto de partida la gran diversidad acuática y terrestre que posee el Río Marañón, y la dependencia de los pueblos indígenas y la población mestiza ubicados en sus riberas, quienes se abastecen de sus aguas con la pesca y subsisten de esta fuente de agua dulce para su consumo y también para sus cultivos. Rescatando el deber de pronunciarse para evitar la contaminación de sus aguas y afluentes, por el impacto que generaría en el ecosistema y su trascendencia para las generaciones futuras.

Destaca la obligación del Estado en la toma de decisiones, acciones y políticas públicas para determinar la protección y conservación del Río Marañón y sus afluencias, al ser fuente principal de supervivencia de la población nativa y mestiza. Razón por la cual decide tutelar el derecho del Río Marañón y sus afluencias como titular de derechos, bajo este razonamiento materializa el deber del Estado de proteger legalmente el medio ambiente, por su trascendencia en los derechos fundamentales de todo ser humano y de las futuras generaciones.



20

En cuanto la relación de los pueblos originarios con la naturaleza, la sentencia cumple con la tarea del Estado de garantizar a estos pueblos originarios el respeto y la conservación de sus costumbres, valores, perspectivas, costumbres y cultura, destacando la fuerte relación espiritual entre sus habitantes y su territorio ancestral:

Las tierras y los recursos del pueblo Kukama forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual en este territorio, el pueblo Kurama realiza para su subsistencia la caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, los ríos significan una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de sus miembros, de allí se desprende el valor sagrado que posee el río Marañón para ellos. (Exp. 10- 2022-0-1901-JM-CI-01, p.25)

En consecuencia, el órgano jurisdiccional en el precitado Expediente (p.28) reconoce expresamente el valor intrínseco del Río Marañón y le atribuye los siguientes derechos:

- De fluir, para garantizar un ecosistema saludable.
- Derecho a brindar un ecosistema sano.
- Derecho fluir libremente de toda contaminación.
- Derecho a alimentar y ser alimentado por sus afluentes.
- Derecho a la biodiversidad nativa.
- Derecho a que se le restaure.
- Derecho a la regeneración de sus ciclos naturales.
- Derecho a la conservación de su estructura y funciones ecológicas.
- Derecho a la protección, preservación y recuperación.
- Derecho que se encuentre representada.

La sentencia también se preocupa por prevenir futuros daños en el Río Marañón, por ello, aborda lo concerniente al principio precautorio tomando como referencia primaria la Opinión Consultiva OC-23/17 de la CIDH: “Cuando haya peligro de



21

daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.

Complementa el desarrollo del mencionado principio con la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, el artículo VII de esta norma prevé la aplicación del principio precautorio: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.

Sobre ello, el Juzgado de Natura en el Expediente N. 10-2022-0-1901-JM-CI-01, sintetiza como criterio adicional, algunos elementos que conforman al principio precautorio, al cual se le pueden reconocer algunos elementos, entre ellos:

- a) La existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño.
- b) La existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa efecto entre estas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión.
- c) La necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc.

Todo ello sumado a la característica de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.

Para garantizar lo antes mencionado y atendiendo a las pretensiones planteadas en la demanda el Juzgado de Natura, ordena al Gobierno Regional de Loreto realizar las gestiones para establecer los lineamientos para la creación de los Consejos de Cuencas de Recursos Hídricos del Rio Marañón y sus afluentes siendo de su competencia, asimismo, promover el compromiso y la participación de las instituciones incluyendo la participación de las organizaciones indígenas de Loreto, con capacidad de decisión.



La emisión de esta sentencia definitivamente constituye un precedente a nivel nacional sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. En el caso en concreto, dotar de personería jurídica al Río Marañón es un gran avance a nivel jurisprudencial, el hecho de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos desde una perspectiva autónoma y no necesariamente por los beneficios que implica su aprovechamiento para el ser humano, significa efectivizar la trascendencia de la cosmoconciencia que tienen los pueblos originarios con la naturaleza, dejando de lado el paradigma antropocéntrico construido desde una mirada occidental, extractivista y utilitarista que en muchos casos contribuye con la degradación del medio ambiente, terminando por afectar directa o indirectamente a la humanidad.

VI. Conclusiones

– La naturaleza como sujeto de derechos se ha visto exceptuado constitucionalmente, toda vez que la carta política de 1993 no lo recoge como tal, sin embargo, a nivel legal existen ordenanzas municipales que si lo reconocen y protegen; se resalta que, ante la falta de integración cultural en la Constitución Política, puede posibilitar en los pueblos andinos la falta de respaldo por parte del Estado en eventuales conflictos entre la naturaleza y el hombre.

– La diversidad cultural y la cosmovisión que se presenta en las regiones andinas del Perú, tiene como propósito trascender en instrumentos legales recojan la concepción de interdependencia entre la naturaleza y el ser humano, pues representa la renovación y perpetuidad de la vida, sino que se otorgue una protección aún mayor a los elementos de la naturaleza, principalmente a los ríos que sufren directamente los estragos contaminantes de actividades extractivas.

– Las brechas de protección y reconocimiento legal tanto a nivel nacional, conllevan a la necesidad de integrar la cosmovisión andina de los pueblos originarios en instrumentos legales como ordenanzas municipales que reconocen a la Madre Agua como sujeto de derechos y protección dentro de su jurisdicción, tal es el caso del Distrito de Ocuwiri, Orurillo y la Provincia de Melgar en el Departamento de Puno.

– En la Amazonía peruana miembros del pueblo originario Kukama, perteneciente a la Comunidad Nativa de Shapajilla, emprendieron una lucha legal desde el 2021 para tutelar al Río Marañón y sus afluentes de agua, por ser su principal fuente de subsistencia lo que lo convierte un lugar sagrado para ellos.



– En abril del 2024, el Juzgado Mixto de Natura en el Expediente N° 10-2022-0-1901- JM-CI- reconoció al Río Marañón y sus afluentes como sujeto de derechos: entre ellos destaca el derecho a fluir libremente de toda contaminación, el derecho a ser restaurado, la conservación de su estructura y funciones ecológicas, a la protección, preservación y recuperación y su derecho a la representación.

VII. Lista de Referencias

ANA. (24 de marzo de 2023). Autoridad Nacional del Agua. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/ana/noticias/734248-ana-en-puno-300-pobladores-protagonizan-ceremonia-de-pago-al-agua-desde-el-bosque-de-rocas-de-jaywulla>

Cano, F. (2017). Garantías constitucionales del río Atrato como sujeto de derecho en Colombia. *Derechos y medios de protección*. *Vis Iuris*, 99-111.

De Martín, L. (11 de noviembre de 2017). Agua. Recuperado de <https://www.iagua.es/blogs/humilde-martin-lucas/memoria-y-consciencia-agua-nuestro-organismo>.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

Peralta, C. (2010). *El Convenio sobre la diversidad biológica en el Perú*. Lima: Súper Gráfica E.I.R.L.

Perurail. (28 de setiembre de 2017). Obtenido de Perurail: <https://www.perurail.com/es/blog/los-hermanos-ayar-leyenda-magica-que-le-da-vida-a-la-historia-cusquena/>

Ramos, M. (21 de agosto de 2021). Landescape. Recuperado de <https://news.globallandscapesforum.org/es/54046/el-cauce-indigena-que-impulsa-el-reconocimiento-de-los-derechos-de-la-naturaleza-en-peru/>

Rodríguez, K. (22 de septiembre de 2022). Radio Programas del Perú. Recuperado de RPP: <https://rpp.pe/peru/loreto/loreto-seis-comunidades-nativas-denuncian-que-su-principal-fuente-de-agua-ha-sido-contaminada-por-derrame-de-petroleo-noticia-1432841>

SPDA. (3 de mayo de 2021). Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Recuperado de <https://www.actualidadambiental.pe/presentan-proyecto-de-ley-que-reconoce-derechos-de-la-madre-naturaleza/>



Valdelomar, A. (1921). Los Hermanos Ayar. En Los Hijos del Sol (págs. 05-11). Lima: Euforión.

Vega, I. G. (1609). Comentarios Reales. Lisboa: Pedro Crasbeeck.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016, reconoce al río Atrato como sujeto de derechos. Recuperado el 12 de junio del 2024 de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Sentencia consultada

Sentencia recaída en el Expediente N°10-2022-0-1901-JM-CI-01 (Juzgado Mixto-Nauta I, Loreto). 19 de marzo del 2024. Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/03/Expediente-00010-2022-0-1901-LPDerecho.pdf>

quaestio iuris

Razonamiento probatorio a partir
de máximas de la experiencia

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.2>



Razonamiento probatorio a partir de máximas de la experiencia

Evidential reasoning from maxims of experience

ROJAS RUIZ, Nilton Yaquelini*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 25.11.24

Publicado el 27.12.24

Sumario

I. Introducción. II. Problemática. III. Razonamiento probatorio. IV. Estructura lógica del razonamiento probatorio. V. Máximas de la experiencia. VI. Clasificación de las máximas de la experiencia. VII. Razonamiento probatorio con máximas de la experiencia. VIII. Conclusiones. IX. Lista de Referencias.

Resumen

La investigación se interesa en presentar la presentar los problemas de los razonamientos probatorios con máximas de la experiencia.

Se considera que las máximas de la experiencia son juicios o proposiciones, empíricas, condicionales o hipotéticas, y generales que pueden ser empleadas en razonamientos probatorios formales e informales. No obstante, debido a las que son empíricas y generales, las máximas de la experiencia resultan ser problemáticas al momento de aplicarlas a casos concretos; pues, no se puede construir razonamientos probatorios con cualquier máxima de la experiencia, ya que se requiere una correcta justificación interna y externa para que el razonamiento probatorio sea correcto y verdadero, o cuando menos se aproxime a la realidad.

Palabras claves: razonamiento probatorio, máximas de la experiencia, justificación interna y externa.

Abstract

The research is interested in presenting the problems of evidentiary reasoning with maxims of experience.



The maxims of experience are considered to be judgments or propositions, empirical, conditional or hypothetical, and general that can be used in formal and informal evidentiary reasoning. However, because they are empirical and general, the maxims of experience turn out to be problematic when applying them to specific cases; Therefore, evidentiary reasoning cannot be constructed with any maxim of experience, since a correct internal and external justification is required for the evidentiary reasoning to be correct and true, or at least close to reality.

Key words: *evidentiary reasoning, maxims of experience, internal and external justification.*

I. Introducción

Según Gascón, M. y García, A. (2016) en un proceso hay son problemas de interpretación o de prueba. Claro que ello es una clasificación muy genérica de los problemas que enfrentan los operadores del derecho en un litigio. Atienza (2016) amplía el catálogo problemas: de interpretación, procesales, de aplicabilidad, de validez, de discrecionalidad, de ponderación, de prueba, y de calificación. Esta investigación está relacionada con los problemas de prueba; aquellas dificultades que deben enfrentar los operadores del derecho para arribar a la premisa menor del silogismo judicial. Consideramos que la problemática de la presente investigación se presenta en la justificación interna y externa de máximas de la experiencia en los razonamientos probatorios de un litigio.

Para ello hemos creído conveniente abordar los siguientes temas. Primero, partimos de una contextualización bastante genérica de la problemática del razonamiento jurisdiccional con máximas de la experiencia; esto es, en el ámbito fáctico, normativo y axiológico; las tres dimensiones son necesarias para abordar un problema en el Derecho, no obstante, profundizaremos en la problemática a nivel fáctico mediante la recopilación de sentencias en las que se utilizó dicha categoría. En segundo lugar, definidos lo que se debe entender por razonamiento probatorio. En tercer lugar, abordamos la estructura lógica del razonamiento probatorio, explicando de los tipos de razonamiento probatorio que se pueden elaborar con herramientas de la lógica formal o informal. En cuarto lugar, definimos las máximas de la experiencia a partir de sus características. En quinto lugar, realizamos una clasificación de las máximas de la experiencia según la propuesta de Taruffo. En sexto lugar, a partir de un ejemplo proponemos la reconstrucción del razonamiento probatorio con máximas de la



experiencia para evidenciar la justificación interna y externa de dicho razonamiento. Finalmente se presenta las conclusiones.

II. Problemática

Creemos que los problemas del razonamiento probatorio con las máximas de la experiencia se presentan en el ámbito fáctico, normativo, y axiológico.

En el ámbito fáctico se evidencia que, en nuestra realidad peruana, en variedad de sentencias se han utilizado razonamientos probatorios con máximas de la experiencia, muchas de las cuales han sido cuestionadas, por ejemplo: uno no comete delitos contra el patrimonio con vehículos de su propiedad; los hombres engañados por sus parejas matan u ordenan la muerte del supuesto amante; los actos violentos en las relaciones convivenciales tóxicas ocurren generalmente en ausencia de testigos presenciales, etc. (LP Pasión por el Derecho (2022)

En el ámbito normativo, las máximas de la experiencia presentan problemas de interpretación por indeterminación. En el Código Procesal Penal tenemos los siguientes artículos que regulan el tema objeto de estudio: artículo 156 numeral 2; artículo 158 numeral 1, numeral 3 literal b); artículo 172 numeral 1; artículo 393 numeral 2. También el artículo 281 de Código Procesal Civil. Estos artículos regulan a las máximas de la experiencia como verdades evidentes o notorias que no necesitan probarse, al cual debe recurrir el juez para valorar la prueba, y en específico en la prueba por indicios; además se puede utilizar la pericia como un soporte cuando la comprensión de algún hecho se requiera de la experiencia calificada.

En un caso difícil, en la premisa fáctica se busca alcanzar el metavalorverdad, o cuando menos una aproximación a la verdad. Ello también con la ayuda de las máximas de la experiencia. Y es que en materia procesal civil se busca en alcanzar certeza en el juez respecto de los hechos controvertidos¹; en tanto que, en múltiples normas del Código Procesal Penal se establece que se busca la averiguación de la verdad.

Debido a la brevedad de este trabajo solo sistematizaremos algunas definiciones conceptuales ya establecidas en torno al razonamiento probatorio y máximas de la experiencia;

¹Artículo 188 del Código Procesal Civil se prescribe cuál es la finalidad de la prueba:

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.



para luego, a partir de un ejemplo reconstruir la justificación interna y externa del razonamiento probatorio con máximas de la experiencia, ello, para mejorar la práctica jurisdiccional. Lo que pretendemos es que las decisiones no se tomen desde un contexto justificación y no de descubrimiento.

III. Razonamiento probatorio

Debemos definir primero qué es un razonamiento y señalar los elementos que lo componen; luego definir que es la prueba, para finalmente sintetizar la definición de razonamiento probatorio.

Un razonamiento, o argumento en palabras de González (2012), es un conjunto de enunciados que expresan razones, las cuales apoyan una determinada tesis. La estructura de los argumentos o razonamientos está conformada por tres elementos: las premisas, la conclusión, y la relación de inferencia. Las premisas son enunciados que expresan razones; la conclusión es el enunciado que expresa aquello que se sostiene; la atinencia es una relación entre las premisas y la conclusión. Es necesario señalar que la relación de inferencia es difícil de precisar, de allí que se pueda usar para distinguir entre razonamientos formales y no formales. Lo importante es que la conclusión debe seguirse o ser pertinente respecto de las premisas. Por otro lado, el razonamiento puede ser teórico o práctico. Es teórico si la conclusión deriva de razones o enunciados descriptivos (estos pueden ser una creencia acerca de cómo es el mundo; por tanto, pueden ser verdaderos o falsos. En tanto, es práctico si la conclusión deriva al menos de un enunciado directivo (esto es de opiniones acerca de qué debe hacerse o qué es bueno; por tanto, estos enunciados expresan un juicio de valor o una norma, y por ende no pueden ser calificados como verdaderos o falsos).

Respecto de la prueba Gascón, M. y García, A. (2016) señala que la concepción de la prueba que se adopte se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico, de tal manera que se han desarrollado dos concepciones de prueba: la cognoscitivista y la persuasiva. La concepción cognoscitivista de la prueba u objetivismo crítico, entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, esta concepción es crítica porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. En ella se adopta una epistemología que sostiene que existen hechos independientes que podemos conocer, no obstante, se es consciente que el conocimiento alcanzado será siempre imperfecto, relativo o probable. Por otro lado, la concepción



persuasiva de la prueba asume epistemología constructivista, que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, y no de un mundo independiente del sujeto; en este sentido, no cabe hablar de un conocimiento objetivo. En nuestro sistema procesal, las normas procesales prescriben que se busca la averiguación de la verdad; por tanto, la concepción que se adopta es cognoscitivista, mas no la persuasiva.

Podemos sintetizar que el razonamiento probatorio es carácter teórico, pues, lo que se busca es la averiguación de la verdad. Compartiendo la opinión de Gonzáles (2022) un argumento, razonamiento o inferencia es un conjunto de enunciados (las premisas) que expresan razones en apoyo de una determinada pretensión (conclusión). Por lo que, en un argumento o razonamiento probatorio, las premisas son los elementos de juicio que tomamos como pruebas, y la conclusión es la hipótesis fáctica que tratamos de justificar.

IV. Estructura lógica del razonamiento probatorio

Ahora bien, como señala Haack (1982)“una de las preocupaciones centrales de la lógica consiste en discriminar los argumentos válidos de los no válido” (p. 21). La lógica nos ayuda a estructurar el pensamiento — formado por conceptos, juicios y razonamientos—, en concreto los razonamientos.

Desde Aristóteles hasta nuestros tiempos, la lógica ha evolucionado; tal es el caso que ahora se habla de que existen sistemas lógicos. Podemos clasificarlos en dos categorías muy generales. González (2012) la clasifica en lógica formal (conocido también como clásica, aristotélica, proposicional, de primer orden) y la lógica informal o no formal.

Lo anterior nos ayuda a comprender que el razonamiento probatorio puede ser estructurado mediante la lógica formal o también la lógica informal o no formal. De tal manera que, si el razonamiento probatorio es deductivo, el razonamiento será formal². Este contará con premisa mayor y menor, la relación de inferencia formal, y la conclusión (aunque con frecuencia en práctica jurisdiccional el razonamiento se presenta como razonamientos entimemáticos, esto es, algunos de los

²La conexión entre premisas y conclusión en un razonamiento deductivo se realiza mediante reglas formales de inferencia (fórmulas como el modus ponendo ponens o el modus tollendo tollens, etc.)

Ejemplo de razonamiento de deductivo:

Todos los hombres son mortales. (Regla)

Sócrates es hombre. (Caso)

Sócrates es mortal. (Resultado)



31

elementos no se expresan, ya sea las premisas o la conclusión está implícito. Ello también puede representar un problema de motivación suficiente).

Por el contrario, si el razonamiento probatorio es informal no puede ser estructurado mediante un razonamiento deductivo; lo más adecuado es estructurarlo mediante un razonamiento inductivo (este puede ser su vez, una inducción ampliativa³, una inducción probabilística⁴, o una abducción⁵). En dichos razonamientos no formales no se utilizan reglas formales de inferencia, simplemente las premisas deben ser atinentes para arribar a la conclusión, pero, aun siendo verdaderas las premisas, la conclusión es probable.

Además, debemos considerar que Toulmin (2003) plantea un modelo de razonamiento informal, que está compuesto por los siguientes elementos: pretensión, razones, garantía y respaldo. Si comparamos con los elementos de un razonamiento deductivo, la pretensión no es otra cosa que la conclusión, las razones es la premisa menor, el respaldo es la premisa mayor, lo novedoso quizá es la garantía. Para dicho filósofo las garantías que aceptamos están implícitas en los pasos concretos de los

³En la inducción ampliativa se extrae una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. La conclusión puede expresar una ley o regularidad estrictamente universal, sin excepciones; o una ley probabilística (probabilidad causal), que admite excepciones. (González, 2012).

Ejemplo:

X, Y, y Z son adultos (caso)

X, Y y Z cuando salen a la calle llevan su celular y dinero consigo (resultado)

“Todas”, “la mayoría de personas”, “algunas”, “aquel grupo de° personas adultas probablemente cuando salen a la calle llevan su celular y dinero consigo (regla)

Nota: el cuantificador (“todas”, “la mayoría de personas”, “algunas”, “aquel grupo de°) dependerá de la cantidad de casos observados.

⁴La aducción probabilística es parecida a la deducción, solo que en la premisa mayor no se utiliza una ley universal, sino una ley probabilística. Entonces, si partimos de una ley probabilísticas, al subsumir el caso en ellas no obtenemos un resultado cuya verdad esté garantizada por las premisas, sino meramente probable. (González, 2012).

Ejemplo:

si x es una persona adulta, probablemente cuando salen a la calle llevan su celular y dinero consigo (regla probabilística)

x es una persona adulta (caso)

x probablemente cuando sale a la calle llevan su celular y dinero consigo. (resultado)

⁵La abducción consiste en inferir el caso a partir de la regla y el resultado. En la abducción razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla —universal o probabilística— que suponemos correcta. La abducción al ser un razonamiento no formal conclusión no es necesariamente verdadera —ni siquiera cuando la regla es universal—, sino solo una “solidez” que puede ser mayor o menor. (González, D., 2022)

Ejemplo:

X, Y y Z. cuando salen a la calle llevan su celular y dinero consigo (Resultado)

“Todas”, “algunas” personas adultas probablemente cuando salen a la calle llevan su celular y dinero consigo. (Regla)

X, Y y Z son personas adultas. (Caso)



datos a las afirmaciones, que estamos dispuestos a dar y a admitir. La define como una moraleja o consecuencia general de carácter práctico sobre la manera en que se puede argumentar con seguridad a la vista de esos hechos; también, como una suposición implícita o explícita que conecta las razones con la pretensión en un argumento. Por su parte, Atienza (2005) establece que “la naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza, etc.” (p. 85)

Por tanto, para el razonamiento probatorio con máximas de la experiencia también se puede utilizar el modelo de Toulmin, ya que, precisamente la garantía puede ser una máxima de la experiencia.

En resumen, la estructura del razonamiento probatorio puede ser formal o no formal. La principal diferencia radica en que, en el razonamiento formal —por el principio de deducibilidad, si partimos de premisas que son verdades— la conclusión es necesariamente verdadera. En tanto que, en los razonamientos no formales, incluido el modelo de Toulmin, aun siendo verdaderas las premisas la conclusión es probable.

V. Máximas de la experiencia

Ahora bien, definamos a las máximas de la experiencia. Se puede conceptualizar como:

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos casos (Stein, 1999, como se cita en Beltrán, 2022, p. 224).

Debemos analizar a las máximas de la experiencia a partir de sus características; esto son: es un juicio o mejor proposición, empírico, condicional o hipotético, y general.

Veamos cada una de estas características. En primer lugar, se establece que es un juicio lógico. Según la RAE (2023) en la filosofía un juicio es la “relación lógica entre dos o más conceptos”. Es decir, mediante esta relación lógica de conceptos se forma una proposición. Una proposición expresa “un juicio entre dos términos, sujeto y predicado, que afirma o niega este de aquel, o incluye o excluye el primero



33

respecto del segundo” (Real Academia Española, 2023). Por ejemplo, las personas adultas tienen celulares; en dicha proposición “personas adultas” es el sujeto, y “tienen celulares” es el predicado. Creo que lo más conveniente, al referirnos a esta primera característica, es precisar que se tratan de proposiciones, ya que la clasificación de juicios es compleja, pues, podemos tener juicios teóricos o descriptivos, también prácticos o prescriptivos; y en la clasificación de Kant (2007) juicios analíticos⁶, sintéticos a priori⁷ y posteriori⁸.

En segundo lugar, hemos referido que estas proposiciones son empíricas o enunciados descriptivos; por tanto, pueden ser verdaderos o falsos, dependiendo de la correspondencia con la realidad que fue percibida por los sentidos. Compartimos la opinión de Limardo (2021) cuando afirma que “aun cuando a priori pueda afirmarse que una generalización tiene su origen en un conocimiento científico afianzado, o en el «sentido común», o bien que proviene de la experiencia profesional o personal del juez, será necesario detenerse a evaluar su apoyo empírico” (pág. 138). Por ejemplo, los hombres son mortales es una proposición empírica, que es verdadera evidentemente, pero también se puede contrastar de forma empírica.

Tercero, las máximas de la experiencia son juicios hipotéticos o proposiciones condicionales. Esto es, si recurrimos a la lógica proposicional podemos remplazar el lenguaje natural por símbolos (variables y conectivas lógicas): La importancia de realizar este ejercicio es que podemos ser conscientes del tipo de relación entre las categorías del pensamiento (conceptos, juicios y razonamientos). De tal forma que la proposición o un juicio “los hombres son mortales”, se reduce un esquema simple que constaría de dos elementos: variables (representadas

⁶Los juicios analíticos son aquellos en los que el predicado está contenido en el concepto del sujeto. Estos no añaden información nueva, sino que simplemente aclaran o explican lo que ya está implicado en el sujeto. Dichos juicios son verdaderos por definición y son independientes de la experiencia. Por ejemplo, el juicio “Todos los solteros son hombres no casados” es analítico, ya que la idea de “soltero” ya contiene la idea de “no casado”.

⁷Los juicios sintéticos a priori son aquellos en los que el predicado agrega información nueva al concepto del sujeto, por lo tanto, amplían nuestro conocimiento, no obstante, son necesarios y se conocen independientemente de la experiencia. Por ejemplo, en el juicio “la coautoría implica que se debe coordinar”, amplía nuestro conocimiento, es necesario y no se necesita de la experiencia que hay verdad en su definición. De allí que se pueda sostener, a priori, que la codelinuencia exige un mínimo lazo comunicativo y de coordinación.

⁸Los juicios sintéticos a posteriori son aquellos en los que el predicado agrega información nueva al concepto del sujeto, por lo tanto, amplían nuestro conocimiento, pero requieren la experiencia para ser verificados. Estos juicios son fundamentales para el conocimiento empírico. Por ejemplo, el juicio “ todos los hombres engañados por sus parejas matan al supuesto amante “ es sintético a posteriori, necesitamos observar la realidad para confirmarlo, si no hay correspondencia con la realidad el juicio será falso.



por las letras p, q, etc.) y la relación está representada por conectivas lógicas (como la condicional, la cual puede ser necesaria, suficiente o bicondicional). Entonces, el juicio “los hombres son mortales” puede representarse mediante esta proposición condicional si $p \rightarrow q$ (donde “p” reemplaza al sujeto “hombres” y “q” reemplaza al predicado “mortales”). En esta relación lógica “p” es el antecedente y “q” el consecuente, de tal forma que si se da el antecedente entonces es suficiente para darse el consecuente.

Finalmente, la última característica, y quizá la más problemática, es la generalidad, pues, resulta que algunos juicios o proposiciones son más generales que otros. A continuación, veremos la clasificación de las máximas de la experiencia en función de la generalidad.

VI. Clasificación de las máximas de la experiencia

Según Taruffo (citado por Muffato, 2021) las máximas de experiencia se pueden clasificar en las siguientes generalizaciones:

1) Leyes científicas de carácter universal, las cuales son aplicables sin excepciones. Se presentan vulgarizadas en generalizaciones válidas y caben dentro la clase de las reglas de la sana crítica en sentido amplio. Creemos que estos conocimientos provienen de juicios analíticos y sintéticos *a priori*. Podemos establecer algunos ejemplos: todos los triángulos tienen tres lados, todas las madres son mujeres, el sol sale por el este (la característica de estos ejemplos es que son juicios analíticos); o también podemos colocar otros ejemplos: todos los hombres son mortales, la línea recta es la distancia más corta entre dos puntos (la característica de estos ejemplos es que son juicios sintéticos *a priori*). La universalidad y necesidad son evidentes en estos tipos de juicios analíticos y sintéticos *a priori*.

2) Cuasi-generalizaciones generalizaciones casi-universales, es decir, son generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada probabilidad estadística. Se sostiene, por ejemplo, según la ley de la expansión térmica, la mayoría de los materiales tienden a expandirse cuando se calientan y a contraerse cuando se enfrían; esto se debe al aumento o disminución en la energía cinética de las partículas que componen el material, lo que provoca un cambio en su volumen (Serway, R., Jewett, J., 2008). La ley de la expansión térmica permite entender fenómenos como:



35

una botella llena de agua y tapada se revienta al calentarse; se puede aflojar la tapa metálica de un frasco vertiendo agua caliente; o nos permite comprender que, al colocar un piso de madera con brea se debe dejar espacios, en el límite de la pared, para la dilatación. Estos últimos ejemplos pueden traducirse como máximas de la experiencia debido a su repetición constante.

3) Generalizaciones incompletas no espurias las cuales no se aproximan a la universalidad, sino que expresan prevalencias estadísticas o tendencias en el acontecimiento de eventos dentro cierto ámbito de hipótesis. Por ejemplo: los padres aman (suelen amar) a sus hijos; si una mujer no mestura es porque está embarazada; más horas de estudio conducen a mejores resultados académicos. Los ejemplos son máximas de la experiencia basadas generalizaciones incompletas, ya que se debe tener en cuenta que hay una serie factores que pueden influir para obtener otro resultado.

4) Generalizaciones incompletas espurias, no universales, con un grado de probabilidad estadística bajo o ni siquiera cuantificable, pero a menudo presentadas como “juicios de normalidad”. Por ejemplo, los sujetos que se contradicen mienten (suelen mentir); los perros pitbull son agresivos; o como señala Cook, R., Cusack, S. (2009) se suele sostener que es normal que los padres “entreguen” a sus hijas el día de su matrimonio. Lo último esto es un estereotipo de propiedad, pues, se trata a las mujeres como propiedad bajo el control de los hombres.

5) Generalizaciones radicalmente espurias, sin una seria base cognoscitiva empírica, a menudo infundadas, indebidas o falsas, que representan, prejuicios y estereotipos consolidados en alguna medida en el sentido común, pero ajenos a cualquier conocimiento efectivo. Por ejemplo: “los niños cuidados por padres homosexuales tienen una mayor propensión a la homosexualidad”, “las mujeres deben vestirse de forma recatada”.

Como indicamos, la generalización es quizá la característica más problemática de las máximas de la experiencia. Limardo (2021) propone algunas pautas para utilizar las generalizaciones, que se pueden resumir en los siguientes criterios:

Primero, una generalización para ser epistémicamente útil debiera poseer apoyo empírico sólido. Sin embargo, la solidez es una cuestión gradual. Por lo que, una generalización será más sólida que otra cuando: a) la actividad epistémica de



36

recolección de información haya abarcado una mayor cantidad de integrantes de la clase y; b) la presencia de la característica y asociada a esos individuos se encuentre presente en un mayor número de casos.

Segundo, en la selección de la generalización se debe tener en cuenta que, una generalización válida desplazará a otra en competencia cuando haga más probable que su contrincante una mejor aproximación a la realidad, esto es, cuando su solidez sea mayor.

Tercero, las generalizaciones relevantes pueden ser desplazadas cuando existan razones fuertes para sospechar que su utilización nos llevará a conclusiones moralmente inadecuadas. Por ejemplo, las prácticas discriminatorias que nos llevarían a resultados moralmente inadecuados.

Cuarto, los razonamientos probatorios con máximas de la experiencia no pueden ser entimemáticos. Esto es, las generalizaciones que emplean las partes y el juez deben ser explicitadas en la mayor medida posible; en particular, cuando: a) ha existido contradicción entre las partes, directa o indirectamente, sobre algunas de ellas, y; b) cuando un decisor sobre los hechos epistémicamente responsable estime que las generalizaciones involucradas poseen una importancia particular.

Quinto, las generalizaciones pueden ser objeto de actividad probatoria para demostrar su validez. Pero también pueden existir casos en los que pueda argumentarse y sostenerse que una generalización cuyo fundamento se desconoce sea aceptada como válida; ello siempre y cuando no sea confrontada por otra generalización válida, y no se acredite su falta de apoyo empírico.

Sexto, las generalizaciones deben ser controladas: a) en la medida en que sea materia de agravio por las partes recurrentes o b) que un juez de revisión epistémicamente responsable estime que las generalizaciones involucradas poseen una importancia particular, y c) los entimemas probatorios deben ser completados apelando al principio de caridad, a menos que, esto pueda resultar contrario a los principios de la carga de la prueba o a otros principios fundamentales.

Como se puede advertir la aplicación de las máximas de la experiencia resulta muy problemático. Pero queda claro que bajo ninguna circunstancia “se pueden utilizar máximas de



la experiencia que se refieren a generalizaciones espurias” (Taruffo, 2020, p. 261, citado por Muffato, 2021, p. 33).

Finalmente debemos señalar que no se puede utilizar: una máxima falseada aun en un solo caso; máximas ad hoc; y hay que preferir las máximas precisas a las indeterminadas (Limardo, 2021, citado por Muffato, 2021).

VII. Razonamiento probatorio con máximas de la experiencia

Ahora bien, en la problemática, a nivel factico, planteamos que en el sistema jurisdiccional peruano se viene utilizando la categoría de máximas de la experiencia para razonar en el ámbito probatorio; no obstante, del análisis de las sentencias en las que se emplean no se evidencia una correcta justificación interna ni externa. Máximas de la experiencia, sin una mayor justificación, se han empleado como las siguientes⁹:

Generalizaciones radicalmente espurias (prejuicios, estereotipos, sesgos, complejos):

1) Que la agraviada haya usado trusa color rojo con encaje conlleva a inferir que estaba dispuesta a tener relaciones con el imputado¹⁰.

Esta máxima de la experiencia es un estereotipo de género que no debió utilizarse¹¹.

2) Uno no comete delitos contra el patrimonio con vehículos de su propiedad¹². 3) Los hombres engañados por sus parejas,

⁹ Las máximas de la experiencia las hemos clasificado según la propuesta de Michele Taruffo, claro que somos conscientes que la propuesta que realizamos puede estar sujeto a error.

¹⁰ Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de La Corte Superior de Justicia de Ica de Ica (2020), en el Exp. N° 002822-2019-90, sentencia de fecha 08 de octubre del 2020, fundamento 35, para absolver al imputado por el delito de violación sexual argumentó que:

“(…) ;sin embargo, suele vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense (...) “trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna..” resultando extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las máxima de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado (...)”.

¹¹ Tal es la gravedad que la Oficina de Control de la Magistratura sancionó con medida disciplinaria de suspensión en el ejercicio de todo cargo por 6 meses, en contra de los jueces especializados integrantes de Juzgado Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, conformado por: Ronald Nilton Anayhuamán Andía, Lucy Julliana Castro Chacaltana, y Diana María Jurado Espino. (Lp Pasión por el Derecho, 2022).



que tienen en su entorno a personas que han sido involucradas en hechos delictivos graves, matan u ordenan la muerte del supuesto amante¹³.

4) Si dos personas pelean con cuchillos, ambas partes contendientes necesariamente deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo. Entonces, quien presente menos heridas es el sujeto activo del delito, y quien presente más heridas será el sujeto pasivo del ilícito¹⁴.

Generalizaciones incompletas espurias (probabilidad estadística baja)

5) Los actos violentos en las relaciones convivenciales tóxicas ocurren generalmente en ausencia de testigos presenciales¹⁵.

Creemos que dicha afirmación puede tener una probabilidad estadística baja, que va a depender de varios factores. Por

¹² La Corte Suprema de Justicia de la República (2021), mediante resolución de fecha veintiséis de abril de dos mil veintiuno, en el Recurso de Nulidad 256-2019, Lima-Este, en el fundamento 4.3., para absolver al acusado del delito contra el patrimonio señaló que comparte la conclusión a lo que arribó la Sala Penal Superior, esto es:

La Sala Penal Superior estableció una diferenciación entre tipos de mototaxis (carreta, torito, cerrados, con tolva, con lunas, etc.), que no fue planteada por la defensa del acusado Sanchez Ruiz ni por el testigo impropio Quispe Huerta. Por ello, luego de establecer que el robo se cometió con un mototaxi Torito Bajaj, concluyó que el acusado absuelto no utilizó ni poseyó un vehículo de dichas características. Dicha conclusión no se encuentra acreditada, más aún si el acusado Sanchez Ruiz reconoció que dejó de realizar servicios de mototaxi cuando empezó a trabajar como sereno y según las máximas de la experiencia los delitos de naturaleza patrimonial no se cometen con vehículos de su propiedad.

¹³ El Tribunal Constitucional del Perú (2015) en la sentencia, de fecha 19 de agosto de 2015, recaída en el Exp N.º 08562-2013-PHC/TC, fundamento 2.3.8, cuestiona la máxima de la experiencia invocada por la juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria del Santa, pues ésta señaló que:

En el presente caso, se cuestiona que la medida de prisión preventiva no se encuentra motivada en cuanto a los presupuestos de peligro procesal y los elementos de convicción de la comisión del delito que vincule al imputado. Al respecto, examinados los pronunciamientos judiciales cuestionados (fojas 9 y 23) este Tribunal advierte que el Juzgado demandado argumenta, en cuanto al actor, lo siguiente:

(...) [D]e acuerdo a las máximas de la experiencia los hombres engañados por sus parejas que tienen en su entorno a personas que han sido involucrad[as] en hechos delictivos graves (...) matan u ordenan la muerte del supuesto amante (...).

¹⁴ El Tribunal Constitucional del Perú (2008) en la sentencia de fecha 13 días del mes de octubre de 2008, recaída en el expediente Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC-Lima, fundamento 16, para declarar nula la condena a la acusada por el delito de parricidio, cuestiona una máxima de la experiencia empleada en Proceso Penal N.º 3651-2006, en donde se estableció que:

Del fundamento 14. b) y d), se desprende que el Tribunal penal parte de la sentada premisa de que al existir desproporcionalidad en las heridas, esto es, supuestamente 4 heridas en la accionante frente a las 60 heridas que presentó la occisa, la recurrente "es autora del resultado muerte", y más aún que [estas heridas] fueron ocasionadas "con violencia". Y es que el Tribunal penal parte de la premisa de que en un contexto de forcejeo y de lucha entre madre e hija con el uso de instrumentos cortantes (cuchillos), ambas partes contendientes necesariamente deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo; de no ser así, concluye que quien presente menos heridas, será sin duda el sujeto activo del delito de parricidio, mientras que aquel que presente más heridas será el sujeto pasivo de dicho ilícito.



39

ejemplo, en España, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015) en una macro encuesta demuestra que la tendencia de violencia se mantiene en el tiempo; pues, del total de mujeres que han sufrido violencia física, sexual o miedo de su pareja o ex pareja, un 63,6% afirma que sus hijos e hijas han presenciado o escuchado en alguna ocasión un episodio violento. La mayor parte de las veces se trata de niños y niñas menores de edad (en un 92,5 %). Entonces, hay evidencia que nos permite inferir que los hijos menores son testigos presenciales.

Así podríamos ir cuestionando las demás máximas de la experiencia.

6) Por máximas de la experiencia es sospechoso que un desarmador se encuentre en el asiento posterior de un mototaxi¹⁶.

7) Por máxima de la experiencia se sabe que muchas veces los testigos que presentan las defensas son testigos de favor y que también los documentos resultan muchas veces falsos en sus contenidos¹⁷.

8) Por reglas de experiencia se sabe que la defensa técnica no realiza labores de obstrucción a la justicia sin conocimiento ni asentimiento de la procesada¹⁸.

¹⁵ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2023) en la sentencia de Casación 1975-2022 Puno, de fecha 31 de marzo de 2023, fundamento cuarto, para declarar procedente el juicio oral contra el acusado por delito de agresiones en contra de los integrantes del grupo familiar, señaló que:

(...) Se aplicó erróneamente la concordancia de los artículos 344, apartado 2, y 352, apartado 4, del CPP, ello a partir de una motivación irracional del material investigativo disponible. No se hizo un análisis integral del material de hecho y las inferencias obtenidas vulneraron el principio de razón suficiente y las máximas de la experiencia derivadas de los hechos disfuncionales o el carácter tóxico de relaciones convivenciales, cuyos actos violentos ocurren generalmente en ausencia de testigos presenciales, de suerte que lo relevante son los factores de seguridad previstos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, no utilizados adecuadamente en el presente caso.

¹⁶ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2021) en el Recurso de Nulidad N.º 853 – 2019 Lima Norte, de fecha 19 de mayo de 2021, fundamento décimo octavo, para condenar a los acusados como coautores de la tentativa del delito de robo con agravantes se argumentó que:

(...) “Sobre este cuestionamiento, se tiene en consideración que si bien el desarmador es una herramienta que puede ser utilizada en la reparación de un mototaxi, las máximas de experiencia indican que deben encontrarse en un lugar específico donde se guarden otras herramientas con la misma finalidad, pero no en el asiento posterior.

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2021) en el Recurso de Nulidad N.º 300-2021 Cusco, de fecha 10 de noviembre de 2021, fundamento 4.19. compartió el siguiente argumento:

Por máxima de la experiencia se sabe que muchas veces los testigos que presentan las defensas son testigos de favor y que también los documentos resultan muchas veces falsos en sus contenidos. Por ello, la ley otorga a la parte contraria la facultad de tacharlos u oponerse a su actuación; independientemente de esto, el juzgador debe ser muy escrupuloso en su evaluación, sin que ello implique un prejuzgamiento en contra de los intereses del procesado.



9) El acusado no pudo arrebatarse celular y manejar moto a la vez¹⁹.

Generalizaciones incompletas no espurias, no se aproximan a la universalidad, sino que expresan prevalencias estadísticas

10) Para acreditar la preexistencia del bien, es máxima de la experiencia que un adulto posea celular y dinero en la calle²⁰.

Creemos que esto podría ser así, si bien no hemos encontrado estadísticas que se remontan a la fecha del caso, al cierre del año 2022 en los hogares peruanos al 91.9 % contaba con un teléfono inteligente o Smartphone (OSIPTEL, 2023).

11) Es poco probable que cuatro sacos de marihuana sean recepcionados a vista de los transeúntes²¹.

12) En el transporte de droga los propietarios de la misma no permiten que intervengan personas en las cuales no tengan confianza o cuyo entorno social desconozcan²².

¹⁸La Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2021), en el Exp. 00003-2017-59-5001-JR-PE-02, resolución 03 de fecha 10 de diciembre de 2021, en el fundamento 3.2, se comparte los fundamentos de la resolución impugnada, esto es:

Respecto al peligro de obstaculización y su presunta disminución como plantea el abogado defensor, el a quo estimó razonable tener presente las causas que primigeniamente determinaron la existencia de este peligro, conforme lo analizado por la Sala Superior: la declaración del ahora aspirante a colaborador eficaz develado, Jorge Merino Tafur, quien habría sido influenciado por el ex abogado de la imputada Heredia Alarcón, a fin de que no involucre a esta en su testimonio. Asimismo, se le habría entregado a este las declaraciones de otros testigos de carácter reservado relacionados a la presente investigación, que contaban con un sello de agua. Se infiere que tales documentos eran de uso exclusivo para la defensa de la imputada. Por estas razones, se evidenció la intencionalidad y capacidad de Heredia Alarcón y su ex defensor de influenciar en coimputados y/o testigos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente en el proceso. Debe precisarse que, por reglas de experiencia, se sabe que la defensa no realiza labores de obstrucción a la justicia sin conocimiento ni asentimiento del procesado.

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2021) en el Recurso de Nulidad N.º 2203 - 2019/Lima, de fecha 22 de noviembre de 2021, en el fundamento 8.2, para fundamentar la duda razonable y absolver al acusado del delito contra el patrimonio en la modalidad de tentativa de robo con agravantes estableció que:

Si se tratara de conciliar ambas declaraciones en el sentido de que el acusado le arrebató el celular y manejaba la moto, sería inconsistente pues por máximas de la experiencia no se puede considerar que el acusado realizó dos acciones a la vez, más aún si en el vehículo se encontraban otras personas, quienes estarían en mejor disposición para arrebatarse el celular.

²⁰ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2020) en el Recurso de Nulidad 2221-2019, Junín, de fecha 13 de octubre de 2020, fundamento decimotercero, para condenar a los imputados como coautores del delito de robo agravado se señaló que:

(...) Así, al margen del cuestionamiento sobre el origen del dinero hallado en poder del procesado Javier Gaspar Salvatierra –conforme al acta de registro personal, a foja 36–, debe indicarse que, según las máximas de la experiencia, resulta razonable afirmar que una persona adulta (como el agraviado) portara un teléfono celular y dinero en efectivo –S/ 150 (ciento cincuenta soles)–, bienes que detalló la víctima en sus declaraciones juradas sobre la propiedad de estos (...).



Cuasi-generalizaciones, generalizaciones cuasi-universales o generalizaciones no universales

13) Dado el tiempo de vínculo sentimental con la víctima — cerca de dos años— es inusual que el imputado no conociera de la edad de la agraviada (tenía doce años), pues, por máximas de la experiencia el imputado debía saber edad la agraviada²³.

Leyes científicas de carácter universal, aplicables sin excepciones

14) La codelinuencia exige un mínimo lazo comunicativo y de coordinación²⁴. Consideramos que si bien esta máxima de la experiencia puede elaborarse a partir de la observación de una serie de casos particulares. No obstante, creemos que dicha máxima está fundamentada en la propia razón. Esto significa que no necesitamos recurrir a la experiencia para afirmar su verdad, ya que su verdad es evidente, pues, está basada únicamente en la relación lógica entre los conceptos.

²¹La Sala Superior Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (2022), en la sentencia de fecha 23 de agosto de 2022, recaída en el Exp. N° 00117-2021-45-1608-JR-PE-01, en el fundamento 52, para condenar al procesado como autor del delito de tráfico ilícito drogas, se estableció que:

Asimismo, respecto de los mensajes de texto y conversaciones de Whassap entre Siccha Ruiz y Cruz Villanueva, no se advierte que estas estén relacionadas con el traslado, entrega y recepción o tráfico de la sustancia ilícita comisada, sino que la misma únicamente trata de un encuentro por intermediaciones del “Coso Taurino”, que según la versión de Yenny Yoselin Cruz Villanueva, era para prestar sus servicios en el traslado de material minero; ahora bien, debe tenerse en presente que la droga incautada arroja un peso neto de 64.781 Kg, por lo tanto, de acuerdo a las máximas de la experiencia, resulta poco probable que cuatro sacos conteniendo Cannabis Sativa-Marihuana sean recepcionados en la vía pública (intermediaciones del Coso Taurino) a plena luz del día, bajo la atenta mirada y olfato de los transeúntes ocasionales.

²² La Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (2022), en la sentencia de fecha 11 de febrero de 2022, recaído en el expediente 00050-2021-3-5001-JR-PE-03, fundamento 7.55, para declarar fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva por el plazo de treinta meses en contra de los investigados por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, se estableció que:

Conforme lo indica la defensa, los citados elementos de convicción no tendrían la calidad de graves y fundados para indicar que concurre el primer presupuesto de la prisión preventiva, esgrimiendo como principal argumento que el imputado Rojas Ugarte no conocía del transporte de la droga que se camuflaba en el vehículo de placa B7X-429 y que el motivo de su presencia en el referido vehículo fue el trasladarse a la ciudad de Lima para realizar un tratamiento médico. Al respecto, se debe precisar que en el registro personal del investigado Rojas Ugarte no se le encontró suma de dinero alguna que permita sustentar su estadía en la ciudad de Lima y mucho menos tratamiento médico alguno. Asimismo, se le encontró un teléfono celular marca SAMSUNG modelo A20, con número de abonado 927904423 y dos tarjetas de chip de la empresa BITEL con inscripciones de N.° 927-904-423 y N.° 927-819-299.- Finalmente, se tiene por máxima de experiencia que en el transporte de droga los propietarios de la misma no permiten que intervengan personas en las cuales no tengan confianza o cuyo entorno social desconozcan. Todo ello, permite inferir, hasta este momento, que el referido investigado si estaba en posibilidad de conocer del cargamento ilícito de droga que transportaba el vehículo de placa B7X-429; razón por la cual este argumento del recurso impugnatorio debe ser desestimado.



42

Ahora, a partir de la referencia de cuestiones conceptuales ya establecidas sobre razonamiento probatorio y máximas de la experiencia, y proponiendo como ejemplo un caso, vamos a reconstruir la justificación interna y externa del razonamiento probatorio. Para ello, utilizamos la máxima de la experiencia más cuestionada —“Que la agraviada haya usado trusa color rojo con encaje conlleva a inferir que estaba dispuesta a tener relaciones con el imputado”—; ello, con la finalidad de mejorar la práctica jurisdiccional, de tal manera que las decisiones no se tomen desde un contexto de descubrimiento sino más bien de justificación.

Como ya señalamos el razonamiento probatorio puede estructurarse mediante razonamientos formales o no formales. Será formal si el razonamiento probatorio se estructura de la siguiente manera.

Premisa mayor (regla): toda mujer que usa una trusa color rojo con encaje entonces está dispuesta a tener relaciones.

Premisa menor (caso): la agraviada el día de los hechos usó una trusa color rojo con encaje.

Conclusión (resultado): la agraviada estuvo dispuesta a tener relaciones con el imputado²⁵.

²³La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2014) en el Recurso de Nulidad 746-2013, Callao, de fecha 14 de julio de 2014, en el fundamento quinto, para declarar la nulidad de la sentencia absolutoria del acusado por el delito de violación sexual de menor de edad y ordenar nuevo juicio, se dijo que:

Que las fotografías no tienen data cierta y dado el tiempo de vínculo sentimental —cerca de dos años— es inusual que el imputado Fernández Juárez no conociera de la edad de la agraviada, tanto más si ésta es persistente en sostener que le dijo, al principio, que tenía doce años de edad. El denominado “error de tipo” ha sido indebidamente aplicado. El Tribunal no empleó correctamente las reglas de experiencia para valorar el conocimiento que debió imputarse al acusado de la edad de la agraviada. Tampoco advirtió lo que fluye de la pericia psicológica de la agraviada: el estresor sexual, lo que otorga contundencia a su testimonio de cargo.

Además, es muy diferente una niña de sólo doce años —no sólo en contextura física sino en su conducta y formación— con una adolescente de quince años: simples reglas de experiencia psicológica lo revelan.

²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2023), en la sentencia de fecha 06 de octubre de 2023, recaído en la apelación 75-2023 Puno, fundamento 18.1, para absolver a la acusada del delito de tráfico ilícito de drogas, se señala que:

El acta de deslacrado, extracción, visualización y transcripción del celular del sentenciado Edwin Arturo Ordoñez Zapata, de fecha trece de setiembre de dos mil dieciocho, en la cual no se ha logrado acreditar la existencia de comunicaciones de este con la recurrente ni viceversa (considerando el reporte de la empresa de telefonía); aseveración que no ha sido refutada por el Ministerio Público, por ende, genera eficacia como conrindicio, pues por máximas de experiencia, la codelinuencia exige un mínimo lazo comunicativo y de coordinación que no se evidencia, sino lo contrario.

²⁵ Este razonamiento es una deducción, la regla de inferencia puede ser aparentemente el modus ponendo ponens: $[(p \rightarrow q) \wedge p] \rightarrow q$.



43

Recordemos que la máxima de la experiencia antes señalada debe reunir las características de ser un juicio o proposición, empírica, condicional o hipotética, y general.

Como se advierte, la máxima se ha elaborado como una proposición. Sin embargo, aun reconstruyendo el razonamiento ya tenemos algunos problemas. En principio, hay un problema de justificación interna (al elaborar la premisa como condición) y luego de justificación externa (debido a la falta de respaldo empírico y por ende que no se puede generalizar). El problema de justificación interna se presenta al momento de establecer qué tipo de relación lógica hay entre sujeto (toda mujer que usa una trusa color rojo con encaje) y predicado (está dispuesta a tener relaciones). Es decir, se debe precisar si se trata de una relación de condición necesaria o suficiente o bicondicional, pues, las reglas de inferencia formal con estos tipos de condiciones son diferentes, véase en el pie de página²⁶.

No obstante, el problema más serio radica en la justificación externa; es decir, se debe mostrar un respaldo empírico y la generalidad de dicha máxima de la experiencia debe darse por un conjunto de casos. El respaldo empírico y la generalidad dependerá de situaciones anteriores que, analizadas mediante razonamiento de inducción por generalización, nos permita arribar a que: toda, algunas, aquella, mujer/es que usan una trusa color rojo con encaje están dispuestas a tener relaciones (nótese que el cuantificador dependerá de la cantidad de casos en los que se presenta tal situación). Pero no se puede incurrir en falacias de falsa generalización (es decir, a partir de casos que son la excepción no se puede construir una regla general), ni mucho menos la generalización puede ser espuria, sin mayor sustento factico. Como se puede advertir, de los argumentos citados en la sentencia cuestionada tampoco no existe justificación externa.

De igual manera, el razonamiento probatorio con la máxima de experiencia en comentario, se puede reconstruir mediante razonamientos no formales. Por ejemplo, mediante una inducción probabilística:

²⁶La regla formal de inferencia para un razonamiento deductivo con condición suficiente es: $p \rightarrow q$; en tanto que en una condición necesaria se representa de esta forma: $p \Rightarrow q$; mientras que la bicondicional se representa así: $p \leftrightarrow q$.

Si la relación entre sujeto y predicado es suficiente implica que el predicado puede darse también por otros sujetos (ejemplo: si x estudia entonces aprueba. Pero también hay otras variables que pueden explicar porque se aprobó, entonces, estudiar no es la única variable). En tanto si la relación es necesaria quiere decir que el predicado esta explicado solo por el sujeto (ejemplo: si tiene más de 35 años entonces puede ser presidente). Mientras que en lo bicondicional hay una relación en ambos sentidos entre sujeto y predicado (ejemplo: si es un triángulo entonces tiene tres lados).



44

Regla: las mujeres que usan una trusa color rojo con encaje probablemente están dispuestas a mantener momentos de intimidad.

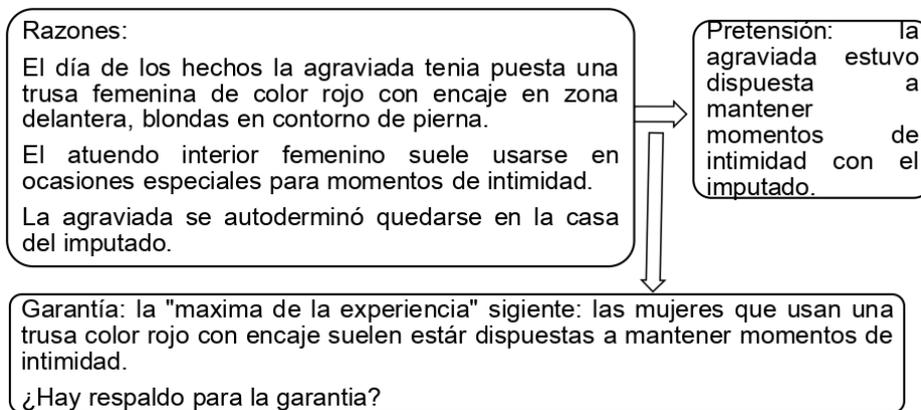
Caso: la agraviada el día de los hechos usó una trusa color rojo con encaje.

Resultado: la agraviada probablemente estuvo dispuesta a mantener momentos de intimidad con el imputado.

O si queremos también como abducción. Solo invertimos las proposiciones y quedaría así: resultado, regla, caso.

Si bien, en la inducción probabilística y en la abducción puede existir una justificación interna (sin cuestionarnos por la verdad de las premisas, estas resultan atinentes para arribar a la conclusión); no obstante, de nuevo nos encontramos con un problema de justificación externa de la regla, ya que no hay suficiente evidencia empírica y no se ha demostrado su generalidad para señalar que dicha premisa sea verdadera.

El razonamiento también se puede reconstruir mediante esquema de Toulmin.



Aparentemente, en la sentencia, el respaldo sería la opinión de dos peritos psicólogos, los cuales examinaron a la agraviada, y coincidieron en señalar que es una mujer tímida, pasiva, indefensa, sumisa. Pero como se evidencia, hasta la argumentación en la sentencia es contradictoria; pues, propiamente la opinión de los psicólogos no es un respaldo; sino más bien una condición de refutación, para derrotar a la pretensión.

Para finalizar, podríamos reconstruir la justificación interna y analizar la justificación externa de cada una de las máximas de la experiencia propuestas y, de la sola lectura de las citas de las sentencias,



evidenciar que hay problemas de justificación interna y externa de los razonamientos probatorios. No obstante, creemos que “las generalizaciones son peligrosas pero necesarias” (Twining, 2006, p. 334, como se cita en Limardo, 2021, p.150). Son peligrosas porque hay el riesgo de que la generalización sea invalida; y luego al momento de inferir la conclusión sea falsa; pero son necesarias porque simplifican la complejidad realidad.

VIII. Conclusiones

- Se ha evidenciado que en algunas sentencias peruanas se utilizan las máximas de la experiencia sin realizar una correcta justificación interna ni externa del razonamiento probatorio. La problemática también se presenta a nivel normativo, pues, en el derecho procesal regula normas de derecho probatorio que reconocen las máximas de la experiencia como criterio para razonar en ámbito probatorio; pero, su reconocimiento presenta problema de textura abierta en la redacción. También, hay problemas axiológicos, pues, las máximas de la experiencia presentan problemas de carácter epistemológico al pretender representar la realidad por medio de generalizaciones.
- En un argumento o razonamiento probatorio, las premisas son los elementos de juicio que tomamos como pruebas, y la conclusión es la hipótesis fáctica que tratamos de justificar.
- La estructura del razonamiento probatorio puede ser formal o no formal. La principal diferencia radica en que, en el razonamiento formal, por el principio de deducibilidad, si partimos de premisas que son verdades, la conclusión necesariamente será verdadera. En tanto que, en los razonamientos no formales (como la inducción ampliativa, probabilística, y abducción) aun siendo verdaderas las premisas la conclusión es probable; la probabilidad se aplica incluso al modelo de razonamiento propuesto por Toulmin.
- Las máximas de la experiencia se pueden definir a partir de sus características; esto son juicios o proposiciones, empíricos, condicionales o hipotéticos, y generales.
- Las máximas de la experiencia, según la propuesta de Michele Taruffo, en función de su generalidad se pueden clasificar en: leyes científicas de carácter universal; las cuasi-generalizaciones; las generalizaciones incompletas no espurias; las generalizaciones incompletas espurias; y las generalizaciones radicalmente espurias. En un razonamiento



probatorio, no se pueden utilizar máximas que se refieran a generalizaciones espurias.

- Los razonamientos probatorios con máximas de la experiencia de las sentencias citadas pueden reconstruirse mediante razonamientos formales y no formales; en muchas de ellas se evidencia problemas de justificación interna; pero hay mayores problemas en la justificación externa, ya que en muchas de ellas no hay suficiente evidencia empírica y no se ha demostrado su generalidad.

IX. Referencias

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Atienza, M. (2016). ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (20), 15–20. Recuperado el 11 de Mayo de 2024, de <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/453>

Beltrán, R. (2022). Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 221-250. Recuperado el 23 de Abril de 2024, de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123568/1/Doxa_45_08.pdf

Cook, R., Cusack, S. (2009). *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*. (A. Parra, Trad.) University of Pennsylvania Press.

Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. (2015). *Macroencuesta violencia contra la mujer 2015. Avance de Resultados: Hay Salida a la violencia*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Recuperado el 07 de Mayo de 2024, de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/AVANCE_MACROENCUESTA_VIOLENCIA_CONTRA_LA_MUJER_2015.pdf

Gascón, M. y García, A. (2016). *La argumentación en el Derecho: Algunas cuestiones fundamnetales*. Lima: Palestra.

Giuliana Flor De María Llamoya Hilares, Exp. N. 0 00728-2008-PHC/TC lima (Tribunal Constitucional del Perú 13 de Octubre de 2008). Recuperado el 03 de Mayo de 2024,



de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

González, D. (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En Manual de Razonamiento Probatorio (págs. 353-395). Ciudad de México: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 01 de Mayo de 2024, de <file:///C:/Users/SAMSUNG/Desktop/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio%20Jordi%20Ferrer.pdf>

González, L. (31 de Enero de 2012). RUA. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. Obtenido de Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica: <http://hdl.handle.net/10045/20530>

Haack, S. (1982). Filosofía de las lógicas. (A. O. Amador, Trad.) Madrid: Ediciones Cátedra, S. A.

Jack Wilfredo Castillo Castillo, Exp N.º 08562-2013-PHC/TC La Libertad (Tribunal Constitucional del Perú 19 de Agosto de 2015). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/08562-2013-HC.pdf>

Kant, I. (2007). Crítica de la razón pura (1ª ed.). (M. Caimi, Trad.) Buenos Aires: Colihue.

Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio Facti*, 115-153. Recuperado el 3 de Abril de 2024, de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22464/26275>

Lp Pasión por el Derecho . (6 de Mayo de 2022). (R. Vilca, Productor) Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de Jurisprudencia actual y relevante sobre máximas de la experiencia: <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-actual-relevante-maximas-experiencia/>

Lp Pasión por el Derecho. (21 de Marzo de 2022). Suspenden por 6 meses a jueces que valoraron tipo de ropa interior que usaba la denunciante de violación sexual. Recuperado el 6 de Mayo de 2024, de <https://lpderecho.pe/ocma-suspende-jueces-valoraron-color-tipo-trusa-denunciante-violacion/>

Muffato, N. (2021). Michele Ttaruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, (57), 1-38. Recuperado



el 05 de Mayo de 2024, de <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>

OSIPTEL. (Octubre de 2023). Los servicios públicos de telecomunicaciones: Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones 2022. Recuperado el 15 de Mayo de 2024, de <https://sociedadtelecom.pe/wp-content/uploads/2023/11/ERESTEL-2022v1.pdf>

Real Academia Española. (2023). Real Academia Española. Recuperado el 05 de Mayo de 2024, de <https://dle.rae.es/>

Serway, R., Jewett, J. (2008). Física para Ciencias e Ingeniería. México: Cengage Learning Editores S.A. de C.V.

Toulmin, S. (2003). Los usos de la argumentación. (M. P. Morrás, Trad.) Barcelona : Ediciones Península.

Sala Penal Transitoria R.N N° 746-2013 Callao (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 14 de Julio de 2014). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/R.N.-764-2013-Callao-Legis.pe_.pdf

Expediente 002822-201990-1401-JR-PE-03 (El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica 08 de Octubre de 2020). doi:<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Exp.-002822-2019-LP.pdf>

Sala Penal Permanente Recursde Nulidad N.° 2221-2019 Junín (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 13 de Octubre de 2020). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Recurso-nulidad-2221-2019-Junin-LPDerecho.pdf>

Sala Penal Transitoria Recurso de Nulidad N.° 256-2019 Lima Este (Corte Suprema de Justicia de La República del Perú 26 de Abril de 2021). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/05/Recurso-nulidad-256-2019-Lima-Este-LPDerecho.pdf>

Sala Penal Transitoria Recurso de Nulidad N.° 853-2019 Lima Norte (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 19 de Mayo de 2021). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/04/Recurso-nulidad-853-2019-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>



Sala Penal Transitoria (Recurso de Nulidad N.° 2203-2019 Lima 22 de Noviembre de 2021). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/02/Recurso-nulidad-2203-2019-Lima-LPDerecho.pdf>

Recurso de Nulidad N° 300-2021 Cusco (La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en el 10 de Noviembre de 2021). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/RECURSO%20DE%20NULIDAD%20N%C2%B0300-2021-CUSCO_LALEY.pdf

00003-2017-59-5001-JR-PE-02 (Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada del Poder Judicial del Perú 10 de Diciembre de 2021). Recuperado el 3 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Expediente-00003-2017-59-LPDerecho.pdf>

Exp. N° 00117-2021-45-1608-JR-PE-01 (La Sala Superior Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de La Libertad 23 de agosto de 2022). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/08/Expediente-00117-2021-45-1608-JR-PE-01-LPDerecho.pdf?fbclid=IwAR1KIBoYP-xlitVXsyiEmeBiObWEGCtPygyj71qswXkrTgqvMNtG-iKczo>

Expediente 00050-2021-3-5001-JR-PE-03 (Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada 11 de Febreo de 2022). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca956d80462e09128219e259ed236a66/4-3+PARA+PUBLICAR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ca956d80462e09128219e259ed236a66>

Recurso Casación N.° 1975-2022/PUNO (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 31 de Marzo de 2023). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/04/Casacion-1975-2022-Puno-LPDerecho.pdf>

Sala Penal Permanente Apelación 75-2023/Puno (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 06 de Octubre de 2023). Recuperado el 03 de Mayo de 2024, de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5257790/Apelacion%2075-2023%20Puno.pdf?v=1696978124>.

quaestio iuris

La Carta Democrática Interamericana:
un instrumento para la preservación y
el fortalecimiento de la democracia

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.3>



La Carta Democrática Interamericana: un instrumento para la preservación y el fortalecimiento de la democracia

The Inter-American Democratic Charter: an instrument for the preservation and strengthening of democracy

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27 12.24

Sumario

I. Introducción. II. Aspectos preliminares de la Carta Democrática Interamericana: las perspectivas comunes de los Estados. III. El contenido de la Carta Democrática Interamericana: un punto de iniciación para comprender la Democracia. IV. La aplicación de la Carta Democrática Interamericana como alternativa para la consolidación de la democracia. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen

El artículo aborda el tratamiento de las disposiciones de la Carta Democrática Interamericana, instrumento coetáneo instituido por la Organización de los Estados Americanos cuyo eje central es la democracia, misma que es connotada como derecho de titularidad de los pueblos de América y obligación estatal internacional, imprescindible para el desarrollo y considerable por su correspondencia con la efectividad de los derechos humanos. Comprender el contenido del documento en mención permite entender el tratamiento supranacional de la democracia, reconocido por los Estados y replicado por estos en su normativa interna, según los principios y valores que la fundamentan; y, facilita al conocimiento de las circunstancias en que puede ser aplicado, específicamente,

*Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca, UNC, Perú. Doctora en Derecho, Maestra en Ciencias en las menciones de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y, Administración y Gerencia Pública, y, abogada, por la UNC. Conciliadora extrajudicial y especializada en Familia. Asesora Legal. Docente de pre y posgrado adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Ex vocal del Tribunal Universitario y ex secretaria académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe <http://orcid.org/0000-0001-5316-8470>



ante la concurrencia de supuestos de riesgo del proceso político institucional democrático o de legítimo ejercicio del poder político. En suma, al instituirse la Carta Democrática Interamericana en un mecanismo imprescindible para la preservación y el fortalecimiento de la democracia, reflexionar con respecto a la necesidad de su defensa, en un contexto de orden público contemporáneo, se hace necesario.

Palabras clave: Carta Democrática Interamericana, Democracia, Estado, Organización de los Estados Americanos.

Abstract

The article addresses the treatment of the provisions of the Inter-American Democratic Charter, a contemporary instrument instituted by the Organization of American States whose central axis is democracy, which is connoted as a right of ownership of the peoples of the Americas and an international state obligation, essential for development and considerable for its correspondence with the effectiveness of human rights. Understanding the content of the aforementioned document makes it possible to understand the supranational treatment of democracy, recognized by the States and replicated by them in their internal regulations, according to the principles and values on which it is based; and it facilitates knowledge of the circumstances in which it can be applied, specifically, in the event of risk to the democratic political institutional process or the legitimate exercise of political power. In short, as the Inter-American Democratic Charter has become an essential mechanism for the preservation and strengthening of democracy, it is necessary to reflect on the need to defend it in the context of contemporary public order.

Keywords: *Inter-American Democratic Charter, Democracy, State, Organization of American States.*

I. Introducción

En el plano internacional, a nivel regional, la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), desde su creación en 1948 hasta la actualidad (2024), es “el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio” (Organización de los Estados Americanos, 2024). Como resultado de su labor cooperativa interestatal, el paso del tiempo da cuenta de que la OEA ha formulado documentales de orden jurídico mediante las cuales ha reconocido relevantes asuntos competenciales de general alcance para los países que la conforman. De este modo, el 11 de setiembre de 2001,



a propósito de la realización de la sesión extraordinaria de la Asamblea General en Lima, Perú, se acordó la aprobación de la Carta Democrática Interamericana, CDI (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005), recurso que tiene como tema central a la Democracia, desde el punto de vista del Estado en tanto sujeto de Derecho Internacional, por constituirse en la forma de gobierno de América de singular trascendencia al vincularse con el desarrollo que es perspectiva del ente público. A continuación, se comenta la CDI, a partir de sus disposiciones, enfatizando en el modo de actuación del Estado en tanto promotor o garante de la democracia, así como, en la aplicación y la relevancia de dicha Carta.

II. Aspectos preliminares de la Carta Democrática Interamericana: las perspectivas comunes de los Estados

La CDI se compone de 28 artículos distribuidos en VI apartados, a través de los cuales se referencia a la democracia asociándola con el sistema interamericano, los derechos humanos, el desarrollo integral y combate a la pobreza, asimismo, se otorga énfasis en la institucionalidad democrática, en las misiones de observación electoral y, finalmente, acerca de la promoción de la cultura democrática como actividad de los Estados de la OEA. *Prima facie* al desarrollo de su contenido, la Asamblea General de la organización internacional regional, aludida, ha realizado determinados antecedentes. Así, se inicia considerando la finalidad de la OEA, que es la siguiente: estabilidad, paz y desarrollo. Para concretización de dicha finalidad, se estima, como instrumento jurídico, a la Democracia representativa, la cual es “aquella en que se identifica la voluntad de los representantes del pueblo soberano con la de sus representantes electos” (Hernández, 2002), por lo que, su promoción y consolidación, bajo la observancia de la no intervención, se ha convertido en objetivo de esta organización; en tal línea, coetáneamente, se entiende a la democracia como el elemento que conlleva a la estabilidad, a la paz y al desarrollo. A su vez, según lo puntualizado en la CDI, el ejercicio efectivo de la democracia representativa es necesario en la organización política de un Estado, permitiendo que dicho ente pueda actuar solidaria y cooperativamente con los demás Estados de América, máxime si la democracia despliega su interdependencia tanto con el crecimiento económico como con el desarrollo social; no obstante, la ciudadanía, “concepto jurídico que vincula, de forma estrecha e inmediata, al individuo con la comunidad política” (Pérez Luño, 2002), ha de encontrarse educada para ostentar conciencia sobre el país y pueda, así, efectuar una participación significativa.



Agregado a lo anotado, la CDI reconoce que la OEA ha efectuado aportes a la consolidación de la Democracia en las Américas, además, que un medio ambiente sano para el desarrollo integral del ser humano contribuye a la democracia, que los ideales democráticos se realizan plenamente cuando los trabajadores ejercen su derecho de asociación libre, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses, y, que los principios democráticos del Hemisferio se fundamentan en los derechos y obligaciones de los Estado Americanos. Asimismo, se recuerda, de una parte, que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas; y, de otro lado, que, oportunamente, los Estados acordaron fijar mecanismos para proporcionarles asistencia, siempre que la requieran, para la promoción, la preservación y el fortalecimiento de la democracia representativa.

Adicionalmente, los países tienen en cuenta que la Carta Democrática Interamericana presenta los mismos objetivos existentes en mecanismos regionales y subregionales en torno a la democracia y que los Estados Americanos en diferentes instrumentos han dejado anotado que es necesario adoptar mecanismos para la defensa de la democracia representativa bajo el respeto de la no intervención; en definitiva, se encuentran convencidos que la democracia, la paz y el desarrollo son partes inseparables e indivisibles de una visión renovada e integral de la solidaridad americana.

Finalmente, los Estados reafirman que la importancia de que la actividad pública se efectúe en democracia es esencial para la consolidación de los valores democráticos y la libertad y la solidaridad en el continente, por lo mismo, reafirman que la lucha contra la eliminación de la pobreza es necesaria para la consolidación de la democracia y es responsabilidad de todos los Estados actuar frente a ella; pero, esencialmente, la promoción y la protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, por consiguiente, fortalecer continuamente el sistema interamericano de derechos humanos consolida a la democracia.

Con lo anotado, se afirma que los Estados consideran a la Democracia como instrumento necesario para la organización política, su promoción, su defensa y su consolidación son acciones que las asumen directamente y permanentemente, más aún si tiene como perspectiva el desarrollo de los Estados.



A nivel regional, efectuar esta labor le habilita al ente público a participar libremente como integrante de la Organización; por lo cual, la participación de un Estado, en dicho ámbito, depende de su actuar democrático y del rol que asuma de cara a cumplir los compromisos en pro de la Democracia.

III. El contenido de la Carta Democrática Interamericana: un punto de iniciación para comprender la Democracia

La CDI considera a la democracia como un derecho de los pueblos de América, asimismo, el gobierno de cada Estado tiene la obligación de promoverla y defenderla. Así, de un lado, la Carta *in comento* presenta un singular enfoque de la democracia, al catalogarla como derecho de titularidad de la población, se reconoce y se respalda la importancia de la ciudadanía y del ejercicio efectivo de la participación; y, por otra parte, se registra una vez más el rol de cada Estado para con la Democracia: su promoción y su defensa. En este último caso, opinamos, corresponderá a los Estados, desplegar esfuerzos en cada una de sus entidades, no necesariamente en aquellas asociadas con el rol gubernativo sino en todos los órganos en los que se ejerce la función administrativa y pública. Es de anotar que, en términos de la CDI, la democracia es fundamento para el desarrollo de cada Estado, ya sea en los ámbitos social, político y económico. De esta manera, apreciamos, se justifica la razón de su observancia por cada entidad política, verbigracia, un Estado democrático colocará a la persona como elemento fundamental para su actuación, por lo mismo, establecerá medidas con fines tuitivos a esta, como por ejemplo, fijación de disposiciones que combatan problemas como la pobreza, el analfabetismo, la vulnerabilidad, la exclusión, la violencia, etc.; también, en un entorno democrático podrá considerarse el respeto a la ley y al Derecho, al ejercicio del poder en un marco de separación de funciones así como el respeto por la institucionalidad, por citar algunos escenarios, a su turno, se produce, en democracia, un contexto en el que la economía de cada Estado se vea estable a largo plazo, en el que las necesidades fundamentalmente apremiantes se vean satisfechas, optimizando recursos y generando bienestar general a la población. Así, la democracia no es un concepto en segundo plano, sino que, en el vigente siglo XXI, temporalmente hablando, ha sido considerada como mecanismo para alcanzar el crecimiento como sociedad en un marco igualitario y libre.

En cuanto a la democracia representativa, subraya la CDI, su ejercicio efectivo se constituye en base del Estado de Derecho y de los regímenes constitucionales. Pero, ¿con qué se fortifica



56

y profundiza? Con la participación ciudadana. Esta medida se encuentra contenida en el artículo 2 de la CDI, según el cual se prescribe que dicha participación ha de ser permanente, ética y responsable, siempre en el marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. De la citada concepción afirmamos que un país en democracia es quien reconoce el significado del Estado de Derecho y la observancia del régimen constitucional basado en una Constitución Política que identifica los derechos fundamentales de la persona y el legítimo ejercicio del poder político, estableciendo, a su vez, instrumentos para su defensa y protección. Al ser ello necesario en una democracia representativa, como la existente en los países del continente americano, a la fecha (2024), se requiere contar con “una participación ordenada de la población donde todos los intereses pueden tener cabida y donde puede debatirse ampliamente acerca de la conveniencia o inconveniencia de los distintos postulados propuestos por diversas personas o grupos de personas” (Borea, 2002), además, la participación ciudadana que conlleva a la determinación de representantes, posibilita otorgar la nota de legitimación a la actividad de los mismos, en esta dirección, la voluntad ciudadana debe no solo ejercerse periódicamente sino, sobre todo, ser formada responsablemente y considerando el marco jurídico constitucional que otorga legalidad a toda actuación respectiva. Añadiendo, la CDI recoge que la ciudadanía tiene el derecho y la responsabilidad de participar en decisiones propias de su desarrollo, también, la participación ciudadana fundamenta el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, por lo que, la promoción y el fomento de las diversas formas de participación la fortalece. Por ello, la ciudadanía es clave para la democracia, esencialmente, porque aporta su capacidad decisoria con alcance que sobrepasa a sus propios asuntos pues, al mismo tiempo, puede decidir sobre materias del ente público, como, por ejemplo, gracias al ejercicio de la ciudadanía se podrá contar con iniciativas legislativas, con participación en referéndums, en formulación de pedidos de vacancia o remoción de autoridades, etc. En consecuencia, tan relevante es la participación ciudadana para la democracia que puede afirmarse, con acierto, que no hay democracia sin participación ciudadana.

A partir de lo prescrito en el artículo 3 de la CDI se anota que la democracia representativa tiene elementos esenciales. En consonancia con dicho dispositivo normativo afirmamos que un Estado bajo tal contexto, es decir, en democracia representativa, es aquel que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales, que su acceso al poder y su ejercicio ha sido con sujeción al Estado de Derecho, que la celebración de su



elecciones presenta características tales como son periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, agregado, ostenta un régimen plural de partidos y organizaciones políticas, respetando la separación e independencia de los poderes públicos. Por nuestra parte, consideramos, además, que un Estado en democracia representativa ha de ser aquél que privilegie a la tolerancia, la cual importará que el ejercicio de la voluntad popular se formule en el marco del respeto por los demás y por las diferencias étnicas, sociales, políticas, económicas, religiosas o de otra índole que pudieran presentarse al interior del Estado. No obstante, es de resaltar que los países del hemisferio han tenido clara la noción de perfilar al entorno de la democracia representativa. En el mismo sentido, un Estado que ejerce la democracia transparente sus actividades de gobierno, su gestión es con probidad y con responsabilidad, muestra respeto por los derechos sociales y por las libertades de expresión y de prensa. Esto se deja entrever en el artículo 4 de la CDI. Se añade que, en democracia un Estado reconoce la existencia de partidos políticos u organizaciones políticas. Como se conoce, tales organizaciones tienen el fin de ostentar el poder y para ello, lógicamente, observan los requisitos, establecidos por ley y otros, para la postulación, además, efectúan campañas electorales que exigen empleo de recursos económicos, básicamente, bajo este pensamiento, en un Estado democrático corresponde colocar énfasis en la financiación y en la transparencia de dichos recursos, estableciendo reglas ordenadoras con alcance general a tales partidos u organizaciones políticas, para dotarlas de regularidad.

De otra parte, la CDI considera a la relación democracia-derechos humanos. Para entender este aspecto, otorgaremos alcances con respecto a cómo es el contexto de un Estado en Democracia. Así, en un Estado democrático se hace prescindible considerar a la democracia como un obligatorio presupuesto para el ejercicio de las libertades individuales y de los derechos humanos, consagrados tanto en las Constituciones como en los instrumentos internacionales. En atención a las prescripciones de la CDI, el ejercicio de los derechos coadyuva al desarrollo personal, garantizándose, consiguientemente, el valor y la dignidad de la persona, así como viviendo en digna condición. En este sentido, si un Estado observa el respeto, la protección, la garantía y el cumplimiento de los derechos fundamentales, en general, no solo cumple con sus obligaciones para los derechos humanos, en el ámbito supranacional, sino que, a su vez, esto incide positivamente en el cumplimiento de la democracia. Una forma de coadyuvar a la consolidación de la democracia, de parte de un Estado es, por ejemplo, que en caso



58

de que una persona o grupo de personas consideren que sus derechos han sido violados tengan la posibilidad de interponer denuncias ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Entonces, reiteramos, fortalecer dicho sistema es compromiso de los Estados y esto, a su vez, ayuda a consolidar la democracia.

Una medida que contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana es la igualdad, por ello, un Estado democrático ha de esforzarse por eliminar toda forma de discriminación, ya sea de género, étnica, racial u otras que pudieran existir, asimismo, deberá efectuar acción para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y de los migrantes, respetando la diversidad. Un Estado que promueve y refuerza la democracia será quien advierta el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y cumpla con la normativa internacional en materia laboral.

Como puede notarse, solamente en democracia se reconoce la efectividad de los derechos humanos presentándose, los mismos, como elementos inexcusables para el desarrollo de las potencialidades del individuo en sociedad (Peces-Barba, 1999).

De otro lado, a través del artículo 11 de la CID, los Estados consideran que existe interdependencia entre la democracia y el desarrollo, fundamentalmente, de orden económico y social. En dicho sentido, los factores sociales como, por ejemplo, la pobreza, el analfabetismo, el bajo nivel de desarrollo humano, inciden negativamente sobre la consolidación de la democracia; no obstante, son punto de partida para la labor del Estado que precie a la democracia ya que a través de medidas como el fomento de empleo productivo en condiciones dignas y la erradicación de la pobreza, por citar algunas, se podrá, reiteramos, fortalecer a la democracia. Por ello, un Estado democrático cumplirá su rol en el sentido indicado. Aunado a ello, es de resaltar, como deja entrever la CDI en su artículo 13, que una medida para la consolidación de la democracia de los países de América es la promoción y observancia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; empero, el cumplimiento de este tipo de derechos trae consigo el desarrollo integral y el crecimiento económico, por lo tanto, conforme se anota en el artículo 14 de la Carta referenciada, los Estados toman el acuerdo de examinar las medidas adoptadas y ejecutadas por la Organización para cumplir con los objetivos de fomento de diálogo, cooperación para el desarrollo y para la disminución de pobreza. Nos parece acertado este acuerdo ya que los Estados muestran su interés por un desarrollo en el



hemisferio, el cual hace exteriorizar, incluso, los objetivos de la OEA, en particular, así como, hace suponer que el desarrollo colectivo se interrelaciona con la democracia como tal.

Por último, en cuanto a democracia y derechos humanos, la CDI tiene en cuenta que, un Estado que ejerce la democracia es respetuoso con la preservación y el mantenimiento de un medio ambiente adecuado para el logro del desarrollo sostenible, siempre pensando en las futuras generaciones quienes, a su turno, se beneficiarán del ambiente y harán uso de los recursos que a su interior se encuentran; por lo mismo, se anota que es pertinente que los Estados del continente adopten medidas que coadyuven al cuidado ambiental, para su desarrollo.

Con lo afirmado, queda claro que la democracia se asocia a la efectividad de los derechos humanos. Por ello afirmamos que, el cumplimiento de cada derecho, independientemente de su connotación, fortalece la democracia y preserva el escenario democrático, permite que el Estado cumpla sus fines y funciones, en su ámbito interno, así como, que cumpla sus obligaciones en el ámbito internacional.

IV. La aplicación de la Carta Democrática Interamericana como alternativa para la consolidación de la democracia

Existen situaciones que se suscitan al interior del Estado que colocan en riesgo a la democracia. Una señal que advierte el deterioro de la democracia, el más común en la actualidad, “no es necesariamente con golpes de Estado o intervenciones extranjeras sino que el deterioro más habitual es a través de utilizar las reglas del juego para ir deteriorando lentamente la democracia” (Voz de América, 2024); si bien, esto se asocia a la tergiversación de las reglas que orientan el proceso electoral, no concurre óbice para opinar que dicha afirmación se extiende a cualquier ámbito que coloque en riesgo la institucionalidad democrática como, por ejemplo y en general, el no respeto a los valores y principios del Estado Constitucional de Derecho que, a su vez, inspiran a la democracia como tal. Sin embargo, a partir de la lectura del contenido de la CDI, se advierte que los Estados de la OEA han previsto, de alguna manera, un mecanismo de respuesta ante las situaciones de inestabilidad de la democracia incidentes sobre su fortalecimiento y preservación. De esta manera, los artículos del 17 al 25 de dicho documento prescriben medidas para el fortalecimiento y la preservación de la institucionalidad democrática, señalándose un procedimiento para su aplicación con este fin, que incluye comunicación a la OEA y el respeto por la soberanía del



Estado expresado, este último, en la solicitud de parte que voluntariamente efectúa.

A continuación, se anota acerca de la aplicación de la CDI.

Cuadro 1

Aplicación de la Carta Democrática Americana

Consideraciones	Anotaciones a partir del contenido de la CDI
Observancia del presupuesto para aplicación de la CDI	El presupuesto es que el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder. Es de anotar, según el artículo 19, que el presupuesto en mención no solo afecta gravemente el orden democrático del Estado miembro de la OEA sino que constituye, mientras persista, un obstáculo para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización, esto conforme a las reglas establecidas en instrumentos internacionales de la OEA (Principios de la Carta de la OEA y Declaración en la ciudad de Quebec).
Comunicación a la OEA de parte del Estado	En caso de ocurrencia del presupuesto antes indicado, el gobierno del Estado implicado podrá acudir al Secretario General o al Consejo Permanente de la OEA, a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; esto, conforme anota el artículo 17 de la CDI.
Accionar de la OEA ante la comunicación	Es de anotar que la OEA actúa únicamente con el consentimiento previo del gobierno afectado, esto para no incumplir la soberanía del Estado correspondiente. Dentro de las actuaciones de la OEA se tiene que el Secretario General o el Consejo Permanente podrá disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. Asimismo, el Secretario



61

	<p>General elevará un informe al Consejo Permanente de la OEA, haciendo una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento; ello, según lo prescribe el artículo 18 de la CDI. A su vez, según señala el artículo 20 de la CDI, se habilita a cualquier Estado Miembro o al Secretario General la posibilidad de solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El consejo permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. No obstante, por no prosperar las gestiones diplomáticas o por urgencia, el Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la OEA, el derecho internacional y las disposiciones de la CDI.</p>
Actuación de la Asamblea de la OEA	<p>Según el artículo 21 de la CDI, en caso de ser convocada la Asamblea General a un período extraordinario de sesiones y constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA, con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato.</p>



Implicancias de la suspensión a un Estado	Según el artículo 21 de la CDI, el Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos. Nos parece acertada esta medida ya que el Estado suspendido, aun estando en dicha condición, deberá respetar sus compromisos en esta materia. Asimismo, la OEA continuará efectuando gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado Miembro afectado. Finalmente, según lo dispone el artículo 22 de la CDI, una vez superada la situación que motivó la suspensión, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá proponer a la Asamblea General el levantamiento de la suspensión; para que prospere tal propuesta se contará con una decisión adoptada por el voto de los dos tercios de los Estados Miembros, de acuerdo con la Carta de la OEA.
---	---

En consecuencia, la aplicación de la CDI se encuentra sujeta a la concurrencia de alguno de los presupuestos incidentes sobre la inestabilidad de la Democracia estatal; siendo, el propio Estado quien tiene la posibilidad de comunicar a la OEA sobre la situación emergente, a fin de que dicha organización actúe ejerciendo el diálogo y realice toda acción diplomática para superar la contingencia. La medida que se aplica es la suspensión al Estado de toda relación internacional con la Organización, siempre bajo las reglas del Derecho internacional, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, para observancia del debido procedimiento. Empero, la suspensión termina en tanto la Organización, a través de su Asamblea, con la votación prefijada, estime superada la situación emergente que la motivó, otorgando, nuevamente, al Estado implicado, la posibilidad de restaurar sus vínculos internacionales con la Organización.

Es de anotar que, la sanción de suspensión es pertinente pues se interpone en el marco de la actuación de la Organización Internacional regional, en observancia a sus competencias normativamente reguladas, no significando, entendemos, una



63

medida que pueda suponer la afectación a la soberanía estatal. Consideramos que la CDI, sin aplicación ante circunstancias justificadas, no deja de ser un documento meramente declarativo. Empero, luego de haberse evaluado su efectividad, a los diez años de su vigor, se anota lo siguiente:

En términos generales, es posible afirmar que las elecciones son transparentes, secretas y universales; se lograron avances importantes en materia de defensa y protección de los derechos humanos; se aprovechó el espacio multilateral para coordinar respuestas en la lucha contra la corrupción; y se invocó la Carta en al menos nueve oportunidades ante situaciones que afectaban o ponían en riesgo el desarrollo del proceso político-institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder. En siete de esas nueve oportunidades, la aplicación preventiva de la CDI fue eficaz. La OEA demostró su capacidad de respuesta frente a situaciones de tensión o crisis político-institucional cuando los Estados Miembros solicitaron su apoyo. (Insulza, 2011)

En este sentido, la existencia de la CDI ha tenido resultado, pese a que no se ha efectuado hasta el momento modificación a su contenido, los Estados la reconocen como el instrumento más efectivo que los compromete a vivir democráticamente. No obstante, ello, aún se ve que la democracia es un concepto en constructo o, por lo menos, en cuanto a su calidad ostenta evolución, toda vez que, partiendo de la data de *Democracy Index de The Economist* en (García-Mayoral, 2024), específicamente, en cuanto a la calidad de la democracia, considerando el periodo 2019 a 2023, se anota que la calidad es diversa pues existen países en América Latina que tienen regímenes autoritarios como Haití, Cuba, Nicaragua y Venezuela, por su parte, Paraguay, Perú, Media regional, Ecuador, México, Honduras, El Salvador, Guatemala y Bolivia ostentan un régimen híbrido, de otro lado, Trinidad y Tobago, Jamaica, Surinam, Panamá, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Guyana cuentan con una democracia imperfecta; siendo, Uruguay, Costa Rica y Chile los países con democracia plena. En el caso del Perú, por referenciar un país del continente, miembro de la OEA y suscriptor de la CDI, su democracia es híbrida, opinamos, esto es así por cuanto, además de la inestabilidad política acaecida en los últimos años, referenciando la idea de (Lovatón, 2024), el orden democrático se ha visto resquebrajado por expresiones como inseguridad ciudadana y crimen organizado, la no legislación del parlamento en favor del interés general o bien común, la ausencia de equilibrio entre poderes, Legislativo y Ejecutivo, la existencia



de índices de crecimiento de pobreza extrema, etc. En este sentido, habiendo indicado previamente que la democracia es un concepto que abarca no únicamente el enfoque político, sino que abre la posibilidad para abordar otros asuntos, como los indicados, que son de orden social y económico, básicamente, presentes en una estructura política, como el Perú, por referenciar sin perjuicio de que los demás Estados también observen las disipaciones de la CDI, consideramos que se requiere un trabajo de reestructuración interna para la preservación y el fortalecimiento de la democracia. Una medida inmediata es la observancia del contenido de la Carta Democrática Interamericana, en su integridad y en el momento oportuno; por ejemplo, cuando exista periodo electoral, el Estado pueda organizar, desarrollar y garantizar el proceso electoral en libertad y en justicia, con este fin y en el ejercicio de su soberanía, solicite a la OEA, para que en el marco de sus competencias, este organismo efectúe determinadas actuaciones tales como asesoramiento o asistencia para el fortalecimiento y desarrollo de sus instituciones y procesos electorales, así como el envío de misiones preliminares. De ocurrir ello, que se garantice las condiciones de seguridad, el libre acceso a la información y la amplia cooperación con la misión de observación electoral. Agregado a lo expresado, teniendo en cuenta lo anotado en el artículo 26 de la CDI, la democracia se funda en la libertad y en el desarrollo de los pueblos; por tanto, corresponde a un Estado que pretende vivir un estilo democrático o mejorar la calidad de la democracia, como en caso del Perú, efectúe acciones para la promoción de la cultura democrática. En esta línea, algunas de las actividades tendientes a promocionar la democracia, a partir de la CDI, son las siguientes: mantener consultas y cooperación continua entre Estados, considerar los aportes que en materia de democracia tenga la sociedad civil, desarrollar programas y actividades que promuevan los principios y las prácticas democráticas y fortalezcan la cultura democrática en el hemisferio. Así, se promoverá la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil, se incluirá a la niñez, a la juventud y a la mujer quienes actuarán como partícipes en los asuntos políticos, promoviendo y ejerciendo una cultura democrática con sentido y con propósito.

En consecuencia, la CDI se ha fundado en un instrumento relevante que pondera a la democracia como una forma de vida política, social, económica y cultural de los Estados miembros de la OEA, reconocerla implicará observar sus disposiciones para el mantenimiento y el fortalecimiento de la democracia en América; sin embargo, para darle un sentido y una razón



de ser, a dicho recurso normativo, es necesario, si el caso lo requiere, efectivizar su aplicación; tal vez, así, la democracia pueda subsistir ante situaciones de detrimento constante o, por lo menos, se haría el esfuerzo de construir un sendero para su plenitud.

V. Conclusiones

-Contemporáneamente, la democracia constituye un fundamento para la organización de la estructura jurídico-política estatal; y, encuentra, en la efectividad de los derechos humanos y en el legítimo ejercicio del poder, un escenario ineludible para su configuración y fortalecimiento.

-La Organización de los Estados Americanos, a través de la Carta Democrática Interamericana, ha otorgado singular relevancia a la democracia, al considerarla como derecho, como obligación estatal y como un sistema que se funda en la libertad y en el desarrollo. Su aplicación preserva y consolida el contexto democrático de los pueblos.

-Conocer la Carta Democrática Interamericana resulta ser el punto de partida para la comprensión de la finalidad de la democracia en un contexto contemporáneo. Su observancia, en cada Estado americano, coadyuva al desarrollo y a la salvaguardia del régimen constitucional instaurado en el respeto por los derechos humanos y por la gobernanza institucional, en el marco del ejercicio legítimo del poder político.

-Es responsabilidad de los Estados americanos, cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la Carta Democrática Interamericana, repensando no solo en sus disposiciones, en caso se requiera modificarlas, sino, esencialmente, para promover una cultura democrática y para dotarla de efectividad de cara a la preservación y al fortalecimiento de la democracia como tal.

VI. Lista de Referencias

Borea, A. (2002). Democracia. *Derecho & Sociedad*(18), 60-70.

García-Mayoral, A. (2024). El estado de las democracias en América Latina: De la erosión hacia la resiliencia. En F. Carolina. Madrid. Obtenido de https://propuestaciudadana.org.pe/forociudadano-celac-ue/wp-content/uploads/2024/07/Estado-de-las-democraciasen-AL_Fundacion-Carolina_AC-13_2024.pdf



Hernández, R. (2002). De la democracia representativa a la democracia participativa. 199-219.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2005). Carta Democrática Interamericana. San José. Obtenido de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/28422.pdf>

Insulza, J. (2011). Décimo Aniversario de la Carta Democrática Interamericana: Un compromiso hemisférico con la democracia. En O. d. Americanos. OEA. Obtenido de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28924.pdf>

Lovatón, D. (11 de junio de 2024). Los pueblos de América tienen derecho a la democracia. Obtenido de <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/tiempos-recios-para-la-democracia-en-peru-derechos-a-la-democracia-y-al-adelanto-de-elecciones/>

Organización de los Estados Americanos. (2024). OEA. Obtenido de https://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

Peces-Barba, G. (1999). Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Boetín Oficial del Estado.

Pérez Luño, A.-E. (2002). Ciudadanía y definiciones. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho(25), 177-211. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.05>

Voz de América. (23 de octubre de 2024). Informe de la devaluación democrática en América Latina [archivo de vídeo]. Washington DC, Estados Unidos. Obtenido de <https://normas-apa.org/referencias/citar-youtube/>

quaestio iuris

Los derechos sexuales y reproductivos: a
propósito de la prohibición del matrimonio
de adolescentes - ¿una solución al problema
social o más vulneración?

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.4>



Los derechos sexuales y reproductivos: a propósito de la prohibición del matrimonio de adolescentes - ¿una solución al problema social o más vulneración?

Sexual and reproductive rights: on the subject of the prohibition of adolescent marriage - a solution to the social problem or more violation?

COLORADO HUAMÁN, William*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27 12.24

Sumario

I. Introducción. **II.** El derecho al libre desarrollo de la personalidad. **III.** Los derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dos aristas contradictorias desde la perspectiva penal y civil en el Perú. **IV.** La aptitud o discernimiento para formar una familia por parte de los adolescentes. **V.** Evolución del matrimonio de adolescentes en el Perú. **VI.** La unión de hecho - ¿mecanismo para proteger una familia conformada por adolescentes? **VII.** Conclusiones. **VIII.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo inicia describiendo un caso presentado en el país de Colombia sobre el reconocimiento de una relación concubinaria, teniendo como particularidad que uno de sus miembros era menor de edad (adolescente); hecho que nos permite reflexionar sobre la normatividad nacional a partir de la prohibición del matrimonio de adolescentes.

Para tal efecto, advertimos que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la actuación (y decisión) de todo individuo en cada espacio de su vida privada y social, de forma especial su libertad sexual, surgiendo los derechos sexuales

*Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, UNC, Perú. Ex - Juez Supernumerario del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca. Docente de Pre y Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Con estudios en Doctorado en Derecho en la Unidad de Posgrado de la UNC. Maestro en Ciencias mención Derecho Civil y Comercial por la UNC. Conciliador extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7487-434x>



y reproductivos, los cuales se extiende a los adolescentes (14 a 18 años); teniéndose un tratamiento antagónico en el ámbito penal y civil; por la falta de comprensión de nuestra realidad, que presenta el fenómeno del embarazo adolescente (problema complejo) y con ello, la formación de una familia.

De esta manera, la protección de este grupo joven se dio mediante el matrimonio, como lo registra nuestra normatividad sustantiva del Código Civil de 1936 y 1984; pero, con la dación de la Ley N.º 31945, ello ha cambiado prohibiéndose su celebración; asimismo, advertimos que tampoco puede darse alguna tutela mediante la unión de hecho, al no cumplirse con uno de sus requisitos (ausencia de impedimento matrimonial), generando que las familias conformadas por adolescentes no se encuentren protegidas.

Palabras claves: Derechos sexuales y reproductivos, adolescencia, matrimonio y unión de hecho.

Abstract

This article begins by describing a case presented in the country of Colombia on the recognition of a concubinary relationship, having as a particularity that one of its members was a minor (adolescent); fact that allows us to reflect on national regulations based on the prohibition of teenage marriage.

To this end, we warn that the right to free development of personality guarantees the action (and decision) of every individual in every space of their life private and social, especially their sexual freedom, arising sexual and reproductive rights, which extends to adolescents (14 to 18 years old); having antagonistic treatment in the criminal and civil spheres; due to the lack of understanding of our reality, which presents the phenomenon of teenage pregnancy (a complex problem) and with it, the formation of a family.

In this way, the protection of this young group was given through marriage, as recorded in our substantive regulations of Civil Code of 1936 and 1984; but, with the passing of Law No. 31945, this has changed, prohibiting its celebration; Likewise, we warn that no protection can be given through a de facto union, since one of its requirements is not met (absence of marital impediment), generating that families made up of adolescents are not protected.

Key words: Sexual and reproductive rights, adolescence, marriage and de facto union.



70

I. Introducción

En los tribunales de Colombia, se presentó el caso donde Diego Fernando Cifuentes Gómez, demandó el reconocimiento de su unión de hecho y la sociedad patrimonial en calidad de compañero permanente, producto de la relación conformada con su entonces pareja Erica Beltrán Sifuentes; el caso, sería uno más de aquellos conflictos interfamiliares donde se busca la tutela con el objetivo de comprobar la existencia de una familia convivencial y a partir de ello, proteger los derechos personales y patrimoniales de sus integrantes.

Sin embargo, la particularidad se tiene de los hechos esbozados por el accionante, quien demanda la existencia de su relación convivencial, cuando este contaba con 14 años y su pareja -en ese momento- ya era mayor de edad.

El día 29 de mayo del año 2015, el Cuarto Juzgado de Familia de Bogotá, como órgano de primera instancia, encontró probado los hechos con las testimoniales y la prueba documental, resaltando que la pareja inició su convivencia desde el 28 de febrero de 2007, cuando el demandante tenía 14 años, hasta el 23 de octubre del año 2012, fecha en la cual, la integrante mujer (Erica Beltrán) falleció; reconociéndose una relación de 05 años, 07 meses y 25 días.

La decisión fue confirmada en segunda instancia; siendo la madre de la causante en calidad de heredera quien se incorporó al proceso planteando el

correspondiente recurso de Casación, alegando que el demandante carecería de la capacidad para adquirir el estatus de compañero permanente por su minoría de edad, no habiéndose generado alguna relación de carácter concubinaria; en su momento, el colegiado supremo colombiano, emitió la Casación N° 3535-2021, decidiendo no casar la decisión de segunda instancia; argumentando para tal efecto, la progresividad de las facultades morfológicas, físicas, psíquicas y de discernimiento de los adolescentes a fin de ejercer sus derechos y deberes con relación a formar una familia.

Precisando que el Estado tiene el deber de respetar y proteger sus derechos; además de la existencia de cuerpos internaciones que otorgan a los Estados parte, la potestad de regular la edad para contraer matrimonio y es el legislativo quien tiene la atribución de fijar la edad apropiada.



De igual forma, consideró que el legislador colombiano había restringido el vínculo conyugal entre menores; pero, ello no podía extenderse a las relaciones de hecho; por lo que, si bien, el demandante inicio su relación cuando tenía 14 años, este ya contaba con la capacidad para conformar un vínculo convivencial, no existiendo restricción alguna para su constitución (que incluso afecte al orden público).

El caso planteado nos permite reflexionar sobre nuestra normatividad nacional en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes y como estos pueden llegar a consolidar una familia, la misma que hasta hace unos meses era protegida por el matrimonio; sin embargo, con la dación de la Ley N.º 31945, esto se encuentra prohibido¹, descartando cualquier excepción a dicha regla.

La reforma es aplaudida por un gran sector de la población y la doctrina; pero, dada la diversidad cultural de nuestro país y la ausencia del Estado, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI) se registran familias donde sus integrantes son jóvenes (ambos son adolescentes o uno de ellos, lo es); realidad que merece atención y tutela de los derechos personales y patrimoniales que pueda surgir.

Para comprender la magnitud del fenómeno en estudio, es conveniente desarrollar algunos aspectos esenciales sobre ciertas categorías jurídicas.

II. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

La cuna de diversas figuras jurídicas y derechos se presentan en las culturas; sin embargo, cuando acudimos a develar el origen del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no ubicamos una disposición antigua; no obstante, podemos advertir algunos aportes incipientes; por ejemplo, entre los griegos, al considerar que sólo los ciudadanos, tenían el pleno goce de sus derechos civiles, al ejercer atribuciones y libertades²; reflexión que es incorporada en la cultura romana, donde el único sujeto capaz de expresar su libertad y tomar decisiones, era el *pater familias*.

A raíz de la discusión sobre la naturaleza de la persona, surge el concepto denominado “humanitas”, entendido como

¹Publicada el 25 de noviembre de 2023.

² Además, de realizar aspectos individuales, como la meditación filosófica sobre la libertad y la naturaleza humana; cabe precisar que este reconocimiento de la libertad en general es muy incipiente; pues, existía en aquella época, la esclavitud, con al agregado, que las mujeres no eran consideradas como sujetos; no teniendo la calidad de seres humanos o personas y podían ser objeto de cualquier acción negativa.



72

humanidad o conducta conforme a la naturaleza humana; es decir, el trato benévolo que debe tener el individuo; doctrina que es adoptada por el cristianismo, impregnándola en el pensamiento del evangelio³; la misma que logra extenderse en territorios europeos como latinoamericanos; proclamando la libertad para salvar el alma y acercarse a Dios⁴.

Con el devenir de los años, las posturas desembocan en la corriente iusnaturalista, refiriendo que los derechos humanos provienen del Derecho Natural (naturaleza, Dios o razón); pero, estas atribuciones de forma progresiva se van regulando (positivizando), generando cuerpos normativos, como es la Declaración de los Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776; la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776; la Carta de Derechos de 1791 (Estados Unidos) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia); todos ellos van irradiando a los Estados occidentales y americanos, sobre la libertad que tiene una persona.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, se observa las atrocidades y los excesos cometidos; por ello, en 1945, la comunidad internacional crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU); así como aprueba nuevos instrumentos internacionales, aceptándose la universalidad de los derechos inherentes a la persona, regulación que trae como resultado, el reconocimiento del “derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

En nuestro país, la Constitución de 1979, por primera vez consagra este derecho⁵, en el inciso 1 del Artículo 2; regulación que continua en la Carta Magna de 1993, en la misma ubicación normativa, reconocimiento que toda persona tiene derecho, a su libre desarrollo y bienestar.

Al no tener mayores referencias; nos preguntamos: ¿qué debe entenderse por este derecho?; ¿cuáles son sus características?; para tener una respuesta clara, es necesario

³Los doctrinarios de la iglesia depuran los derechos que le corresponde al hombre, en base a exaltar la suprema dignidad de este, como hijo de Dios y portado de un alma inmortal; pues recordemos que la Biblia, señala que debemos amar los unos a los otros.

⁴Los teóricos cristianos, con base en el derecho natural crearon y desarrollaron una diferenciación entre la libertad legal y la libertad moral. Siendo la libertad jurídica, la determinada, limitable y restringible por ley. Es aplicable a las relaciones entre individuos y la libertad moral, llamada por los teólogos libre albedrío, la cual abarca el fuero interno de la persona humana, en sus relaciones consigo mismo, su conciencia, fe, y en sus decisiones individuales.

⁵Artículo 2: toda persona tiene derecho: 1. (...) al libre desenvolvimiento de su personalidad.



73

analizar los términos que la integran; así, en lo que respecta a la libertad, se reconoce que la persona humana, al ser una estructura psicosomática, que no sólo se sustenta en la vida, sino, también en su “libertad”; es decir, en la capacidad para decidir, por sí mismo, sobre la base de opciones o posibilidades que le ofrece su mundo interior, potencialidades y energías, como el mundo exterior, la sociedad.

De este modo, la libertad permite que una persona, pueda “ser, lo que decida ser”; “lo que considere hacer, en y con su vida⁶”, sin más límites que aquellos supuestos que imponga la ley. En otros términos, las personas libres construyen su propio destino, realizan sus proyectos de vida⁷; perfilan su identidad; haciéndose únicos, singulares, e irrepetibles⁸.

En cuanto al concepto “desarrollo”, según la Real Academia Española, viene a ser, la expresión de acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral; mientras que la palabra “personalidad”, alude aquel conjunto de características o cualidades originales que destacan en las personas, abarcando la dimensión física, intelectual, espiritual, psicológica y social⁹.

A partir de ello, podemos entender, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es aquella libertad general, que tiene el ser humano de actuar en los diferentes ámbitos de su vida; es decir, este derecho permite que una persona pueda autodeterminarse, diseñar, dirigir y desenvolverse de acuerdo con su voluntad, deseos, preferencias y expectativas, de tal manera que trascienda en la sociedad¹⁰.

⁶ La vida, a través de actos y conductas se convierte en la manifestación de la libertad, siendo que ambos conceptos no pueden desligarse.

⁷ Compartimos, la opinión brindada por Fernández (2005, p. 32), para quien la libertad tiene una doble vertiente, de un lado, la libertad ontológica, que viene a ser la esencia misma del individuo; y del otro lado, el proyecto de vida, que implica los diversos actos, comportamientos o conductas, que se realizan a fin de concretar un objetivo trazado.

⁸ En palabras de Fernández (2005, p. 31), la mera racionalidad no diferencia a la persona de los demás animales mamíferos. Ya que estos también poseen una inteligencia asociativa de manera incipiente, pero, lo que estos carecen, es de su libertad, que le permite vivenciar los valores, presididos por el amor, generando que una persona se convierta en un ser espiritual; resultando una unidad viviente de espíritu y naturaleza.

⁹ Expediente N° 6128-2005-AA/TC, fundamento 9.

¹⁰ Para un mayor detalle sobre el concepto, tenemos a García, para quién, este derecho garantiza el ejercicio de una facultad que tiene cada persona en la posibilidad de hacer todas las potencialidades físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, con la finalidad de alcanzar un nivel de vida cualitativamente mejor (como se citó en Eto, 2018)



Los aspectos descritos son reconocidos por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC), en el fundamento 14, de la Sentencia en el Expediente. N° 2868-2004-AA/TC:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Agregando, en el fundamento 29, del Exp. N° 00002-2010-CC/TC:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Con ello no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

De esta manera, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege la libertad en la actuación de una persona en cada espacio de su vida (privada y social); prerrogativa, que no debe ser desproporcionada con el sistema de valores que contiene la Constitución, un claro ejemplo es la libertad sexual y las consecuencias que ello puede acarrear, como es el hecho de formar una familia.

III. Los derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dos aristas contradictorias desde la perspectiva penal y civil en el Perú.

A partir de la reflexión de la libertad (libre desarrollo de la personalidad), se postula que todos los seres humanos nacemos libres y somos iguales; por lo que, el

Estado, se convierte en garante de cada uno de nuestros derechos, legislando y la aplicando políticas públicas adecuadas.



a) Los derechos sexuales y reproductivos

En dicho contexto, las Naciones Unidas han reconocido que los Derechos Humanos aparecen con la vida, permitiendo consolidar la libertad, impidiendo ser sometidos a la esclavitud o torturas, entre otros atributos que nacen de nuestro propio ser, los cuales van ampliándose con el devenir del tiempo; llegando a crearse normas específicas relacionadas a la protección de las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, las minorías y los grupos vulnerables.

Para el año de 1968, se lleva a cabo la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, donde se incluye el derecho de las parejas para decidir libremente y bajo su responsabilidad sobre el número y espacio de sus hijos. De igual modo, del 5 al 13 de setiembre de 1994, en el Cairo, Egipto, se celebra la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo; y, por primera vez, se habla sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer; aspecto que se convierte en el elemento central del acuerdo internacional (Guevara, 2020).

De esta manera, los derechos sexuales y reproductivos tienen reconocimiento y buscan garantizar que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva con libertad, confianza y seguridad, de acuerdo con su vivencia interna (asociada al cuerpo, mente, espiritualidad, emociones y salud) y externa (asociada al contexto social, histórico, político y cultural).

A partir de ello, el contenido de los derechos sexuales se resume en la prerrogativa de toda pareja y persona a tener una vida sexual responsable, satisfactoria y segura; esto es, libre de enfermedades, lesiones, coerción o violencia, independientemente de la situación reproductiva de cada uno. De igual forma, se faculta la atribución de tener acceso a una educación en

sexualidad, la cual debe ser oportuna, integra, gradual, científica y con enfoque de género, se busca el respecto de las personas a su preferencia sexual y a contar con información, servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual (ITS), incluyendo el virus de inmunodeficiencia VIH-SIDA (Guevara, 2020).

En lo que corresponde a los derechos reproductivos estos se componen por el derecho básico de toda pareja y de toda persona a decidir libre y responsablemente sobre el número



de hijos, el espaciamiento y la oportunidad de tenerlos, de contar con la información y los medios para hacerlo; así como, acceder plenamente a los métodos para regular la fecundidad. De igual forma, a contar con los servicios de calidad para el cuidado de las gestantes y recibir atención de emergencia y tener todos los insumos para garantizar la maternidad saludable y segura (Guevara, 2020).

Este catálogo de derechos no sólo tiene reconocimiento a nivel internacional; sino también de carácter nacional; pues, el inciso 1 del Artículo 2 de la Constitución Política de 1993, regula que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar; ello, en concordancia con el Artículo 6, donde se estipula que es política nacional de la población el difundir y promover la paternidad y maternidad responsable y el Artículo 7, al regular que todos tenemos derecho a la protección de nuestra salud, la del medio familiar y de la comunidad.

Lo dispuesto por el texto constitucional, se desarrolla mediante la Ley N.º 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, publicitada el 16 de marzo del año 2007; la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, publicada el 15 de julio de 1997 y en la Resolución Ministerial N.º 668-2003/MINSA, que aprueba las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva.

En tal virtud, la sexualidad es una parte fundamental que está presente en todas las etapas de nuestra vida; permitiendo el poder decidir como desplegar nuestro cuerpo, erotismo y afecto, a partir de las diferentes construcciones y valores que se va aprendiendo en la infancia, adolescencia, juventud o en la vida adulta.

b) Los derechos sexuales y reproductivos en los adolescentes

A partir de expuesto, las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad; pues, se trata de una actividad estrictamente privada propia de la autonomía y dignidad¹¹, contando con una dimensión negativa, dirigida al Estado o cualquier persona a no intervenir en ella; y, una dimensión positiva conformada por la libertad de decidir quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual¹²; pero, a la vez, conlleva asumir la responsabilidad que ello puede generar (un embarazo), aperturándose los derechos sexuales y reproductivos.



77

Por ende, la libertad sexual y reproductiva es válida y aplicable para los adultos; pero ¿qué pasa con los adolescentes?, ¿tienen estos derechos sexuales y reproductivos?, ¿estos derechos pueden consolidar una familia? y ¿cómo el Estado peruano protege al grupo familiar formado?

Para dar respuesta a cada una de las interrogantes es necesario tener en cuenta que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años y adolescente desde los 12 hasta los 18 años, como lo detalla el Art. I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescente, en adelante C.N.A.

Habiendo sincerado el grupo humano de estudio, en el año 2005, la Universidad Peruana Cayetano Heredia, realizó el “Estudio Diagnóstico en Adolescentes del Perú”, evaluando a 2,181 personas de 15 a 19 años, en las ciudades de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, concluyendo que “la edad de inicio de las relaciones sexuales varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos”. Precisándose que dentro de este grupo etario el 20% de mujeres y el 40% de los varones reportaban haber tenido relaciones sexuales.

Para el año 2011, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI), elaboró la encuesta Demográfica y Salud Familiar, estableciendo, que, dada las características de la población, y específicamente las “mujeres en edad fértil”, se encuentran entre los 15 a 49 años, representando el 25,3% de la población total del país y el 49,7% de la población femenina del territorio.

Al año siguiente (2012), el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, realizó el “Plan de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, siendo aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MINP; detallándose en el punto 2.4, denominado “la adolescencia de 12 a 17 años de edad”, que “de acuerdo a los resultados de la Encuesta, el 18,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad cuentan con al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo.

Los estudios descritos nos permiten inferir que los adolescentes entre los 14 a 18 años, son titulares del derecho

¹¹Expediente N° 03901-2007-PA/TC, fundamento 13 y el Expediente N° 01575-2007-PHC/TC, fundamento 13.

¹² Expediente N° 0008-2012-AI/TC, fundamentos 16 a 21.



al libre desarrollo de la personalidad, el cual, lo materializan a través de su libertad sexual, al sostener relaciones coitales de manera voluntaria, con ello se habilita sus derechos sexuales y reproductivos; aspecto reconocido por el TC¹³; ante ello, el Estado debe brindar la orientación y protección desde el ámbito educativo, familiar, social, psicológico y también con las prestaciones de salud, más, si el Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y rehabilitación; ello en concordancia con el Art. 21 del C.N.A.

c) Los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito penal

En el marco del reconocimiento constitucional e infra legal sobre los derechos sexuales y reproductivos, nos permiten colegir que estos atributos protegen al adolescente, sin distinción de género, origen étnico, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opinión, preferencia, orientación, expresión sexual, estado civil o cualquier otra circunstancia que atente contra la dignidad humana y menoscabe libertades; pues, se busca favorecer en todo momento la tutela más amplia en la persona.

En esta línea de razonamiento, el TC a través del Exp. N.º 0008-2012-PI/TC, despenaliza aquellas relaciones sexuales consentidas entre o con adolescentes; reconociendo que estos, en la edad de 14 a 18 años, son titulares del derecho a la libertad sexual, como parte del libre desarrollo de la personalidad.

Siguiendo sus pasos, el legislador nacional, a través de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, modificó los artículos 170 y 173 del Código Penal¹⁴, sancionando punitivamente sólo aquellas relaciones sexuales no consentidas; aspecto que ha sido desarrollado en extenso por el Acuerdo Plenario N.º 01-2012/CJ-116.

La reforma penal, tiene correspondencia con el contexto pluricultural de nuestro país, como lo recuerda Bermúdez (2024) “en las comunidades andinas y amazónicas, sobre todo en las rurales, el desarrollo socioafectivo y sexual de los adolescentes tiene una condición psicológica, física y moral diferente a lo que se registra en los ámbitos urbanos”. (p. 50)

¹³ Expediente N.º 0008-2012-AI/TC, fundamentos 16 a 21. Expediente N.º 05527-2008-PHC/TC, fundamento 21



Lo expuesto, puede apreciarse en el Exp. N° 07009-2013-PHC/TC, donde se resuelve el caso que involucra a Juan Villar Vargas y Herbert Casurichi Payaba, representados por Jorge Payaba Cachique, quienes son acusados y sentenciados por el delito contra la libertad sexual (violación sexual de menor de edad), al haber mantenido relaciones sexuales con dos menores (12 y 13 años) pertenecientes a la Comunidad Nativa Tres Islas perteneciente al Departamento de Madre de Dios.

Hechos que son cuestionados, debido a la formación cultural de los sujetos; siendo que incluso Herbert Casurichi Payaba había convivido y procreado un hijo con una de las adolescentes; pese a ello, el 10 de julio de 2013, la Policía Nacional del Perú (PNP), ingresó a su territorio sin su consentimiento y los detuvo.

El comportamiento desplegado por el Estado (PNP, Ministerio Público y Poder Judicial) generó consecuencias nefastas al negarse el contexto sociocultural y étnico de dichas personas quienes habían consolidado su desarrollo y aptitud conforme a su realidad; además, de justificar la ausencia del Estado, aplicando su poder punitivo y a la vez fragmentando el grupo familiar constituido en la comunidad.

¹⁴ Art. 170 del Código Penal:

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.
2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.
3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o ex conviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.
4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.
5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.
7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.
8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.



80

d) Los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito civil

Analizando el espacio del Derecho Civil, el Artículo 42 del Código Civil (CC), establece que el ejercicio de los atributos que el ordenamiento jurídico reconoce, capacidad de goce, a todas las personas, incluyendo aquella con discapacidad, sólo se puede realizar cuando se adquiera mayoría de edad, esto es, a los 18 años (capacidad de ejercicio).

De esta manera, se niega la posibilidad que los menores de edad puedan ejercer por cuenta propia sus derechos, tal como lo precisa el Art. 43, al calificar como absolutamente incapaces a los menores de 16 años; mientras que son considerados incapaces relativos a los mayores de 16 y menores de 18 años; precisándose que este grupo humano sólo pueden actuar (en su minoría) mediante representante legal según la normatividad de la patria potestad o tutela.

No obstante, el legislador de forma excepcional establece supuestos donde cesa la incapacidad a partir de un hecho relevante, como es el nacimiento del hijo o hija; pero, únicamente se habilita el poder de realizar los siguientes actos:

1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.
5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.
6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.
7. Impugnar judicialmente la paternidad.

En igual sentido, la incapacidad termina cuando el adolescente de 16 años obtiene su título oficial; pero, sólo para realizar actos propios del ejercicio de su profesión u oficio, conforme lo detalla el Artículo 46-A del CC.



El tratamiento de los derechos de los menores de edad cambia totalmente de acuerdo con el ámbito donde nos encontremos. Así, en el espacio del Derecho Penal, el legislador parte de la presunción que estos cuentan con la capacidad necesaria (o aptitud) para decidir (libertad), a partir de los 14 años¹⁵; sin embargo, en el Derecho Civil, los menores de edad sólo cuentan con la capacidad de goce (ser titulares de derechos); pero, no los pueden ejercer, salvo para proteger los derechos de sus hijos, estando sujetos a la representación que puedan hacer sus padres o tutores.

IV. La aptitud o discernimiento para formar una familia por parte de los adolescentes

La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva, la adquisición gradual de asumir comportamientos y funciones de adultos, que implica nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos¹⁶.

En esta etapa las personas se encuentran en un período trascendental sobre el desarrollo de la sexualidad, al caracterizarse por las transformaciones corporales, emergentes como parte del proceso de cambio biopsicosocial que influye profundamente en la vida presente y futura del individuo y más, desde un punto de vista psicológico, la adolescencia es un período caracterizado por la evolución de los procesos psicológicos que implican cambios y crecimiento emocional, psicológico, social y mental, en el que las personas buscan y definen su propia identidad y se autoafirman como individuos, se apropian de valores y amplían su mundo de referencia social, más allá de su familia.

Lo descrito conlleva que el ser humano deje de ser un niño, definido como una persona carente de madurez física y mental, y se va convirtiendo en un ser humano autónomo que define su propia personalidad y sus propias emociones, valores, su identidad en conjunto y, en consecuencia, se encuentra en capacidad de disfrutar de mayores espacios de autonomía, y es capaz de tomar decisiones propias y conscientes.

¹⁵ Asimismo, considera que los menores de 14 años, no cuenta con la capacidad suficiente para decidir sobre su autorrealización sexual, razón por la cual, no tienen libertad sexual; sino indemnidad sexual; encontrándose totalmente prohibido que un adulto o que otro menor de 18 años, sostenga relaciones sexuales con menores de 14.

¹⁶ Aspecto que es reconocido por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.



82

Pese a ello, existe una seria controversia sobre la capacidad de los adolescentes (14 a 18 años) en el Derecho Civil, aspecto que nos lleva reflexionar sobre la aptitud o discernimiento que estos tienen, dada su libertad – libre desarrollo de su personalidad, para asumir la responsabilidad de sus actos, llámense derechos sexuales y reproductivos, a partir del cual puedan consolidar una familia a temprana edad.

En tal virtud, partimos de la opinión brindada por Lawrence (1997) quien detalla sobre la existencia de diversos estudios, donde las relaciones familiares influyen en el comportamiento de los adolescentes; siendo muy probable que ellos al pertenecer a familias desestructuradas, separadas o en divorcio, busquen compensar emociones y afectos a través de relaciones sexuales con sus pares o con personas mayores, trayendo como consecuencia un embarazo y una paternidad.

Asimismo, el INEI nos detalla que en el ámbito rural¹⁷ y selvático¹⁸, se registra una elevada incidencia de maternidad precoz; donde las mujeres en edad reproductiva están comprendidas en el intervalo de 15 a 49 años; precisando que al finalizar la edad fértil una mujer indígena de la Amazonia ha concebido entre 4 a 5 hijas o hijos; mientras que sus pares en los Andes, en promedio pueden haber procreado entre 3 a 4 hijas o hijos; en tal sentido, nos precisa:

Entre las mujeres indígenas de los Andes, mayores de 12 años a más, las que se identificaron como quechuas y aimaras y tuvieron 2 hijos e hijas nacidos vivos son el pico más alto: 454,841 y 53,652 respectivamente. Es decir, del total de mujeres indígenas de los Andes que tuvieron un hijo o hija nacido vivo, el 24% (508,493) tuvieron 2 hijos o hijas.

Respecto a las mujeres de la Amazonía, mayores de 12 años a más, la población que se autoidentificó como ashaninka registra la mayor cantidad de hijas o hijos nacidos vivos: 75,534, seguidos por los awajún con 49,921 hijos e hijas nacidos vivos y los shipibo-konibo con 35,142.

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática. 2018. La autoidentificación étnica: población indígena y afroperuana. Consulta: 3 de diciembre de 2019. En: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/

¹⁸ Según el Censo 2007, por la lengua materna de las niñas, más del 2.7% (11) de las niñas Matsigenka, 2.3% (19) de las niñas Shipibo – konibo y el 1.6% (50) de las niñas Ashanikas menores de 14 años ya fueron madres o estaban embarazadas durante dicho Censo.



Es innegable la existencia del embarazo adolescente en nuestra sociedad; no podemos negar tampoco que ello supone una situación de alta vulnerabilidad, al presentar riesgos a la integridad física y al plan de vida de las niñas y adolescentes; siendo que el Estado debe materializar políticas públicas en el ámbito educativo, social y salud; no obstante, el reconocer que las y los adolescentes dependiendo del contexto donde han crecido ya cuentan con la capacidad necesaria para distinguir lo bueno y lo malo de su comportamiento y por ello, asumir las responsabilidades de sus actos.

En tal virtud, las personas entre los 14 a 18 años, pueden entender y querer realizar sus conductas; a esto se lo llama “discernimiento”, aptitud que se va forjando a lo largo de la evolución del individuo; así, Aguilar (2024) nos precisa que discernir es saber diferenciar tanto a las personas como a las cosas, sobre todo en lo atañe a la parte moral, lo justo de lo injusto, la verdad y la mentira.

Por su parte, Cárdenas (2019) nos precisa que el discernimiento es la aptitud natural del sujeto por haber alcanzado un cierto desarrollo psicofísico estando en la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, lo que lo puede beneficiarlo o lo puede perjudicarlo.

Bajo dicho contexto, la adolescencia al ser una etapa de la vida, no se vive del mismo modo, ni en el mismo tiempo, ni en la misma intensidad; lo descrito refleja una realidad que el Estado debe comprender y, por lo tanto, generar los mecanismos jurídicos necesarios para proteger aquellas relaciones interpersonales conformadas por menores de edad (14 a 18 años).

V. Evolución del matrimonio de adolescente en el Perú

La primera herramienta que se perfiló para atender a esta familia joven fue el matrimonio; y, siguiendo al profesor Aguilar (2024), el Código Civil de 1936, en su artículo 82, prohibía las nupcias de los menores de edad (varón o mujer); sin embargo, el numeral 87 señalaba que el juez podía dispensar dicha prohibición por motivos graves, siempre que el varón tenga 18 años cumplidos y la mujer 16 años.

El 27 de setiembre de 1940, se promulga la Ley N.º 9181, permitiendo el matrimonio entre adolescentes, siempre y cuando el varón tenga 16 años cumplidos y la mujer 14; teniendo como explicación, que la mujer maduraba más temprano que los hombres, sobre todo en las regiones de la sierra y la selva (Aguilar, 2024).



84

La Constitución de 1979, en su Art. 2, inciso 2, establecía la igualdad legal de hombres y mujeres; situación que se replica en la Carta Magna de 1993, en su Art.6; no obstante, durante la vigencia del documento constitución del 79, se promulga el actual Código Civil, estableciendo que sólo los mayores de edad pueden contraer matrimonio (regla); pero, de forma excepcional (Art. 241, inc. 1), y con la debida autorización de los padres o del juez, se autorizaba el matrimonio de los mayores de 16 años; siempre que existan motivos justificados¹⁹.

El 14 de noviembre de 1999, se promulga la Ley N.º 27291, que modifica el inciso primero del Artículo 421 del CC, donde cambia el término impúber por el de adolescente; reiterando que estos pueden contraer matrimonio, siempre y cuando tengan por lo menos 16 años y con la debida autorización respectiva del juez o de los padres.

Para el año 2018, se emite el Decreto Legislativo N.º 1377, otorgándose a los adolescentes de 14 años sólo la capacidad de realizar ciertas funciones relacionadas con los derechos de su hijo (a), como es: reconocerlos, inscribirlos en el registro, solicitar alimentos, filiación entre otros pedidos; no comprendiendo la capacidad para casarse; sin embargo, en el año 2018, se promulga el Decreto Legislativo N.º 1384, se modifica el Art. 42 del CC, estableciéndose:

(...)

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de 14 años y menores de 18 años que contraigan matrimonio o quienes ejerciten la paternidad.

El cambio legislativo conlleva que los adolescentes a partir de los 14 años puedan contraer matrimonio; como lo recuerda Aguilar (2024) una mala redacción invita a confundir sobre la edad para casarse; ello, proviene de una nula coordinación de quienes trabajaron el Dec. Leg. N.º 1384, sin reparar que el Dec. Leg. N.º 1377 se había pronunciado sobre la edad mínima que corresponde a los 16 años con la debida autorización y por causas justificadas, inciso 1 del Art. 241 del CC.

Pero, el 24 de noviembre de 2023, al promulgarse la Ley N.º 31945, señala que el matrimonio en el Perú, solo puede ser

¹⁹ Para Aguilar (2024) se presentaba una gran cantidad de matrimonios entre adolescentes, debido al embarazo de la mujer; y, por ende, tratando de evitar que se conviertan en madres solteras y sean estigmatizadas se llevaba adelante el matrimonio, casi siempre condenado al fracaso, porque la pareja no había alcanzado el discernimiento necesario, sumado a la inmadurez de los contrayentes; y, por cierto, también la intervención de los padres evidenciaba su cuota de responsabilidad, quienes querían salvar “un pecado”, no dudaban en llevar adelante el matrimonio.



celebrado por personas que han alcanzado la mayoría de edad, es decir, a los 18 años; no habiendo excepciones a la regla²⁰; modificándose el Art. 46 del CC, precisándose ahora que “la incapacidad, cesa a partir del nacimiento del hijo o hija únicamente para realizar los siguientes actos: a) inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas; b) demandar por gastos de embarazo y parto; c) demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas; d) demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas; e) Celebrara conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas; f) solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad y g) impugnar judicialmente la paternidad”.

Asimismo, se incorpora el Art. 46-A, señalando: “la incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por obtener título oficial que les autorice ejercer profesión u oficio. No se aplica para contraer matrimonio”; y, para que no quede duda, el Art. 241 se reforma en el sentido siguiente: “no pueden contraer matrimonio las personas menores de 18 años”.

Además, la reforma otorga el derecho a los adolescentes que contrajeron matrimonio el poder solicitar de forma directa y sin intermediarios la anulabilidad de las nupcias con anterioridad a la vigencia de la Ley N.º 31495. Para Aguilar (2024), con ello se busca consolidar la relación conyugal, la misma que requiere personas aptas para cumplir los fines propios de la institución como es la comunidad de vida, la procreación y el cumplimiento de deberes que entraña, alimentación, educación entre otros.

VI. La unión de hecho: ¿mecanismo para proteger una familia conformada por adolescentes?

Los cambios económicos, sociales y tecnológicos que afronta nuestra sociedad, han generado el reconocimiento de otras formas familiares distintas al matrimonio, como es la “unión de hecho”; forma familiar que tiene reconocimiento en el Derecho Comparado²¹ y en la normatividad nacional; pues, el Artículo 5 de la Constitución, en concordancia con el Artículo 326 del

²⁰ Se prohíbe también el matrimonio de los pupilos y tutores, de los curadores y curados.

²¹ Como es el artículo 63.II de la Constitución Boliviana, teniendo desarrollo en su Código de Familia, en los preceptos legales 159 a 172. En Argentina, el Código Civil y de Comercio de la Nación del año 2015, contempla la figura de la “unión convivencial”, entre los artículos 509 a 528. Por su parte, Ecuador, la acoge en su Constitución, en el artículo 68 y entre los artículos 222 a 335 de su Código Civil; en Brasil, la Constitución Federal de 1988, la contempla en su artículo 226, teniendo desarrollo a través de la Ley N° 8.971/1994; y, finalmente, Paraguay, la desarrolla en los artículos 217 a 224 de su Código Civil.



86

C.C., regula sobre aquella unión de un hombre y una mujer, que, de manera estable y duradera, mantienen un vínculo de afectividad y realizan vida en común, por más de dos (2) años; generando obligaciones y derechos a sus integrantes, previa declaración o reconocimiento que realice el juez de familia o el notario público (a través de la Ley N.º 26662).

Esta regulación resulta coherente con la realidad nacional; dado el último censo del año 2017, donde registró que en el área urbana el 25.4% de las familias, está conformado por una relación concubiniaria (convivencia); y, en el área rural el 31.9% de las familias están constituidas por la misma forma; a diferencia de las uniones de derecho (matrimonio), que han sufrido un descenso, desde el año 2007 al año 2017, registrándose un 25,6%, de matrimonios en el área urbana; y, 26,1%, en el área rural.

Pero, el amparo de los derechos personales y patrimoniales de este grupo humano, frente a terceros; está sujeto a su reconocimiento; existiendo dos vías para ello: la primera, tiene que ver con iniciar un proceso judicial (bajo las reglas del proceso de conocimiento), donde cualquier miembro de la relación, demanda al otro (conflicto de intereses), buscando que el juez de familia, emita la respectiva sentencia judicial, declarando la existencia de la unión concubiniaria; la segunda vía (bajo la Ley N.º 26662), tiene que ver, con el pedido conjunto de la pareja, ante un notario público (sin conflicto) y luego del procedimiento notarial, se reconocerá la existencia de la unión de hecho, inscribiéndola en los registros públicos.

Para poder concretizar la existencia de la relación concubiniaria, es importante cumplir con los requisitos exigido por el legislador; así se tiene: a) la unión marital de hecho; es decir, que dos personas de diferente sexo vivan en común, compartiendo sus actividades en la vida cotidiana y ello sea de conocimiento público, al vivir en un mismo domicilio²²; b) la singularidad, exigencia que alude a la relación heterosexual y monogámica; y ello, se traduce en una relación entre un hombre y una mujer; c) la publicidad, elemento que “implica la notoriedad de la vida marital de hecho; esto es, la convivencia en el mismo hogar y su trascendencia en la sociedad” (Varsi, 2011, p. 409); d) la estabilidad; es decir que la pareja debe tener una comunidad de vida estable, permanente, duradera y continua; por ello,

²² Para Plácido, si los convivientes carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de una unión de hecho, para los diversos efectos que esta puede invocarse en el ámbito jurídico. En concordancia con lo expuesto, la norma constitucional señala que los convivientes “forman un hogar de hecho”. Esta cohabitación implica, por tanto, la comunidad de vida; la que conlleva la comunidad de lecho (2001, p. 250).



nuestra normatividad exige un plazo mínimo de dos años; lapso que debe ser de forma ininterrumpida; rechazándose cualquier situación de acumulación de periodos discontinuos; y, finalmente, e) la ausencia de impedimentos matrimoniales; es decir, que cada miembro de la pareja debe encuentre libre de cualquier limitación para contraer matrimonio; esto es, no encontrarse dentro de los supuestos que contemplan los Artículos 241²³ y 242²⁴ del C.C., que señalan las causas por las cuales se impiden celebrar el acto matrimonial.

Como puede apreciarse, la familia conformada por adolescentes, tienen la particularidad en la edad de sus integrantes (menores de edad); no obstante, pueden contar con la madurez requerida para comprender los actos que van desarrollando en su vida diaria; sin embargo, tampoco pueden ser protegidos por la unión de hecho (propia), al no cumplir con uno de los requisitos para su reconocimiento, referido a la inexistencia de algún impedimento matrimonial, concerniente a la edad de los miembros de la pareja.

VII. Conclusiones

- El desarrollo de la sociedad y el tiempo va generando el reconocimiento de derechos, como es el caso del libre desarrollo de la personalidad, el cual garantiza que toda persona pueda desenvolverse con plena libertad en la construcción de su vida; de esta manera, se permite que uno pueda formar valores y principios en el contexto donde se desenvuelva a fin de generar propias ideas y criterios, teniendo como límites la Constitución y la Ley.

²³ El art. 241 del CC, señala: No puede contraer matrimonio:

Los adolescentes, el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia.

²⁴ El art. 242, del CC, señala: No pueden contraer matrimonio entre sí:

Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido no declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

Los afines en línea recta.

Los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex - cónyuge vive.

El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.

El condenado como participe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta.



88

- Una manifestación del libre desarrollo de la personalidad es la libertad sexual, que no sólo los adultos la tienen; sino que esta es reconocida en los adolescentes entre 14 a 18 años, generado con ello los derechos sexuales y reproductivos; motivo por el cual, el Derecho Penal sólo sanciona cuando se obliga o fuerza la voluntad del adolescente (o menor de edad) a mantener relaciones sexuales.

- En el ámbito del Derecho Civil, se maneja una concepción contraria al considerar que los adolescentes, son titulares de derechos y su ejercicio está sujeto a la representación que puedan realizar sus padres o tutores; no advirtiéndose que esta etapa de la vida, registra cambios físicos, cognitivos y sociales, incluyéndose la madurez sexual y reproductiva; aunado, a nuestra realidad, urbana, rural y nativa), donde la adolescencia no es vivida del mismo modo, ni en el mismo tiempo e intensidad; conllevando que este ser humano pueda madurar (discernimiento) aun siendo joven.

- Un adolescente puede contar con la aptitud para tomar decisiones y la vez comprender sus actos, entre los que destaca la formación de su propia familia; situación que no es atendido por el Estado peruano, al no permitirse la celebración del matrimonio y tampoco por la unión de hecho (al no cumplirse con los requisitos para su reconocimiento); conllevando una incertidumbre e inseguridad jurídica para este grupo humano que busca tutelar de sus derechos.

VIII. Lista de Referencias

Libros

Eto, G. (2017). El amparo los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Eto, G. (2017). El amparo ámbito de protección de los derechos fundamentales análisis sistemático de la jurisprudencia del TC. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2001). Manual de derecho de familia. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta jurídica.

Varsi, E. (2011). Tratado de derecho de familia. Primera edición. 4 tomos. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

**Artículos físicos**

- Aguilar, B. (2023). La prohibición del matrimonio de personas menores de edad. *Actualidad Civil*. Enero (15), 23-32.
- Bermúdez, M. (2024). El desarrollo psicológico, sociocultural y sexual progresivo del adolescente y la Ley N.º 31945. *Actualidad Civil*. Enero (15), 47-57.
- Fernández, C. (2005). Derechos fundamentales de la persona – Defensa de la persona. En W. Gutiérrez (Ed.), *La constitución comentada tomo I* (pp. 7-12). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Peralta, J. (2024). ¿desfaciendo entuertos?: un comentario a la Ley N.º 31945 que prohíbe el matrimonio de personas menores de edad. *Actualidad Civil*. Enero (15), 33-46.

Artículos virtuales

- Defensoría del Pueblo (2019). Situación de los derechos de las mujeres indígenas. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/Informe-de-adjuntia-002-2019-PPI-Digital.pdf>
- Guevara, E. (2020). Derechos sexuales y derechos reproductivos. Recuperado de <https://investigacionmaternoperinatal.inmp.gob.pe/index.php/rpinmp/article/view/183/181>
- Lawrence, S. (1997). La inteligencia emocional en los niños. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-07051997000100008
- Ministerio de Salud. Cartilla informativa para personal de salud – atención en salud sexual y reproductiva y métodos anticonceptivos para adolescentes. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/VIH/Divulgacion/cartillas/Cartilla-Derechos-Sexuales-Adolescentes-Jovenes.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). La autoidentificación étnica: población indígena y afroperuana. Consulta: 3 de diciembre de 2019. En: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/



90

Casaciones y sentencias

SC 3535-2021, recurso de casación emitido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Expediente N.° 2868-2004-AA/TC.

Expediente N.° 6128-2005-AA/TC.

Expediente N.° 03901-2007-PA/TC.

Expediente N.° 01575-2007-PHC/TC.

Expediente N.° 05527-2008-PHC/TC.

Expediente N.° 00002-2010-CC/TC.

Expediente N.° 0008-2012-AI/TC.

Expediente N.° 0008-2012-AI/TC.

Expediente N.° 07009-2013-PHC/TC.

Acuerdo Plenario N.° 01-2012/CJ-116.

quaestio iuris

Una mirada exegética a los regímenes
patrimoniales del matrimonio en la
legislación peruana

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.5>



Una mirada exegética a los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación peruana

An exegetic analysis of the marital property regimes in peruvian legislation

MUÑOZ PERALTA, Hugo Miguel*

Recibido el 25.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27 12.24

Sumario

I. Introducción. **II.** Análisis de artículos. **2.1.** Artículo 295. Elección del régimen patrimonial. **2.2.** Artículo 296. Sustitución del régimen patrimonial. **2.3.** Artículo 297. Sustitución judicial del régimen. **2.4.** Artículo 298. Liquidación del régimen patrimonial. **2.5.** Artículo 299. Bienes del régimen patrimonial. **2.6.** Artículo 300. Obligación mutua de sostener el hogar. **III.** Conclusiones. **IV.** Recomendaciones. **V.** Lista de Referencias.

Resumen

El matrimonio determina no solo el surgimiento de relaciones personales entre los cónyuges, quienes procuran alcanzar un proyecto de vida compartido, con las consecuentes obligaciones y derechos, sino que, a su vez, implica el nacimiento de situaciones de naturaleza patrimonial. La vida en común conlleva solventar los gastos del mantenimiento del hogar, el progreso personal y familiar, y cumplir con las obligaciones generadas con terceras personas, incluidos los hijos. Es necesario organizar un régimen que regule la propiedad que adquiera cada uno de los cónyuges y el patrimonio que conforma la sociedad conyugal, denominados regímenes patrimoniales del matrimonio.

El presente artículo, desde el método exegético, pretende realizar una crítica a las disposiciones normativas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio en la legislación peruana.

*Abogado. Maestro en Ciencias, Mención Derecho Civil y Comercial. Doctorando por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente Universitario y abogado en el ejercicio libre de la defensa. Correo: munozasociados.abog@gmail.com <https://orcid/0000-0003-3755-8449>



Palabras clave: matrimonio, regímenes patrimoniales, sociedad de gananciales, separación de patrimonio.

Abstract

Marriage determines not only the emergence of personal relationships between spouses, who seek to achieve a shared life project, with the consequent obligations and rights, but, also implies the appearance of situations of patrimonial nature. A couple living together involves meeting the expenses of home maintenance, personal and family progress, and fulfill the obligations generated with third parties, including children. It is necessary to organize a legal regime that regulates the property acquired by each of the spouses and the assets that comprehend the marital partnership, called “regímenes patrimoniales del matrimonio”.

This article, from the exegetical method, aims to criticize the normative provisions that regulate the “regímenes patrimoniales del matrimonio” in Peruvian legislation.

Keywords: marriage, property regimes, community property, separation of assets.

I. Introducción

Planteamiento del problema

Dentro del sistema jurídico peruano, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú consagra el principio de protección a la familia y fomento del matrimonio. No obstante, el Derecho de Familia, en respuesta a los nuevos paradigmas sociales, necesita una reinterpretación que resalte la dignidad de la persona humana como núcleo del derecho. En particular, la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano, específicamente en los artículos 295 al 300, se considera desactualizada y, en varios aspectos, incompatible con las directrices constitucionales. Esta normativa está impregnada de formalismos legales que no se adecúan a las realidades y necesidades contemporáneas de las familias peruanas.

El contexto social actual en Perú ha experimentado transformaciones significativas en las dinámicas familiares y en las expectativas de igualdad y equidad dentro del matrimonio. Las nuevas realidades económicas, laborales y sociales requieren un marco jurídico que se adapte y brinde adecuada protección a los cónyuges en sus relaciones patrimoniales. No



obstante, los artículos encargados de regular los regímenes patrimoniales del matrimonio, continúan reflejando una perspectiva tradicional y desactualizada que no aborda las complejidades de las relaciones conyugales contemporáneas. Esta desactualización se evidencia en una serie de formalismos y rigideces que impiden una protección adecuada de los derechos patrimoniales de los cónyuges, especialmente en situaciones de vulnerabilidad.

El formalismo legal contenido en estas disposiciones dificulta la aplicación justa y equitativa de las normas, originando vacíos y lagunas que pueden llevar a interpretaciones inconsistentes y a una protección insuficiente de los derechos individuales en el matrimonio. Además, existen antinomias en la legislación que generan conflictos normativos y complican la resolución de disputas patrimoniales. Estas deficiencias no solo contravienen el principio constitucional de protección a la familia, sino que también afectan la dignidad de los individuos al no ofrecer un marco jurídico que responda a sus necesidades y circunstancias reales.

La necesidad de una reinterpretación crítica y propositiva de estos artículos se vuelve imperativa para asegurar que la legislación peruana en materia de familia cumpla con su objetivo de protección y promoción de la dignidad humana. Un análisis exegético de cada disposición normativa, apoyado en la doctrina comparada, puede revelar las deficiencias y proponer las modificaciones necesarias para actualizar y mejorar el marco legal. Este enfoque permitiría superar los formalismos y adaptar la regulación a las realidades actuales, garantizando una protección más efectiva y equitativa de los derechos patrimoniales de los cónyuges; por ello, considerando lo indicado en las líneas precedentes, se plantea como objetivos, para el presente artículo los siguientes: Evidenciar las deficiencias existentes identificando los vacíos, lagunas y antinomias en la regulación actual de los regímenes patrimoniales del matrimonio, que afectan la efectiva protección de los derechos de los cónyuges y la familia; así como, proponer modificaciones normativas sugiriendo reformas legislativas que permitan superar las deficiencias identificadas, garantizando una regulación más justa, equitativa y acorde con los principios constitucionales de dignidad humana y protección a la familia.

Por otro lado, es importante, realizar el presente análisis, porque la regulación actual de los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano necesita una revisión y actualización urgente. Solo a través de una revalorización del valor de la dignidad de la persona humana y una adaptación de



las normas a las realidades sociales contemporáneas, se podrá asegurar que el Derecho de Familia cumpla con su función de proteger y promover el bienestar de todos los miembros de la familia, en consonancia con los principios constitucionales.

II. Análisis de los artículos

2.1 Elección del régimen patrimonial

Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Es importante considerar que, en nuestra regulación normativa, sobre regímenes patrimoniales, se aprecia la adaptación de la norma a las exigencias de la sociedad que regula. Así, tenemos que a diferencia de lo prescrito por el artículo 295 del Código Civil vigente, el Código Civil de 1852 adoptó la sociedad de gananciales como régimen obligatorio y prescribió que el marido era el administrador de los bienes (Cfr. artículo 955). Por su parte, el Código Civil de 1936, estableció el régimen forzoso de gananciales y, por lo tanto, rechazó las capitulaciones matrimoniales. Actualmente, en el Perú, los regímenes patrimoniales reconocidos por el Código Civil de 1984 son la sociedad de gananciales y el régimen de separación de patrimonios.

En esta línea argumentativa, Zannoni y Bossert (2004) precisan las dificultades para abordar la gran diversidad legislativa y el cúmulo de modalidades o matices diferenciales dentro del régimen adoptado en cada país. También destacan la evolución permanente de los sistemas matrimoniales, los cuales se adecuan de manera necesaria a las circunstancias históricas, económicas y sociales que inciden sobre las instituciones familiares (p. 219).

El régimen patrimonial del matrimonio está conformado por disposiciones normativas generales, que aplican a todos los matrimonios, y normas especiales, que se aplican a los regímenes específicos adoptados por los cónyuges. Las disposiciones generales constituyen las normas básicas que



regulan la mayoría de los casos, independientemente del régimen elegido por los cónyuges. Su finalidad es propiciar la igualdad conyugal, y estas normas se conocen como el régimen matrimonial primario. Por su parte, las disposiciones especiales regulan los aspectos particulares de cada régimen matrimonial específico, como la sociedad de gananciales o la separación de bienes.

De igual manera, los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan cómo contribuirán los cónyuges en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar. Además, establecen la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros de los cónyuges. También, la forma en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos (Plácido, 2003, p. 175).

El artículo previamente citado recoge el principio de libertad de estipulación, siendo la libertad de escogencia una de sus manifestaciones, prescribiendo que los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, los cuales indistintamente comenzarán a regir a partir del matrimonio, es decir, se configura una *conditio* legal (con una determinación de tiempo y que surte efecto tan solo desde la celebración del matrimonio, sin casamiento el pacto es ineficaz). Así también, la manifestación expresa o el silencio hacen presumir de *iure* la opción del régimen de la sociedad de gananciales. El maestro Moisés Arata, al desarrollar el principio de libertad de estipulación, precisa que este no se limita a la libre escogencia, sino que también se extiende a la posibilidad de modificar el contenido de los regímenes típicos, observando únicamente las limitaciones que estos imponen a la autonomía privada (2011, p. 73).

Las convenciones o capitulaciones matrimoniales son los acuerdos o pactos celebrados entre los contrayentes para optar por uno de los regímenes matrimoniales contemplados por el Código Civil, exigiendo la aptitud nupcial, es decir, la capacidad para contraer matrimonio y para capitular (*habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*).

Sin embargo, se debe advertir que la legislación peruana no ha regulado el régimen convencional o de las capitulaciones matrimoniales que se constituyen antes de la celebración del matrimonio, y pueden modificarse durante su vigencia, pues, no depende de la sola voluntad de los contrayentes el optar por



97

uno de los regímenes matrimoniales, sino que la misma debe someterse al imperio normativo.

En esta línea argumentativa, el maestro peruano Benjamín Aguilar, precisa que las relaciones económicas de los cónyuges están sujetas a un ordenamiento jurídico determinado; en el caso peruano, la existencia de dos regímenes, el de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios, pero ambos vienen delimitados por la ley, la voluntad de los contrayentes –y casados– debe sujetarse a lo preestablecido con reglas claras (2006, p. 314).

La sociedad de gananciales, según la perspectiva de Enrique Varsi (2012), representa una modalidad específica de régimen patrimonial matrimonial que se caracteriza por constituir una comunidad de bienes parcial, en especial en lo concerniente a los bienes adquiridos a título oneroso. Este régimen se conoce también como el régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso.

Es esencial comprender que la sociedad de gananciales no surge por una decisión expresa de los contrayentes, sino que opera como un régimen legal supletorio, es decir, entra en vigor únicamente en ausencia de una voluntad clara y específica de optar por otro régimen. Esta imposición normativa encuentra su justificación en la premisa fundamental de que el matrimonio conlleva consigo la necesidad de establecer un régimen patrimonial que regule los derechos y obligaciones económicas entre los cónyuges.

En el contexto jurídico de nuestro país, es importante señalar que no se aplica de manera estricta el régimen de sociedad de gananciales, sino más bien una variante que se sitúa en un punto intermedio entre la comunidad universal y la separación de patrimonios. Este régimen intermedio, caracterizado por su naturaleza parcial, busca proporcionar un equilibrio entre los intereses patrimoniales individuales y comunes de cada cónyuge.

Bajo esta modalidad de régimen patrimonial, las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, así como los frutos o productos de los bienes propios de cada cónyuge y los bienes adquiridos en sociedad, adquieren la calidad de bienes sociales. Es fundamental tener en cuenta diversos criterios para determinar si un bien tiene el carácter de bien social, entre los cuales se incluyen la época de adquisición, la naturaleza onerosa o gratuita de las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, así como el origen de los fondos empleados en



dichas adquisiciones. Es decir, la sociedad de gananciales y sus variantes constituyen un importante marco jurídico que regula las relaciones económicas entre los cónyuges durante el matrimonio, buscando conciliar los intereses individuales y comunes en materia patrimonial.

El mismo autor, en relación con el régimen de separación de bienes y deudas, precisa que se trata de un régimen que opera por voluntad de los contrayentes o cónyuges. En este régimen, los bienes y las obligaciones de cada cónyuge están claramente diferenciados, y no existe una comunidad ni socialidad de los bienes. Cada cónyuge mantiene su capital sin perjuicio de las cargas comunes propias del matrimonio, las cuales subsisten. La determinación de la responsabilidad patrimonial por las obligaciones recaerá en el cónyuge deudor, afectándose, única y exclusivamente, su propio patrimonio (p. 79).

El régimen de separación de bienes y deudas, según el autor citado, se caracteriza por su funcionamiento basado en la voluntad de los contrayentes o cónyuges. Esta característica resalta la importancia de la autonomía de la voluntad en la regulación de los asuntos patrimoniales dentro del matrimonio. Sin embargo, es crucial cuestionar si esta autonomía absoluta puede generar desequilibrios o injusticias, especialmente en situaciones donde exista una disparidad de recursos entre los cónyuges. Por ejemplo, ¿qué sucede si uno de los cónyuges aporta significativamente más al matrimonio en términos de recursos financieros o activos? ¿Cómo se protegen los derechos de aquellos cónyuges que puedan resultar económicamente vulnerables en caso de separación o divorcio?

El texto también destaca que, en el régimen de separación de bienes, los activos y pasivos de cada cónyuge están claramente diferenciados, y no existe una comunidad o socialidad de los bienes. Si bien esta separación puede ser vista como una protección de los intereses individuales de cada cónyuge, también puede generar tensiones y conflictos en situaciones donde sea necesario compartir responsabilidades financieras o enfrentar dificultades económicas. Por ejemplo, ¿cómo se manejarían los gastos comunes del hogar, como el pago de la vivienda, los servicios públicos o la educación de los hijos, si los ingresos y activos están separados de manera estricta?

Otro aspecto crítico del texto es la asignación de la responsabilidad patrimonial por las obligaciones. Se menciona que la responsabilidad recaerá en el cónyuge deudor, afectando exclusivamente su propio patrimonio. Esta disposición puede ser justa en algunos casos, pero también plantea interrogantes



99

sobre cómo se protegen los derechos de los acreedores en situaciones donde un cónyuge pueda incurrir en deudas significativas sin el conocimiento o consentimiento del otro. Además, ¿cómo se garantiza la protección de los derechos de los cónyuges no deudores en caso de insolvencia o quiebra de su pareja? En síntesis, si bien el texto proporciona una visión general del régimen de separación de bienes y deudas en el matrimonio, es esencial abordar de manera crítica y argumentativa sus implicaciones, tanto positivas como negativas. Esto implica considerar cómo este régimen afecta los derechos y responsabilidades de los cónyuges, así como su capacidad para manejar los desafíos financieros y proteger su patrimonio en diferentes circunstancias.

En relación con la determinación del momento oportuno para optar por el régimen de separación de patrimonios en el ámbito jurídico, es importante destacar que esta elección debe realizarse con antelación al matrimonio y requiere formalizarse mediante el otorgamiento de una escritura pública. Este requisito de forma, establecido en la legislación, reviste una naturaleza solemne, lo que significa que su cumplimiento es esencial para la validez del acto jurídico. Tal formalidad puede entenderse como una salvaguardia destinada a garantizar la claridad y la seriedad de la voluntad expresada por los contrayentes al momento de elegir este régimen patrimonial. En caso de incumplimiento de esta exigencia formal, la ley establece una consecuencia jurídica clara y contundente: la nulidad del acto jurídico. Esta nulidad se fundamenta en el principio de imperio legal que confiere a la normativa la facultad de invalidar actos que no se ajusten a los requisitos legales establecidos. En este contexto, los artículos 140 inciso 4 y 219 inciso 6 del Código Civil son las disposiciones legales pertinentes que sustentan esta consecuencia jurídica.

Además del requisito de forma, se impone otra obligación asociada a la inscripción en el registro personal que tiene como finalidad otorgar publicidad al acto de elección del régimen de separación de patrimonios. La publicidad registral cumple una función esencial de seguridad jurídica al brindar acceso a la información sobre el estado civil y los regímenes patrimoniales de las personas, lo que contribuye a proteger a los terceros que, de buena fe y a título oneroso, celebren contratos con los contrayentes.

Se recomienda dejar de lado tanto formalismo riguroso y establecer mecanismos más expeditivos como el hecho de que la separación de patrimonio se constituye con la elección que hagan los contrayentes en el acto de celebración del matrimonio



al preguntar el celebrante por el régimen patrimonial por el que éstos desean optar. Si eligen la separación de patrimonio, entonces quedaría a cargo de la Municipalidad remitir el oficio correspondiente al registro personal para su inscripción. En este mismo sentido, el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, precisa: «No será necesario otorgar escritura pública cuando los contrayentes lo declaran en el acto de la declaración del matrimonio, lo que deberá constar en el acta». En consecuencia, la norma proyectada incorpora la potestad de los contrayentes de optar por el régimen patrimonial que regirá su vida marital en el mismo acto de celebración del matrimonio, unificando en un solo acto la voluntad nupcial, economizando costos, trámites y tiempo.

La norma bajo análisis no hace referencia al régimen patrimonial de las uniones de hecho, ante tales casos, se debe explicitar que el régimen patrimonial es único y forzoso; es decir, que no cabe la posibilidad que los concubinos opten por un régimen patrimonial distinto al de la sociedad de gananciales (no se puede elegir el régimen de separación de patrimonio), siempre que la convivencia haya durado por lo menos dos años continuos y cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil (uniones de hecho propias). En esta línea de razonamiento, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que no es indispensable que exista un matrimonio para que se configure el régimen de sociedad de gananciales, las uniones estables se hallan bajo dicho régimen por mandato legal (STC Exp. N° 04777-2006-AA/TC del 13 de octubre de 2008). Sin embargo, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, hace un «giro copernicano», admitiendo la posibilidad de la separación de patrimonios entre los convivientes, afirmando: «Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros».

En síntesis, en la legislación peruana relativa a los regímenes patrimoniales matrimoniales, se evidencia una adaptación a las demandas sociales, desde la imposición inicial de la sociedad de gananciales conforme al Código Civil de 1852, hasta el reconocimiento actual de la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios como alternativas válidas. Zannoni y Bossert resaltan la complejidad normativa en este ámbito, enfatizando la necesidad de adecuar los sistemas matrimoniales a las circunstancias históricas, económicas y sociales. Estos regímenes definen cómo los cónyuges contribuirán a las necesidades del hogar, gestionarán los bienes y responderán ante terceros por las deudas contraídas. No obstante, se aprecia una carencia normativa en relación



al régimen patrimonial de las uniones de hecho, aspecto que requiere atención para garantizar la protección efectiva de los derechos y deberes de los convivientes, según lo indicado por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil plantea modificaciones importantes, como la opción de separación de patrimonios entre convivientes, con el fin de simplificar los procedimientos y ajustar la normativa a las necesidades sociales contemporáneas.

2.2 Sustitución del régimen patrimonial

Artículo 296.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

De manera general, el texto plantea la posibilidad de cambio de régimen patrimonial durante el matrimonio, destacando la importancia de formalizar este cambio mediante escritura pública y su posterior registro. Esta flexibilidad permite a los cónyuges adaptar su régimen patrimonial a nuevas circunstancias o necesidades. Sin embargo, es fundamental analizar críticamente este proceso, considerando aspectos como la equidad entre las partes, la protección de terceros y la efectividad de la formalidad requerida para el cambio de régimen. Además, se debe evaluar si este proceso garantiza una toma de decisiones informada y voluntaria por parte de ambos cónyuges, así como su impacto en la estabilidad financiera y emocional del matrimonio; por ello, se ha considerado realizar el análisis siguiente.

En primer lugar, en el marco de nuestro ordenamiento legal, se destaca la inclusión del principio de mutabilidad del régimen patrimonial elegido por los cónyuges, el cual se fundamenta en la libertad de estipulación. Moisés Arata, reconocido jurista peruano, profundiza en este principio y señala su relevancia en dos momentos clave: antes de la celebración del matrimonio y durante su vigencia. En ambos casos, es crucial entender que este principio está arraigado en la libertad de elección, siendo este el pilar fundamental de la mutabilidad. Este enfoque permite comprender cómo la regulación legal brinda a los contrayentes la facultad de adaptar su régimen patrimonial según sus necesidades y circunstancias, lo cual promueve un mayor grado de autonomía y flexibilidad en el ámbito matrimonial (2011, p. 75).



Dependiendo de la decisión de los contrayentes, estos pueden optar por un régimen patrimonial antes de contraer matrimonio, lo que se conoce como elección, o pueden cambiar el régimen existente una vez ya casados, lo que se denomina sustitución o variación. La sustitución se lleva a cabo después de la celebración del matrimonio a través del otorgamiento de una escritura pública y su posterior inscripción en el registro personal. Esto es crucial para que el cambio surta efectos frente a terceros, es decir, para que sea válido y pueda ser invocado ante cualquier disputa o situación legal. Es importante destacar que este cambio de régimen patrimonial puede realizarse varias veces a lo largo del matrimonio, siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial. Esto significa que la pareja tiene la libertad de ajustar su régimen patrimonial según lo consideren necesario, sin tener que pasar por trámites legales complejos.

El artículo que estamos analizando establece que para que un convenio sea válido, es necesario otorgarlo en forma de escritura pública y luego inscribirlo en el registro personal. La escritura pública es un requisito esencial para la validez del convenio, aunque su falta no acarrea la nulidad del acto jurídico. Según el artículo 144 del Código Civil, este requisito se considera una forma *ad probationem*, lo que significa que las partes pueden ser instadas a cumplirlo entre sí. En contraste, el artículo 295 del mismo código requiere que el acuerdo de separación de patrimonios, adoptado antes del matrimonio, conste en escritura pública, siendo una formalidad *ad solemnitatem* cuya falta sí conlleva la nulidad del acto jurídico. La inscripción en el registro personal está estrechamente relacionada con el principio de publicidad registral, que busca que terceros puedan conocer ciertas situaciones jurídicas. Sin embargo, es importante señalar que la inscripción no garantiza el conocimiento efectivo de la situación jurídica por parte de todos los individuos, sino que simplemente proporciona la posibilidad de acceder a esta información. Moisés Arata, resalta la importancia de este principio en el régimen patrimonial del matrimonio, ya que no solo afecta el estado personal de los contrayentes, sino también sus derechos y obligaciones sobre los bienes durante y después del matrimonio. Esto destaca la trascendencia social de la celebración del matrimonio, que no solo modifica el estado personal de los contrayentes, sino también su situación patrimonial.

No obstante lo indicado, se observa una incongruencia normativa entre los artículos 296 y 319 del Código Civil; pues en tanto el artículo 296 prescribe que el nuevo régimen tiene vigencia para los cónyuges y terceros desde la fecha



de su inscripción (carácter constitutivo); el artículo 319 del mismo cuerpo normativo prescribe que para las relaciones entre los cónyuges, el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la escritura pública de sustitución voluntaria, cuando la separación de los bienes se establece de común acuerdo (carácter declarativo), siendo la inscripción aplicable solo para terceros (carácter constitutivo), sugiriéndose al respecto una regulación sistematizada del Código Civil, debiendo dicho cuerpo normativo considerar en ambos supuestos que la vigencia se considerará desde la inscripción en el registro personal. En esta línea argumentativa, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, precisa: «Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal». De esta forma, la inscripción de la elección del régimen económico como su sustitución genera consecuencias frente a los interesados ajenos al vínculo conyugal que pueden ser afectados o comprometidos.

En síntesis, el análisis del principio de mutabilidad del régimen patrimonial en el ordenamiento legal, destaca la flexibilidad otorgada a los cónyuges para elegir o cambiar su régimen patrimonial, fundamentado en la libertad de estipulación. Moisés Arata subraya que esta mutabilidad puede darse antes del matrimonio (elección) o durante su vigencia (sustitución o variación), con la escritura pública y su inscripción en el registro personal como requisitos esenciales para la validez frente a terceros. Sin embargo, la inobservancia de estos requisitos no siempre resulta en la nulidad del acto, siendo la escritura pública una formalidad *ad probationem* según el artículo 144 del Código Civil, mientras que el artículo 295 la considera una formalidad *ad solemnitatem* para acuerdos prenupciales, cuya omisión sí conlleva nulidad. La inscripción en el registro personal garantiza la publicidad registral, asegurando que las situaciones jurídicas sean potencialmente conocidas por terceros, aunque no garantiza conocimiento efectivo, sino la posibilidad de acceder a la información. Arata resalta la importancia de la publicidad en el régimen patrimonial del matrimonio debido a la implicación social y patrimonial que conlleva. Sin embargo, se identifica una incongruencia normativa entre los artículos 296 y 319 del Código Civil, donde el primero establece la vigencia del nuevo régimen desde la inscripción (carácter constitutivo) y el segundo desde la escritura pública para los cónyuges, siendo la inscripción relevante solo para terceros. Esto sugiere la necesidad de una regulación sistematizada del Código Civil que considere la inscripción como el punto de partida de la vigencia en ambos casos, alineándose con el Anteproyecto de Reforma del Código Civil que estipula la inscripción en el registro personal como requisito para efectos frente a terceros,



asegurando que tanto la elección como la sustitución del régimen económico tengan consecuencias legales para las partes involucradas y terceros.

2.3 Sustitución judicial del régimen

Artículo 297.- En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329.

De manera general, el artículo 297 del Código Civil peruano aborda una importante facultad conferida a los cónyuges dentro del régimen patrimonial del matrimonio: la posibilidad de solicitar judicialmente la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes. Esta disposición normativa refleja la flexibilidad y adaptabilidad del sistema legal matrimonial, permitiendo a los cónyuges ajustar su régimen patrimonial a las circunstancias cambiantes y necesidades particulares que puedan surgir durante la vigencia del matrimonio. El análisis de este artículo, en concordancia con el artículo 329, permitirá comprender en profundidad los casos y condiciones bajo los cuales se puede llevar a cabo dicha sustitución, así como las implicancias jurídicas de este procedimiento. El análisis se centra en los siguientes aspectos:

La variación del régimen patrimonial en el matrimonio, a través de la vía judicial y a solicitud del cónyuge afectado, se orienta principalmente a proteger el patrimonio familiar en situaciones donde se evidencia una gestión económica inadecuada o perjudicial. Esta medida no tiene como objetivo sancionar el incumplimiento de obligaciones personales entre los cónyuges, sino más bien preservar los intereses patrimoniales del cónyuge perjudicado por una administración deficiente. En este contexto, la intervención judicial actúa como un mecanismo de salvaguarda, asegurando que los bienes matrimoniales sean manejados de manera adecuada y en beneficio de ambas partes, y proporcionando una solución efectiva frente a situaciones que podrían poner en riesgo la estabilidad económica del matrimonio.

Al respecto, el profesor peruano Alex Plácido (2003) advierte una incongruencia entre los artículos 297 y 329 del Código Civil en cuanto a la legitimidad activa para solicitar la modificación del régimen patrimonial. El artículo 297 establece que cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para cambiar el régimen de sociedad de gananciales por el de separación



de patrimonios. En contraste, el artículo 329 restringe esta posibilidad al cónyuge agraviado, es decir, aquel que sufre perjuicios económicos debido a la conducta del otro cónyuge. Para resolver esta aparente deficiencia legislativa, es crucial considerar el contexto y propósito de cada disposición. La sustitución judicial del régimen patrimonial tiene como objetivo principal proteger los intereses económicos de los cónyuges y evitar mayores perjuicios. Sin embargo, la interpretación adecuada debería determinar si existen circunstancias específicas bajo las cuales ambos cónyuges pueden tener un interés legítimo en solicitar esta modificación.

Por lo tanto, es recomendable una revisión detallada del marco legislativo y una posible armonización de estos artículos, asegurando que la protección patrimonial se aplique de manera justa y coherente, permitiendo que el cónyuge agraviado, en particular, tenga la capacidad de solicitar la intervención judicial cuando sea necesario. Esta solución podría incluir una reforma legislativa que clarifique y unifique los criterios para la legitimidad activa en la modificación del régimen patrimonial, garantizando así una mayor claridad y justicia en su aplicación. Conforme se ha indicado, el artículo faculta la aprobación judicial de la variación del régimen patrimonial por las causales expresamente estipuladas en el artículo 329 del Código Civil, a saber: i) abuso de facultades esta causal se presenta cuando uno de los cónyuges, con facultades expresas para la gestión del patrimonio familiar, excede los parámetros de la buena fe u omite deliberadamente las acciones necesarias para una adecuada administración. Este comportamiento incluye actos que dañan los intereses patrimoniales del cónyuge o de la sociedad conyugal; ii) dolo en la gestión de los bienes se configura cuando uno de los cónyuges realiza actos de disposición o gestión patrimonial con intención fraudulenta o que causan grave daño o ponen en peligro los derechos del otro cónyuge o de la sociedad conyugal. Esto incluye la destrucción de bienes, el fraude, y la falta de transparencia en la administración; y, iii) culpa en la gestión empresarial ocurre cuando, debido a la grave negligencia de uno de los cónyuges en la administración de los bienes, se pone en peligro el patrimonio del otro cónyuge o de la sociedad conyugal. Esta causal incluye una falta de aptitud o negligencia grave que resulta en gastos excesivos, disipación de bienes o insolvencia. Cada una de estas causales justifica la intervención judicial para modificar el régimen patrimonial con el objetivo de proteger los intereses económicos de los cónyuges afectados por una administración inadecuada o fraudulenta.



Zannoni y Bossert, al analizar la legislación argentina respecto a la mala administración por parte de uno de los cónyuges, señalan que esta situación puede no solo llevar a la pérdida de los bienes gananciales del cónyuge mal administrador o concursado, sino también obligar al otro cónyuge a dividir los gananciales que ha adquirido exclusivamente con su propio esfuerzo. Esta disposición legal constituye una norma de protección basada en la comunidad de intereses, la cual se fundamenta en el aporte común y el esfuerzo mutuos de ambos cónyuges.

En consecuencia, permite la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal existente hasta ese momento si la mala gestión de uno de los cónyuges causa un perjuicio significativo al otro. A partir de esta separación de bienes, las adquisiciones de cada cónyuge serán consideradas personales, es decir, no formarán parte de un patrimonio común. Este enfoque busca proteger los intereses económicos del cónyuge perjudicado, asegurando que no se vea forzado a compartir sus bienes adquiridos de manera individual debido a la mala administración del otro. Además, fomenta una mayor responsabilidad y transparencia en la gestión de los bienes comunes durante el matrimonio, ya que cualquier negligencia o mala conducta puede llevar a consecuencias legales significativas, incluyendo la disolución del régimen de gananciales y la separación de patrimonios. Es decir, la normativa expuesta por Zannoni y Bossert refuerza la importancia del esfuerzo y la contribución mutuos en el matrimonio, ofreciendo mecanismos legales para proteger al cónyuge afectado por una administración deficiente y asegurar una distribución justa de los bienes en caso de separación.

Alex Plácido critica el criterio restrictivo para la variación del régimen con aprobación judicial y la dificultad probatoria que importa demostrar aspectos tan subjetivos como el dolo o la culpa, o inclusive el abuso de facultades, en la gestión de los bienes, señalando que prácticamente se hace inoperable este mecanismo, manteniendo una situación intolerable para el cónyuge perjudicado. El autor recomienda optar por un sistema con causales objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, y a situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, que evidencian la inexistencia de la comunidad de intereses que es el sustento de la sociedad de gananciales, por el otro (pp. 186-187).



En tal orden de ideas, se recomienda incorporar varios supuestos adicionales que justifiquen la variación del régimen patrimonial en el matrimonio. En primer lugar, la desaparición de uno de los cónyuges por más de un año debería ser considerada, ya que su ausencia prolongada afecta la administración eficiente y segura de los bienes comunes. Asimismo, la declaración de interdicción por cualquier motivo de incapacidad de ejercicio, ya sea absoluta o relativa, también debería ser motivo suficiente para modificar el régimen patrimonial, protegiendo así los intereses económicos de ambos cónyuges.

Además, se debe incluir la situación en la que un cónyuge realiza unilateralmente actos de administración o disposición patrimonial que impliquen fraude o representen un grave peligro para los derechos del otro cónyuge. La falta de cumplimiento en la rendición de cuentas sobre la administración de bienes sociales o propios del otro cónyuge también debe ser considerada una causal para permitir la modificación del régimen patrimonial, asegurando transparencia y responsabilidad en la gestión de los bienes.

Otro supuesto a incorporar es la condena por delito de omisión a la asistencia familiar, ya que este incumplimiento demuestra una falta de responsabilidad que puede afectar negativamente la estabilidad económica del matrimonio. Asimismo, el abandono del hogar por más de un año, o la existencia de un acuerdo de separación de hecho por el mismo tiempo, deben ser considerados como motivos para revisar y posiblemente cambiar el régimen patrimonial, garantizando una administración adecuada de los bienes comunes.

Por último, el embargo de la parte correspondiente en los bienes sociales debido a deudas propias de uno de los cónyuges debe ser un supuesto que justifique la variación del régimen patrimonial. Esto protege el patrimonio común y asegura que el cónyuge no afectado por las deudas no se vea perjudicado. Incorporar estos supuestos en la normativa aseguraría una mayor protección y equidad en la administración del patrimonio conyugal. Estos cambios garantizarían que el régimen patrimonial sea flexible y capaz de responder a diversas circunstancias adversas, protegiendo así los derechos e intereses de ambos cónyuges.

Finalmente, atendiendo a lo prescrito por el artículo 319 del Código Civil, para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de notificación con la demanda; y, respecto a terceros, en la fecha de la inscripción en el registro personal.



2.4 Liquidación del régimen patrimonial

Artículo 298.- Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación.

Es importante señalar, en primer término, que el artículo 298 del Código Civil establece la obligación de llevar a cabo la liquidación del régimen patrimonial al finalizar su vigencia, lo que conlleva una serie de procedimientos importantes para disolver adecuadamente los lazos económicos generados durante el matrimonio. Este proceso implica la realización de un inventario detallado de los bienes y deudas acumulados, seguido de su valoración económica y posterior distribución. El objetivo primordial de esta liquidación es asegurar una repartición justa y equitativa de los activos y pasivos entre los cónyuges, preservando así sus derechos y garantizando transparencia en el cierre de la relación económica matrimonial. Además, se abordará en detalle el fundamento legal del artículo 298, destacando la importancia de regular de manera ordenada y justa el término de los regímenes patrimoniales matrimoniales, así como las posibles dificultades y controversias que pueden surgir en el proceso de liquidación y su relevancia para la protección de los intereses de los involucrados.

Para el jurista peruano Jorge Avendaño, es un proceso consistente en pagar las deudas sociales y entregar a cada cónyuge sus bienes propios. El remanente es lo que se denomina gananciales, sobre los cuales –ahora sí–, hay copropiedad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Los gananciales son los bienes singulares, existentes al término de la liquidación de la comunidad y una vez que los pasivos sociales ya no existen. Evidentemente, esa copropiedad termina con la partición a que alude el segundo párrafo del artículo 323. (1990, p. 255).

Este texto se refiere al proceso de liquidación en el ámbito del derecho de familia, específicamente en el contexto de la terminación de un régimen patrimonial matrimonial. La liquidación implica una serie de trámites y acciones legales dirigidas a establecer de manera precisa los activos y pasivos acumulados durante el matrimonio y determinar cómo se distribuirán entre los cónyuges. En primer lugar, la liquidación implica realizar un inventario detallado de todos los bienes que forman parte del patrimonio ganancial, es decir, aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio. Este inventario es fundamental para determinar el valor total de la masa de gananciales.



Posteriormente, se llevan a cabo operaciones destinadas a determinar y pagar las deudas que cada cónyuge haya contraído durante el matrimonio, tanto aquellas deudas individuales como las deudas compartidas. Otro aspecto importante de la liquidación es la dilucidación del carácter ganancial o propio de algunos bienes. Esto significa determinar si un determinado bien pertenece al patrimonio común de los cónyuges o si es propiedad exclusiva de uno de ellos.

Además, se deben determinar las recompensas que se adeuden entre las masas gananciales y las masas propias. Las recompensas son compensaciones económicas que pueden surgir cuando uno de los cónyuges ha utilizado recursos propios para beneficiar el patrimonio común. Asimismo, se realiza una estimación del valor de los bienes comunes, es decir, aquellos bienes que son propiedad conjunta de ambos cónyuges; por ello, aunque el texto proporciona una descripción general de los pasos involucrados en el proceso de liquidación, carece de detalles específicos sobre los procedimientos legales y los criterios utilizados para determinar aspectos como el carácter ganancial o propio de los bienes, así como las recompensas debidas entre las masas gananciales y propias. Además, no aborda cómo se resuelven las disputas o controversias que pueden surgir durante el proceso de liquidación, lo que puede ser un aspecto crucial en la práctica jurídica.

Por ello, es importante agregar que la liquidación comienza con el inventario (identificación precisa de los bienes, no se incluye el menaje ordinario de la casa); prosigue con la valorización (establecimiento del valor del mercado de los bienes, con las depreciaciones que hayan podido sufrir por su uso ordinario); continua con la liquidación (identificar los activos/haber y pasivos/deber, las acreencias, deudas, obligaciones sociales y las cargas a fin de cancelarlas); finalmente, concluye con la división y adjudicación (el remanente, el saldo del pago de las deudas sociales, son las gananciales y se reparten igualitariamente entre los cónyuges; sin embargo, esto no obsta para que por acuerdo mutuo se reparta de otra manera, en beneficio de uno de los cónyuges). Se debe explicitar que, de los actos precisados, el único que por imperio normativo requiere su inscripción es el de la división y posterior adjudicación de bienes, sin dejar de ser facultativo entre las partes.

Asimismo, respecto de las uniones de hecho propias, conforme a lo estipulado en el artículo 326 del Código Civil, (voluntariamente realizadas y mantenidas como mínimo por dos años por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial), al originar una sociedad de bienes a la cual



se le aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto le fuesen pertinentes, también pueden fenecer, lo que implicará que se realice el procedimiento de liquidación señalado. Si bien, es cierto que la norma comentada no ha regulado lo concerniente a la liquidación del régimen patrimonial de la sociedad convivencial; sin embargo, al realizar una interpretación extensiva y finalista de la frase «en cuanto le sea aplicable», se entiende que los convivientes tienen el derecho de exigir la liquidación respectiva, pero previamente de haber sido acreditado el concubinato en sede judicial, pues, no contamos con normas referidas al registro de concubinos. Nuestra jurisprudencia ha seguido esta corriente de pensamiento, al precisar en la resolución casatoria 1620–98: «para que la concubina tenga derecho a darse por constituida la sociedad de gananciales como si existiera matrimonio civil, y a que su vez tenga derecho al cincuenta por ciento de los bienes constituidos por dicha sociedad, debe expresamente acreditarse el concubinato, con los requisitos de ley y contar con la decisión jurisdiccional de haberse constituido conforme a ley».

2.5 Bienes del régimen patrimonial

Artículo 299.- El régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquél en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia.

Este artículo del Código Civil peruano establece las bases del régimen patrimonial que rige las relaciones económicas entre los cónyuges. En su contenido, se destaca la inclusión de todos los bienes que los esposos poseían al momento de establecerse dicho régimen, así como los adquiridos durante su vigencia, independientemente del título que los haya originado. Este principio fundamental del derecho civil peruano sienta las bases para la distribución de los activos y pasivos durante el matrimonio, definiendo la naturaleza de la propiedad y los derechos económicos de cada cónyuge.

El patrimonio familiar está conformado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son susceptibles de estimación económica y que corresponden a los cónyuges; respecto al patrimonio conyugal, nuestra jurisprudencia ha precisado que es indiviso, pudiendo determinarse la copropiedad mediante sentencia judicial únicamente (Cas. N° 963-96, 2002, p. 151).

El patrimonio está conformado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, deudas y acreencias que son



valorables económicamente y que tienen un titular; así pues, la familia no está exenta de acervo patrimonial; incluso, ésta se compone de él, en razón que cuenta con una actividad económica, comportándose como una unidad de producción; entendemos entonces que está conformado por todos los bienes corporales e incorporales; en suma, por los activos (bienes, derechos y acciones) y pasivos (cargas, gravámenes y obligaciones). El maestro peruano Moisés Arata, precisa que la función inmediata del artículo comentado es tener por eliminadas, instituciones como la de los bienes reservados o parafernales, en virtud de las cuales se sustraía, del régimen patrimonial aplicable, determinados bienes de uno de los cónyuges, ordinariamente pertenecientes a la mujer, para así excluirlos de las vicisitudes de la administración marital del régimen patrimonial, también es cierto que subyace el tema de la titularidad de los bienes que integran el régimen patrimonial del matrimonio. (2011, p. 106).

El jurista argentino Guillermo Borda, al abordar los tipos de bienes que se pueden conformar en una sociedad conyugal, precisa en toda sociedad conyugal hay o puede haber cuatro masas de bienes: los bienes propios del marido, los bienes propios de la mujer, los gananciales administrados por el marido y los gananciales cuya administración está reservada a la mujer. Refiere además que suelen darse otras situaciones peculiares, v.gr. bienes propios de ambos cónyuges que están en condominio, puede ocurrir que un bien sea de ganancialidad compartida o que un bien haya sido adquirido en parte con dinero propio de uno de los cónyuges y en parte con dinero ganancial (1993, pp. 289–290).

En el contexto del derecho familiar, el concepto de régimen patrimonial abarca un conjunto integral de normas y principios que gobiernan las relaciones económicas entre los cónyuges y su interacción con terceros. En otras palabras, se refiere a la estructura legal que rige el aspecto económico único y específico de la institución familiar. Este régimen establece las pautas para la adquisición, administración y disposición de los bienes y activos que conforman el patrimonio de la pareja, así como las obligaciones y responsabilidades financieras que emanan de estas relaciones. Es fundamental comprender que estas disposiciones legales no solo definen los derechos y deberes de los esposos entre sí, sino también sus interacciones económicas con el mundo exterior, asegurando así la protección y estabilidad de los intereses financieros de la familia en su conjunto.

Como bien lo expresa, Roxana Vargas el patrimonio de la sociedad conyugal, ha de ser entendido independientemente



del régimen patrimonial por el que se opte. Generalmente está conformado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, apreciables pecuniariamente. Este patrimonio conyugal está formado, pues, por el activo y el pasivo (haber y debe) de una totalidad. Dicha totalidad comprende el pasado, el presente y el futuro, es decir, los bienes y las deudas o, mejor, el patrimonio, tanto anterior a la entrada en vigor del régimen (por sustitución de un régimen por otro, o por matrimonio recién contraído), cuanto todo lo que se adquiera por cualquier título o modalidad durante su vigencia (2003, p. 191).

2.6 Obligación mutua de sostener el hogar

Artículo 300.- Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno.

De manera general, este artículo, refleja un principio fundamental en el derecho familiar que busca garantizar la equidad y la solidaridad económica dentro del matrimonio. Esta disposición legal reconoce la responsabilidad compartida de los cónyuges en la satisfacción de las necesidades básicas del hogar, independientemente del régimen patrimonial que rija su unión. En este sentido, el artículo establece una obligación mutua de contribuir al mantenimiento del hogar de acuerdo con las capacidades financieras individuales de cada cónyuge. Además, otorga al juez la facultad de regular esta contribución en caso de que surjan disputas o desacuerdos entre las partes.

Dejando de lado las posturas anacrónicas en la gestión patrimonial y las responsabilidades unilaterales de uno de los cónyuges, nuestro actual Código Civil refleja el principio de igualdad de género ante la ley, un principio arraigado en la Constitución Política peruana desde 1979 y reforzado en la versión de 1993. Este principio, consagrado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, prohíbe de manera explícita cualquier forma de discriminación basada en criterios como el origen, la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión, la condición económica, entre otros. En consecuencia, la normativa civil actual no solo busca eliminar los vestigios de desigualdad de género en las disposiciones legales, sino que también se alinea con los estándares constitucionales de igualdad y no discriminación en todas sus formas.

Al realizar un análisis histórico del papel pasivo y subordinado de la mujer en la gestión del patrimonio, se evidencia que, debido



a la ausencia de regulaciones que promovieran la igualdad jurídica entre los cónyuges, sus derechos sociales fueron conquistas progresivas. Según el jurista nacional Moisés Arata, históricamente se observa que el matrimonio conllevaba una disminución en la capacidad de la mujer dentro de la relación jurídica, llegando incluso a negársele la capacidad de goce en los antiguos regímenes matrimoniales, donde su personalidad jurídica y económica quedaba absorbida por la del marido. (2011, p. 68).

Respecto, a las relaciones personales o extrapatrimoniales, podemos entenderlas como todas aquellas situaciones jurídicas que no se encuentran directamente vinculadas con la administración y/o gestión del patrimonio; como las obligaciones de fidelidad, asistencia y cohabitación entre los cónyuges; la obligación de los hijos de honrar y respetar a sus progenitores; el derecho de los padres de corregir a sus hijos, cuidarlos; etc. Sobre estas relaciones Zannoni y Bossert, nos indican que: «Se trata de prestaciones que la ley pone a cargo de la sociedad conyugal, pues constituyen manifestación del deber de asistencia en razón de los vínculos familiares que la ley privilegia. Las erogaciones que, con tal imputación, hagan marido o mujer cargarán sobre el activo ganancial y si, por hipótesis, se hubiesen satisfecho con fondos propios de uno de ellos, tendrá derecho a exigir la recompensa correspondiente» (2004, p. 246).

La cita anterior hace referencia a las prestaciones que la ley establece como obligaciones de la sociedad conyugal en el ordenamiento jurídico peruano. Estas prestaciones son consideradas como una manifestación del deber de asistencia entre los cónyuges, el cual está fundamentado en los vínculos familiares que la ley prioriza y protege. Cuando uno de los cónyuges realiza erogaciones relacionadas con estas obligaciones, ya sea el esposo o la esposa, se imputarán al activo ganancial de la sociedad conyugal. Sin embargo, si se realizaron con los fondos propios de uno de los cónyuges, este último tendrá derecho a reclamar una compensación correspondiente por parte de la sociedad conyugal. En resumen, el párrafo destaca la responsabilidad compartida de los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones asistenciales y cómo estas obligaciones afectan al patrimonio ganancial de la pareja, así como el derecho a recompensa en caso de que una de las partes utilice fondos propios para cumplir con estas obligaciones.

Guillermo Borda (1993), describe las obligaciones compartidas entre los cónyuges en el ordenamiento jurídico argentino.



Se refiere a compromisos que afectan a ambos y que los han beneficiado, por lo que están obligados a cumplir con ellos. Estas obligaciones incluyen deudas contraídas para necesidades básicas como alimentos, muebles para el hogar, ropa para los hijos y para cada cónyuge, así como gastos médicos y odontológicos para los miembros de la familia. También se mencionan gastos comunes como farmacia y vacaciones, considerados parte de las necesidades normales de una familia promedio. Además, se hace referencia a deudas contraídas por falta de pago de alquileres de la vivienda conyugal y por expensas comunes en propiedades compartidas, como departamentos en condominios. Este párrafo destaca la responsabilidad conjunta de los cónyuges en el cumplimiento de obligaciones financieras que benefician a toda la familia, independientemente de quién las haya contraído inicialmente.

La obligación de sostener la familia, recogida en el artículo 291 del Código Civil, guarda estrecha relación con el artículo en comento, al regular el supuesto en que, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

La norma establece que, cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. Por lo tanto, ambos cónyuges tienen la obligación de asumir la responsabilidad del sostenimiento del hogar, abarcando tanto los bienes que cada cónyuge tenía antes de ingresar al régimen como los bienes adquiridos durante su vigencia.

Sería conveniente determinar si es apropiado utilizar el término hogar en lugar de familia. Para algunos, hogar se refiere al domicilio conyugal, el lugar donde los cónyuges residen habitualmente y que han establecido de común acuerdo. En cambio, el término familia es más amplio, ya que incluiría a todos los miembros que la componen, especialmente aquellos que tienen lazos de parentesco.

Comulgamos con el parecer de Roxana Jiménez, reafirmando que el término hogar resulta adecuado, pues la práctica judicial, así como la interpretación sistemática de las normas nos conducen a la conclusión de que este término comprende tanto al sostenimiento de la familia como a los gastos correspondientes al domicilio conyugal. (2003, p. 193).

Sobre los conceptos a considerarse en los gastos del hogar, deben incluirse –sin ser limitativos– aquellos referidos al



alquiler del inmueble (vivienda familiar), servicios de energía eléctrica, agua, cable, internet, impuestos prediales, artículos de limpieza, pago al servicio doméstico, etc. Asimismo, incluyen gastos de alimentación, salud, recreación, educación, vivienda de los hijos. En la doctrina argentina, la jurista María Méndez, ha señalado que se satisfacen *necesidades del hogar* con la compra de comestibles y vestimentas, honorarios médicos y odontológicos, gastos de farmacia, cuotas de mutuales que cubren gastos de enfermedades, primas de seguros por enfermedades o accidentes, salario de personal de casas de familia y complementarios, gastos reclamados por el trato social, vacaciones, adquisición y alquiler de vivienda, su amueblamiento y provisión de artefactos, expensas comunes a los propietarios de viviendas. Los requisitos necesarios son las necesidades que comprende la relación de familia que debe existir entre los obligados y los otros beneficiarios, y la convivencia, con amplio criterio de apreciación que, por ejemplo, las extiende a ciertos empleados al servicio de la familia y a la asistencia prestada al hijo mayor de edad temporalmente no conviviente (2004, p. 162).

Por otro lado, el dispositivo normativo regula un principio de equidad al sostener explícitamente que la obligación compartida de ambos cónyuges al sostenimiento del hogar debe darse según sus respectivas posibilidades y rentas. Es justicia, regular que el peso de sufragar con los gastos que impliquen el sostenimiento del hogar debe darse según las reales posibilidades económicas de los cónyuges.

Finalmente, en tiempos hodiernos ambos cónyuges laboran, desplegando sus capacidades profesionales y humanas, ergo ambos se encuentran posibilitados a contribuir, de manera equitativa, y a afrontar los gastos que demanda el sostenimiento del hogar; en este sentido, es poco frecuente encontrar que sea la cónyuge quien se quede en casa para administrar y velar por el mantenimiento del hogar y el cuidado de los hijos; no obstante, de ser el caso, recaerá en el otro cónyuge el peso mayor de cubrir con los gastos que demande el sostenimiento del hogar.

III. Conclusiones

- El régimen patrimonial del matrimonio está compuesto por normas que regulan los aspectos específicos de cada tipo de régimen, como la sociedad de gananciales o la separación de bienes, con el objetivo de promover la igualdad conyugal. Además, estos regímenes determinan cómo deben contribuir los cónyuges a las necesidades del hogar y de la familia.



- El artículo 296 del Código Civil permite cambiar el régimen patrimonial durante el matrimonio, subrayando la importancia de formalizar este cambio mediante escritura pública y su posterior registro. Esta flexibilidad permite a los cónyuges adaptar su régimen patrimonial a nuevas circunstancias o necesidades.

- La variación judicial del régimen patrimonial en el matrimonio, solicitada por un cónyuge afectado, está destinada a proteger el patrimonio familiar en casos de gestión económica inadecuada o perjudicial. Esta medida no busca sancionar el incumplimiento de obligaciones personales entre los cónyuges, sino preservar los intereses patrimoniales del cónyuge perjudicado por una mala administración.

- El artículo 298 del Código Civil establece la obligación de liquidar el régimen patrimonial al finalizar su vigencia, lo que implica una serie de procedimientos importantes para disolver adecuadamente los lazos económicos generados durante el matrimonio. Este proceso incluye la realización de un inventario detallado de bienes y deudas acumulados, seguido de su valoración económica y posterior distribución.

- El artículo 300 del Código Civil establece la obligación mutua de los cónyuges de contribuir al mantenimiento del hogar según sus capacidades financieras individuales. Además, otorga al juez la facultad de regular esta contribución en caso de disputas o desacuerdos entre las partes.

IV. Recomendaciones

4.1. Proponer legislar para que las normas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio incluyan mecanismos específicos para garantizar la igualdad conyugal. Esto podría incluir la implementación de programas educativos obligatorios para los cónyuges sobre derechos y responsabilidades patrimoniales y la creación de un comité de revisión que supervise la equidad en la distribución de bienes y obligaciones.

4.2. Elaborar una propuesta legislativa para que el artículo 296 del Código Civil se modifique para simplificar el proceso de cambio de régimen patrimonial, facilitando el acceso a asesoría legal gratuita y estableciendo plazos más cortos para la formalización y registro del cambio. Esto permitirá a los cónyuges adaptar su régimen patrimonial de manera más eficiente a nuevas circunstancias o necesidades.

4.3. Se recomienda la creación de tribunales especializados en asuntos patrimoniales matrimoniales para atender solicitudes



de variación judicial del régimen patrimonial de manera más efectiva. Además, es necesario desarrollar directrices claras para los jueces sobre cómo evaluar y decidir estos casos, enfocándose en la protección del patrimonio familiar y los intereses del cónyuge afectado.

4.4. Elaborar una propuesta legislativa para que el artículo 298 del Código Civil sea ampliado para incluir un protocolo detallado de liquidación del régimen patrimonial, asegurando un proceso transparente y equitativo. Este protocolo debe incluir la participación obligatoria de mediadores financieros y auditores independientes para garantizar una valoración justa y precisa de bienes y deudas.

4.5. Elaborar una propuesta legislativa para la revisión del artículo 300 del Código Civil para establecer criterios más claros y objetivos sobre la contribución mutua de los cónyuges al mantenimiento del hogar. Además, se debe facultar a los jueces con herramientas adicionales, como evaluaciones financieras independientes, para resolver disputas y asegurar que las contribuciones reflejen de manera justa las capacidades financieras de cada cónyuge.

V. Lista de Referencias

- A. Borda, G. (1993). *Tratado de Derecho Civil - Familia Tomo I*. Argentina: Editorial Perrot.
- Aguilar Llanos, B. (2006). PUCP. Régimen patrimonial del matrimonio, 313 - 355. Lima, Perú. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.015>
- Arata Solis, R. (2011). *La sociedad de gananciales: Régimen de comunidad y sus deudas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avedaño Valdez, J. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/71/familia_derecho.pdf
- Fernández Cruz, G., Espinoza Espinoza, J., Barchi Velaochaga, L., Cárdenas Quirós, C., Varsi Rospigliosi, E., & Montero Ordinola, G. (2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano*. Lima, Lima, Perú: Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS. Obtenido de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Refor->



ma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWXvH461cvMOZsFG-1q3O2PdXTInrSm1q_xF0

Mendez Costa, M. (2004). Código Civil Comentado. Derecho de familia. Tomo I (1ra ed., Vol. 1). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni. doi:ISBN: 950-727-536-3

Plácido Vilcachagua, A. (2003). Código Civil Comentado - Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

Vargas Machuca, R. (2003). Código Civil Comentado - Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica. Obtenido de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de Derecho de Familia - Tomo III (Vol. 3). Lima: Gaceta Jurídica. doi:978-612-4113-83-3

Zannoni, E., & Bossert, G. (2004). Manual de derecho familiar (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

quaestio iuris

La protección laboral reforzada de
la mujer en estado de gestación y en
periodo de lactancia: mecanismos
procesales

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.6>



La protección laboral reforzada de la mujer en estado de gestación y en periodo de lactancia: mecanismos procesales

Reinforced labor protection of women in a state of pregnancy and breastfeeding: procedural mechanisms

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27.12.24

Sumario

I. Introducción. II. Breve referencia a la protección laboral de las mujeres embarazadas o en período de lactancia en el Derecho internacional e interno. III. Mecanismos procesales habilitados para la protección reforzada. 3.1 Vía ordinaria. 3.2 Vía constitucional. IV. Conclusiones. V. Lista de Referencias.

Resumen

En este trabajo se muestra la relevancia del marco normativo nacional y supranacional de protección especial y reforzada a favor de la mujer en estado de gestación o en periodo de lactancia, los mecanismos procesales que posibilitan tal medida, así como el establecimiento de determinadas reglas de favorabilidad previstas a nivel jurisprudencial, derivadas del denominado “fuero maternal”, a efecto de garantizar el derecho del trabajo de quienes se encuentran en dicha situación.

Palabras clave: protección reforzada, estado de gestación, periodo de lactancia, reposición.

Abstract

This work shows the relevance of the national and supranational regulatory framework of special and reinforced

*Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, UNC, Perú. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la misma Universidad. Docente de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: ncastillo@unc.edu.pe <https://orcid.org/0000-0003-3898-3543>



protection in favor of pregnant or breastfeeding women, the procedural mechanisms that enable such a measure, as well as the establishment of certain favorability rules, provided at a jurisprudential level, derived from the so-call “maternal jurisdiction”, in order to guarantee the right to work of those who find themselves in said situation.

Key words: *reinforced protection, pregnancy status, breastfeeding period, replacement*

I. Introducción

No existe una regla general que establezca una protección absoluta de permanencia en el empleo, y que pueda ser invocada bajo la sola existencia del embarazo, o durante el periodo de lactancia; pues, ello implicaría una especie de inmunidad laboral que impediría el ejercicio de determinadas facultades que constitucional y legalmente le corresponden ejercer al empleador, y que podrían justificar la no renovación del contrato o la extinción del mismo e imposibilitar la reposición. Al respecto, en el Expediente N.º 02392-2021-PA/TC SULLANA (09 de marzo de 2023), el Tribunal Constitucional ha precisado que:

en caso concurra alguna causal válida de extinción o no renovación del contrato de trabajo temporal, el empleador se encontrará autorizado para culminar la relación laboral. Sin embargo, la separación de una mujer gestante de su puesto de trabajo o su no renovación contractual, deben relacionarse con motivos vinculados con la comisión de una falta grave comprobada de la trabajadora o porque la necesidad que motivó la temporalidad realmente haya.

No obstante ello, es evidente que la situación en la que la mujer embarazada o en periodo de lactancia afronta una relación de subordinación, conlleva a la necesidad que sea destinataria de medidas distintas al resto del colectivo de trabajadores(as); pues, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado que “no queda duda de que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución, que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren” (Tribunal Constitucional, 2023, Expediente N.º 02392-2021-PA/TC SULLANA), con lo cual no solo se garantiza la regla de no discriminación en materia laboral, la misma que ostenta una doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional; sino también la diferenciación razonable y objetiva, derivada de la cláusula prevista por el



artículo 23 de la Constitución, dado que “...el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como “discriminación positiva o acción positiva –*affirmative action*–” (Tribunal Constitucional, 2010, Expediente N.º 02861-2010-PA/TC LIMA).

Por lo tanto, es necesario evaluar las circunstancias concretas de cada caso, a efecto de elegir el mecanismo más idóneo para la protección de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad y merecen especial protección.

II. Breve referencia a la protección laboral de la mujer en el Derecho Internacional e interno

De manera referencial, en el marco normativo internacional se tiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 10, inciso 2) dispone que: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto...”. Asimismo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su artículo 11, inciso 2), ha dispuesto que: “(...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer (...) y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”.

Por su parte, el Convenio sobre la Protección de la Maternidad, aprobado por la OIT el 30 de mayo del 2000 (Convenio 183 de la OIT), en su artículo 8, prescribe: “(...) Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. (...) Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”.

Como podrá apreciarse, en el sistema normativo internacional de Derechos Humanos, existe una protección especial a la madre trabajadora, el mismo que corresponde tomarse



123

en cuenta para resolver controversias específicas que se presenten en el ámbito jurisdiccional ordinario y constitucional; pues, dichos instrumentos normativos, por mandato expreso de la Constitución, forman parte del Derecho nacional, tal como se desprende de su artículo 55, el que prescribe: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, la cual ordena que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”; y, en términos similares se encuentra redactado también el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, referido a la interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales.

Ahora bien, en nuestro derecho interno, el artículo 23 de la Constitución prevé como directriz fundamental que “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”, de lo cual se deriva la necesidad de establecer acciones idóneas que garanticen efectivamente tal protección, cuyo fundamento radica en la posición de vulnerabilidad en la que puede encontrarse la madre gestante en una relación de carácter laboral, hecho que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional al referir que: “Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido” (Expediente N.º 03134-2022-PA/TC, TUMBES); de allí que se requiera de medidas normativas y fácticas adecuadas que aseguren un estado de bienestar a dicho colectivo de personas.

Asimismo, en cumplimiento de la normativa internacional y lo dispuesto por la Constitución Política vigente, el legislador peruano ha expedido, entre otras, la Ley N.º 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, que en su artículo 8 prescribe: “Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el



marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”.

Por lo tanto, es claro que este contexto normativo reconoce la necesidad de un tratamiento diferenciado a favor de la mujer que labora en estado de gestación o en periodo de lactancia, a efecto de garantizarle su derecho al trabajo, así como el respeto a su dignidad, además del derecho a vivir en un ambiente adecuado al desarrollo de su vida, sin distingo alguno respecto de la naturaleza del vínculo laboral que ostenta ante su empleador; todo lo cual tiene sustento en el artículo 103 de la Constitución peruana, el cual precisa que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas...”.

III. Mecanismos procesales habilitados para la protección reforzada

En caso se afecte la segunda manifestación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo de la mujer que se encuentre en estado de gestación o durante el periodo de lactancia, el sistema normativo ha previsto determinadas vías procesales que permiten otorgan la protección debida, la cual dependerá de las circunstancias y peculiaridades de cada caso concreto. Así tenemos:

3.1 La vía ordinaria

El artículo 138 del de la Constitución señala que corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos jurídicamente relevantes, cuya tarea se efectúa mediante un mecanismo institucionalizado llamado Proceso Judicial, todo ello en el marco de una serie de garantías procesales previstas en su artículo 139; pues, según el Tribunal Constitucional “cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas” (Expediente N° 04811-2009-PA/TC); siendo ello así, se puede afirmar que el Juez ordinario se encuentra sometido, de manera absoluta, tanto a la Constitución como al bloque de convencionalidad, ambos como fuentes-parámetro de relevancia e interpretación; y, de manera relativa, a la Ley, dado que incluso podría inaplicarla en caso de incompatibilidad constitucional, lo cual evidencia el rol preponderante que asume el juez en el Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, considerando que “El primer nivel de protección de los derechos fundamentales, le corresponde a los jueces



del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios”, (Tribunal Constitucional, 2011, Exp. N° 03191-2011-PA/TC), es sin duda posible que, ante un acto lesivo de los derechos de la mujer gestante o en periodo de lactancia que vulnere su derecho al trabajo y, a raíz de ello, pierda su empleo, bajo motivación (expresa o implícita) de carácter discriminatorio, se procede a hacer uso del Proceso Laboral, conforme a las reglas de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 29497, bajo el parámetro calificativo sustantivo del despido nulo, conforme al artículo 29, literal e) del TUO del D. Leg. N.° 728, aprobado por D.S. N.° 003-97-TR.

Nótese que, si bien se trata de un proceso cognitivo, el juez tiene un rol protagónico fundamental en mérito a lo previsto en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N.° 29497, el cual prevé como regla orientadora que los jueces laborales “... privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad”; lo cual implica que “... los jueces laborales se encuentran obligados a romper el paradigma de procesos ineficaces, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva. En ese sentido, sus esfuerzos deben orientarse a la reivindicación de los derechos fundamentales reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ella desarrollada, a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados” (Casación Laboral N° 9844-2012-JUNIN), aspiración esta última que se logra a través de una decisión en la que se evidencie la necesaria y suficiente justificación racional que le resulta exigible al juzgador; pues, conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional, “la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables” (Expediente N° 04811-2009-PA/TC).

Asimismo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 29497 precisa que “Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la



República”; lo que significa que cada caso concreto corresponde ser analizado atendiendo a sus propias particularidades, de tal forma que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento que no solo se encuentre fundado en Derecho; sino que sea sobre todo justo, dado que es la justicia el valor que interesa a las partes en conflicto y también a la comunidad jurídicamente organizada; por lo tanto, “El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la Justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal” (Tribunal Constitucional, 2008, Expediente N° 00728-2008-PHC/TC).

De ahí que la decisión que debe adoptar el juzgador no solo responde a un proceso subsuntivo, sino que involucra una exigencia de mayor complejidad, dado que el caso concreto puede ameritar la necesidad de recurrir a justificaciones constitucionales, uso de instituciones de Teoría General del Derecho e incluso de comprensión filosófica (es claro que existen relaciones entre el Derecho y la Moral, ya sea de carácter identificativo, interpretativo, justificativo, funcional, de contenido, de reenvío, entre otras.); pues, podrían presentarse situaciones de indeterminación lingüística (vaguedad o ambigüedad), defectos lógicos del Derecho (lagunas normativas, axiológicas y de reconocimiento; además de antinomias), problemas de relevancia, de interpretación derivadas de situaciones de infra inclusión o supra inclusión, derrotabilidad, entre otras instituciones que conlleven a repensar seriamente la decisión; pues, si bien ésta tiene como destinatarios a las partes del proceso, pero también puede tener implicancias sociales, motivo por el cual también debe ser emitida bajo una ponderación de las consecuencias para los derechos de los intervinientes.

Siendo ello así, es claro que el proceso judicial, en vía ordinaria (abreviado u ordinario propiamente dicho), se convierte en un instrumento dotado de garantías no solo de carácter legal, sino –y especialmente- de connotación constitucional, incorporadas en el denominado debido proceso formal regulado por el numeral 3) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, que tanto el juez, como las partes deben respetar y propiciar su concretización, dado que “...su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en



él puedan encontrarse comprendidos” (Tribunal Constitucional, 2013, Expediente N° 03433-2013-PATC).

En consecuencia, no cabe duda que este tipo vía está diseñada para otorgar la tutela restitutoria a favor de la mujer que perdió su empleo, en estado de gestación o en periodo de lactancia, con las consecuencias adicionales que prevé el artículo 40 del TUO del D. Leg. N° 728; esto es, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, con la ventaja que la carga de la prueba asume un elevado grado de flexibilidad a favor de la parte demandante, dado que el artículo 23, numeral 5) de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, establece que “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, previsión que viene reforzada con lo previsto en el artículo 29, literal e) del TUO del D. Leg. N° 728, modificado por el artículo único de la Ley N° 31152, el cual indica que “...Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir”.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional amplía algunos supuestos en los que cabe también tal presunción, al señalar que: “...los casos en que, por despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, por hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de una trabajadora embarazada, deberá presumirse que se trata de despidos que tienen como causa este estado y, por lo tanto, serán nulos” (expediente N.º 02392-2021-PA/TC SULLANA).

3.2 La vía constitucional

El Tribunal Constitucional, en el Expediente 02383-2013-PA/TC, estableció -con carácter de precedente- que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” como la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del



derecho o de la gravedad de las consecuencias; de lo cual se concluye que el proceso de amparo es residual, situación que podría conllevar a que una demanda de reposición al empleo, planteada bajo el sustento de afectación del derecho al trabajo, por motivos discriminatorios (gestación o periodo de lactancia) sea declarada improcedente, de conformidad con lo previsto en el artículo 7, numeral 2) del nuevo Código Procesal Constitucional; sin embargo, atendiendo a la naturaleza del hecho y a la especial protección que el marco normativo vigente ha previsto, es jurídicamente viable que pueda recurrirse también a la vía constitucional.

Ahora, cabe señalar que existen determinadas reglas que deben observarse cuando se alegue supuestos de despido o no renovación de contrato de una madre gestante o en periodo de lactancia; pero, claro está, bajo el contexto determinante que no exista o concurra alguna causal justificada de extinción de la relación laboral.

En tal sentido, a fin de no afectar la facultad directriz del empleador, el Tribunal Constitucional ha establecido determinadas reglas para verificar si el despido y/o no renovación de contrato ha tenido como causa el embarazo o periodo de lactancia de la madre. Así, en las sentencias recaídas en el Expediente N° 03639-2017- PA/TC (f.j 80) y Expediente N° 00932-2019-PA/TC (f.j 51), fijó primigeniamente algunas reglas que se deben cumplirse, como las siguientes:

- a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación o dentro del periodo de lactancia, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.
- b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia;
- c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad” (Énfasis agregado).



Sin embargo, se debe precisar que la segunda regla (referida a comunicar al empleador el embarazo) ha sido flexibilizada; pues, con posterioridad a las sentencias que lo establecían, en reiterada jurisprudencia (Expediente N.° 02748- 2021-PA/TC, f.j 11; Expediente N.° 03132-2021-PA/TC, f.j 17; Expediente N.°02392-2021-PA/TC, f.j 13, entre otras) ha señalado que:

“En lo referente a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, **ésta ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, el cual es aplicable como norma de derecho nacional.** Este convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo octavo prohíbe “al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada”, es decir, que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente -sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal-, “excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador” (Énfasis agregado).

Siendo ello así, para un pronunciamiento de fondo que esté arreglado a Derecho, se deberá tener en cuenta la doctrina jurisprudencial antes referida; pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

Entonces, no obstante el diseño residual del proceso de amparo, es evidente que constituye una vía en la que puede plantearse también la reposición de la mujer que haya sido objeto de un despido motivado en razones de embarazo o durante el periodo de lactancia, con la ventaja que si se obtiene una sentencia estimatoria en segunda instancia, ya no podrá recurrirse al Tribunal Constitucional, dado que el recurso de agravio constitucional no procede en tal supuesto, conforme así está regulado en el artículo 24 del nuevo Código Procesal Constitucional.



IV. Conclusiones

- Existe un marco normativo que efectivamente responde a la naturaleza de las cosas, cuya protección especial y reforzada tiene como razón subyacente el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra una mujer gestante o durante el periodo de lactancia. Esta protección alcanza sin distinción de la naturaleza del vínculo laboral que ostente la mujer trabajadora, tanto si el empleador es el Estado o un particular, con lo cual se garantiza el derecho al trabajo, sin discriminación por motivos constitucionalmente prohibidos.

- Cualquiera que sea la vía que se elija, es claro que la finalidad es la misma; esto es, la restitución al empleo, en tanto el empleador no demuestre la concurrencia de causa justa des despido. Es decir, el elemento presuntivo del motivo, favorece a la parte accionante.

- Es evidente que la vía procesal deberá ser elegida en atención a las circunstancias del caso concreto, así como las ventajas que ofrece cada una de ellas, no solo en la urgencia de la respuesta, sino también en los efectos adicionales que ello genera, como el caso de obtener lo dejado de percibir, que es propio de la nulidad de despido; no obstante ello, el propio Tribunal Constitucional en algunas ocasiones ha dispuesto el pago de las remuneraciones dejadas de percibir en amparos, como el caso de la sentencia emitida en el Expediente N.º 02392-2021-PA/TC SULLANA.

VI. Lista de Referencias

Sentencias consultadas

Tribunal Constitucional (2008) Sentencia emitida en el Expediente N° 00728-2008- PHC/TC

Tribunal Constitucional (2009) Sentencia emitida en el Expediente N° 04811-2009- PA/TC

Tribunal Constitucional (2010) Sentencia emitida en el Expediente N.º 02861-2010- PA/TC LIMA

Tribunal Constitucional (2011) Sentencia emitida en el Expediente N° 03191-2011- PA/TC

Tribunal Constitucional (2013) Sentencia emitida en el Expediente N° 03433-2013- PATC



Tribunal Constitucional (2013) Sentencia emitida en el Expediente 02383-2013- PA/TC

Tribunal Constitucional (2017) Sentencia emitida en el Expediente N° 03639-2017- PA/TC (f.j 80) y

Tribunal Constitucional (2019) Sentencia emitida en el Expediente N° 00932-2019- PA/TC

Tribunal Constitucional (2021) Sentencia emitida en el Expediente N.° 02748-2021- PA/TC.

Tribunal Constitucional (2021) Sentencia emitida en el Expediente N.° 03132-2021- PA/TC, f.j 17;

Tribunal Constitucional (2021) Sentencia emitida en el Expediente N.° 02392-2021- PA/TC SULLANA

Tribunal Constitucional (2022) Sentencia emitida en el Expediente N.° 03134-2022- PA/TC, TUMBES

Corte Suprema (2012) Casación Laboral N° 9844-2012-JUNIN

quaestio iuris

Propuestas para la constitucionalización
del proceso laboral

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.7>



Propuestas para la constitucionalización del proceso laboral

Proposals for the constitutionalization of the labor process

VALDIVIA DÍAZ, Franklin*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 26.11.24

Publicado el 27.12.24

Sumario

I. Introducción. II. El proceso de constitucionalización III. Apuntes liminares de la Constitucionalización del Proceso Laboral. IV. La constitucionalización como fundamento generador para un proceso laboral idóneo, sencillo y eficaz. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar los aspectos más relevantes respecto a la constitucionalización como fenómeno jurídico que impacta en todas las áreas del derecho, con un énfasis particular en el derecho procesal laboral. En ese sentido, se presenta en primer lugar, un breve marco contextual, para luego abordar la constitucionalización en el Perú desde los postulados de Guastini; posteriormente, se examina el fundamento y naturaleza del proceso laboral, y finalmente, se desarrolla la Constitucionalización como fundamento generador para un proceso laboral idóneo, sencillo y eficaz. De esta forma, se evidencia y comprende integralmente cómo este proceso transforma la manera en que se interpreta y aplica el derecho procesal laboral, incorporando principios y valores constitucionales que promueven un Estado Constitucional, limitan el poder arbitrario, garantizan el acceso eficaz a la justicia y protegen la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores.

* Abogado y Maestro en Ciencias con mención en Derecho Laboral y Procesal Laboral por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC), Perú. Docente de pre y posgrado de dicha casa de estudios. Con especialización en Bases del Razonamiento Probatorio por la UdG – Universidad de Girona, España. Discente en AMAG-22 PROFA, y Amicus Curiae en el XI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional. Correo electrónico: fvaldiviad@unc.edu.pe <https://orcid.org/0000-0002-4125-2568>



Palabras clave: Constitucionalización, proceso laboral, principios, derechos fundamentales.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the most relevant aspects regarding constitutionalization as a legal phenomenon that impacts all areas of law, with a particular emphasis on labor procedural law. Therefore, a brief contextual framework is first presented, and then constitutionalization in Peru is addressed from Guastini's postulates; subsequently, the foundation and nature of the labor process is examined, and finally, Constitutionalization is developed as a generating foundation for an ideal, simple and effective labor process. In this way, it is evident and fully understood how this process transforms the way in which labor procedural law is interpreted and applied, incorporating constitutional principles and values that promote a Constitutional State, limit arbitrary power, guarantee effective access to justice and protect the dignity and fundamental rights of workers..

Key words: Constitutionalization, labor process, principles, fundamental rights.

I. Introducción

En un mundo donde el acceso a condiciones laborales decentes sigue siendo un sueño inalcanzable para millones de trabajadores, el contar con un proceso laboral idóneo y eficaz, que garantice su acceso a la justicia, se ha convertido en una necesidad imperiosa. Más de 470 millones de personas en todo el mundo carecen de un acceso adecuado al trabajo remunerado; asimismo, alrededor de 2000 millones de trabajadores en todo el mundo se encuentran en situación de informalidad, lo que representa el 61% de la fuerza laboral global, dentro de esta cifra, cerca de 1400 millones de trabajadores se encuentran en condiciones vulnerables y con ingresos muy inferiores, lo que evidentemente no supone una garantía de condiciones de vida decentes (OIT, 2020, pp.12-13). Esta realidad es particularmente preocupante en América Latina, donde cerca del 70% de los trabajadores se encuentran en el sector informal (OIT, 2021, p.3), esto quiere decir que, más de la mitad de trabajadores, son más vulnerables a la violación de sus derechos por conformar parte de este sector, y a su vez, tienen menos posibilidades de un acceso a la justicia adecuado y eficiente en el ámbito laboral.

En el Perú, la situación no es diferente. En el año 2021, se recibieron 49 mil 322 denuncias laborales, en la modalidad



virtual, 29 mil 297 denuncias en referencia a incumplimientos del pago de remuneraciones, 21 mil 094 respecto de liquidación y pago de beneficios sociales, 17 mil 498 denuncias sobre despido arbitrario (SUNAFIL, 2021). Estas cifras alarmantes ponen de manifiesto la necesidad urgente de fortalecer el sistema de justicia peruano, esto significa lograr que el proceso laboral sea más accesible y eficiente en aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Bajo tal perspectiva, y en el marco de la justicia social y la protección de los derechos laborales, la constitucionalización emerge como un tema de gran relevancia, que ha transformado el panorama jurídico, elevando la Constitución a la cúspide del ordenamiento y la ha convertido en la norma suprema que rige el Estado y sus instituciones, significando la incorporación de principios y valores constitucionales en las distintas ramas del derecho, incluyendo el derecho procesal, garantizando que las normas procesales no solo sean justas en sí mismas, sino que también y sobre todo, se apliquen de manera justa y coherente con su finalidad; todo ello en virtud de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales.

En este marco, en este artículo, se analizará la constitucionalización del proceso laboral, explorando cómo se ha desarrollado en el Perú las condiciones establecidas por Ricardo Guastini (Constitución rígida, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante de la Constitución, sobreinterpretación de la Constitución, y aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas). Asimismo, se expondrá el fundamento y naturaleza tuitiva y autónoma del proceso laboral, todo ello con el objetivo de comprender finalmente, el rol primordial que desempeña la constitucionalización en el proceso laboral para garantizar que este sea más idóneo, sencillo y eficaz; y con ello contribuir a la construcción de un sistema de justicia donde los derechos fundamentales de los trabajadores sean plenamente reconocidos y protegidos.

II. El proceso de constitucionalización

2.1. Breve marco contextual

La constitucionalización, en palabras de Alvites (2018), “se entiende como un proceso en el cual la Constitución, en tanto norma suprema de los ordenamientos jurídicos, desplaza a la ley, tanto desde el punto de vista formal como desde el material” (p. 363); ello, con la finalidad de lograr un Estado constitucional que tenga como guía:



“(...) el ideal racionalista del ejercicio limitado del poder y la protección de las personas, porque sus acciones sobre las propias personas, las relaciones entre ellas y aquellas que se producen entre los órganos del Estado deberán orientarse por la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, y no por la arbitrariedad “ (Alvites, 2018, p. 365).

Guastini (2016) señala que “se habla de constitucionalización para entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales” (p.278); de tal manera que, no existe espacio libre de constitucionalidad, sea en las relaciones privadas más “insignificantes” o en los ámbitos públicos más “relevantes”. Legisladores, juzgadores, abogados de defensa, miembros de una determinada comunidad, deben actuar en primer término, respetando el carácter imperativo constitucional, sin que exista ruta de escape. La ley, los actos administrativos, los procedimientos administrativos y procesos (judiciales) responden a los valores constitucionales.

De tal manera que, la constitucionalización no se limita a una mera modificación del ordenamiento jurídico; por el contrario, es un proceso profundo y gradual que transforma la manera en que se concibe, interpreta y aplica el Derecho, extendiendo sus efectos al ámbito normativo, institucional y social; por tanto, su nivel de efectividad dependerá de diversos factores, como la historia constitucional del país, su sistema político y cultural, y otros; es decir, la implicancia real de la constitucionalización depende la sociedad, en tanto, a su vez, la constitucionalización, exige a dicha sociedad a actuar – materialmente – conforme a los valores constitucionales.

Cabe señalar que el proceso de constitucionalización ha pasado por varias fases; pues, como señala Landa (2013, p.14), comenzó con el Estado de derecho, donde la legalidad y la jerarquía normativa eran fundamentales, y la Constitución se veía como una declaración política sin fuerza jurídica. Con el tiempo, la percepción de la Constitución cambió; primero, al convertir los derechos públicos subjetivos del Estado liberal en derechos fundamentales y luego, al incorporar derechos socioeconómicos en el Estado Social de Derecho tras la Segunda Guerra Mundial, generando la obligación a jueces y tribunales de aplicar la Constitución directamente, y de esa manera, consolidándola como la norma democrática suprema y vinculante para ciudadanos y poderes públicos; cabe precisar que a pesar de sus transformaciones, la Constitución como



norma, debe mantener su núcleo esencial como principio supremo que define el orden estatal y la comunidad.

De tal manera que, a decir de Paredes (2018), en el Estado Constitucional de Derecho, se observan tres características fundamentales: la constitución se ha convertido en una norma jurídica y no solo política; los principios constitucionales y los derechos fundamentales actúan como los principales límites al poder, incluyendo al legislativo; y se ha establecido una jurisdicción constitucional para asegurar la defensa efectiva de la constitución.

Bajo tal perspectiva, en este marco evolutivo, es relevante tener en cuenta, de acuerdo a lo señalado por Guastini (2009), que los elementos esenciales para la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, son: i) Una constitución rígida (su literalidad no se modifica fácilmente, aunque ello no evita su evolución y extensión interpretativa); ii) La garantía jurisdiccional de la Constitución (existen vías directas constitucionalmente establecidas para su protección; y, asimismo, las vías ordinarias también son mecanismos para la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales); iii) La fuerza vinculante de la Constitución (la Constitución impera sobre toda otra disposición); iv) La sobreinterpretación de la Constitución (las disposiciones normativas constitucionales se interpretan en su máximo sentido protector, y no, limitativamente); v) La aplicación directa de las normas constitucionales (todas las disposiciones constitucionales tienen un sentido de aplicación directa; un contenido nuclear que, incluso, en las disposiciones de configuración legal, debe garantizarse directamente); vi) La interpretación conforme de las leyes (las leyes se interpretan de acuerdo a la Constitución, y no la Constitución de acuerdo a las leyes); vii) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (todas las estructuras públicas-políticas, responden a los valores constitucionales; y, asimismo, las actuaciones públicas-políticas de sus ciudadanos) (pp. 50-57). Estas condiciones se encuentran interrelacionadas permitiendo que la Constitución se convierta en la base fundamental del ordenamiento jurídico, garantizando la plena y directa protección de los derechos fundamentales, y la construcción de un Estado justo y democrático.

2.2. La constitucionalización en el Perú: breves alcances desde los postulados de R. Guastini

Siguiendo los elementos esenciales para la constitucionalización expuestos por Guastini, para el desarrollo de un Estado Constitucionalizado, es necesario indicar cómo estas



condiciones se han desarrollado en el ordenamiento jurídico nacional. No obstante, cabe mencionar previamente a la Constitución de 1979, pues, como hemos hecho notar antes, esta representa un punto de inflexión importante al consolidar al Perú como un Estado social y democrático de derecho, reflejándolo en disposiciones constitucionales que protegían la dignidad humana, la seguridad social y el trabajo, además de principios sobre el régimen económico, la propiedad y la empresa; en ese sentido, según Landa (2013), se creó un primer marco jurídico para garantizar el bienestar de los trabajadores y el desarrollo social, con un Estado responsable de fomentar el empleo, la igualdad de oportunidades, y la protección de los derechos laborales, incluyendo la estabilidad laboral, el salario mínimo, la jornada de ocho horas, la libertad sindical, la seguridad social, el derecho a huelga y la negociación colectiva; sin embargo, ello cambió durante el gobierno de Fujimori (1990-2000), donde las reformas neoliberales debilitaron algunos de estos derechos, limitando el incremento de los salarios, restringiendo la negociación colectiva, flexibilizando el mercado laboral y reduciendo la intervención estatal, generando estragos en la estabilidad laboral y subordinando lo social al mercado.

No obstante, este “retroceso” cualitativo en la protección de los derechos, no ha impedido el avance hacia el proceso de constitucionalización que, todo indica, no depende más, únicamente, de la Constitución que en sí que tenga un Estado, sino del sistema jurídico que lo rodea (instituciones históricas que conforman el ordenamiento, convenios internacionales, derechos humanos; por decir algunos).

Así, podemos apreciar:

i) Constitución rígida: La Constitución Política del Perú de 1993 cumple con esta condición de rigidez, por cuanto la reforma constitucional requiere de un procedimiento especial, que consiste en la aprobación con mayoría absoluta del número legal de miembros de cada cámara, y ratificada mediante referéndum, pudiendo omitirse el referéndum cuando el acuerdo de cada cámara se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, superior a los dos tercios del número legal de miembros de cada cámara (artículo 206, recientemente modificado por la Ley 31988). Es así que el procedimiento establecido, pretende proteger la Constitución de cambios abruptos o coyunturales, garantizando su estabilidad como norma fundamental del ordenamiento jurídico peruano. Aunado a ello, como indica Paredes (2018), esta rigidez se ve reforzada por la inclusión de derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, así



como principios y directrices constitucionales que no pueden ser alterados de ninguna manera, ni siquiera a través del proceso de revisión constitucional; es decir, existe un núcleo de derechos y principios inmutables que conforman las cláusulas pétreas de la Constitución.

ii) Garantía jurisdiccional de la Constitución: Las constituciones representan la columna vertebral de un Estado Constitucional de Derecho, estableciendo los derechos, principios y valores fundamentales; sin embargo, su sola existencia no basta para garantizar su efectiva aplicación y cumplimiento, es por ello, que la jurisdicción constitucional se alza como un elemento preponderante en el proceso de constitucionalización, siendo el soporte que permite la unificación y cohesión del ordenamiento jurídico. Bajo tal lineamiento, la jurisdicción constitucional, que tiene al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y su rol va más allá, actuando como un motor de transformación social y jurídica, ya que, a través de sus sentencias, interpreta la Constitución, resuelve conflictos normativos y protege los derechos fundamentales de los ciudadanos; así, Alvites (2018) señala que ha jugado un papel crucial en la defensa de los contenidos constitucionales, especialmente desde su reconfiguración en 2001 como órgano defensor, impulsando la constitucionalización de diversas áreas del derecho, señalando.

Evidencia de este elemento de constitucionalización, es la jurisprudencia que, más allá de los “vaivenes jurisdiccionales” ha ido establecido el Tribunal Constitucional, donde ha dejado claro que los derechos fundamentales tienen un efecto horizontal, aplicándose también entre particulares, teniendo como base el artículo 38 de la Constitución, y en el principio de dignidad, estipulado en sus artículos 1 y 3; exponiendo que la dignidad humana implica que los derechos fundamentales deben tener un efecto normativo y regulador universal, de ese manera, ha orientado el derecho privado hacia la justicia social y la ha protegido contra abusos, como se ve en los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de la Telefónica del Perú y otro - Telefónica del Perú S.A.A, y Odila Yolanda Cayatopa de Salgado - Cooperativa de Servicios Múltiples del Sector Educación de Lambayeque. Esta garantía jurisdiccional es fundamental ya que ha permitido que la Constitución sea una norma efectiva y aplicable, y no solo una mera declaración de principios: protección procesal efectiva de la Constitución.

Sumado a ello, como sostenemos en el presente artículo, la garantía jurisdiccional de protección de las máximas



constitucionales, también radica en los jueces “ordinarios”; pues, no solo conocen en sede de instancia determinados procesos constitucionales de garantía de libertades; sino que, en las vías ordinarias y ante cualquier proceso judicial, tienen el fundamental deber de ser los primeros guardianes de la Constitución y garantizar dentro de estos, por tanto, la vigencia efectiva de la constitucionalidad. Son pues, antes que nada, jueces constitucionales.

iii) Fuerza vinculante de la Constitución: La Constitución peruana establece en su artículo 51° que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”. Esto implica que todas las demás normas jurídicas deben estar en concordancia con la Carta Magna. Esto es así, pues como bien indica Paredes (2018), “si bien es una norma política también por su propia naturaleza es una norma jurídica (...) independientemente de su estructura o su contenido normativo, es vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos, se interpreta según sus particularidades y se aplica a casos abstractos y concretos” (pp. 18 - 19). Cabe resaltar que, la fuerza vinculante de la Constitución establece un límite a todos los legisladores, un marco de actuación de lo constitucionalmente permitido y posible. Entiéndase para esto, que se refiere a los legisladores de todo ámbito. Además, es un mandato para que, en el ámbito del proceso, el juez que evidencie contradicciones o lagunas axiológicas en las disposiciones normativas, a través de un proceso argumentativo racional y motivado, privilegie los valores fundamentales constitucionales.

iv) Sobreinterpretación de la Constitución: La interpretación de la constitución es un aspecto fundamental. En ese sentido, como señala Paredes (2018) la doctrina constitucional nos remite a varios principios clave para este propósito: la unidad de la constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional, la función integradora y la fuerza normativa de la constitución; además, en el trabajo hermenéutico del juez, es esencial considerar los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como parte del derecho interno; tal es así que, el juez debe emplear criterios específicos de interpretación, debido a la naturaleza y estructura normativa de estas normas, que mayormente se basan en principios jurídicos en lugar de reglas, como lo hacen la mayoría de las leyes; todo ello con la finalidad de determinar el “contenido esencial” o “constitucionalmente protegido” de los derechos o garantías fundamentales; o en su caso, a supuestos de protección constitucional. Esto asegura una interpretación coherente y actualizada que respeta tanto



el espíritu de la Constitución, los derechos humanos y lo establecido en los tratados internacionales.

Todo lo anterior tiene un objetivo específico: aplicar en su máximo sentido constitucional las disposiciones constitucionales que establecen derechos o reconocen garantías. Las disposiciones constitucionales, entonces, no pueden interpretarse y por lo mismo, aplicarse en sentido restrictivo, salvo en los supuestos constitucionalmente limitadores o en los casos en donde, disposiciones en materia de derechos humanos establezcan mejores criterios de protección.

v) Aplicación directa de las normas constitucionales:

En sede jurisdiccional las normas constitucionales pueden ser aplicadas directamente; y, aunque algunos derechos fundamentales, como los derechos económicos, sociales y culturales, pueden necesitar de leyes complementarias para su efectiva implementación, esto no significa que carezcan de contenido, siendo así que estos derechos pueden ser exigidos a los poderes públicos directamente en los tribunales, esto refleja en las decisiones judiciales normativas, los precedentes constitucionales y la doctrina jurisprudencial. (Paredes, 2018). Así se ha establecido que: " la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución" (Sentencia recaída en los expedientes N° 0050-2004-AI/TC, N° 0051-2004-AI/TC, N° 004-2005-AI/TC, N° 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC, Colegio de Abogados del Cusco, y más de 5000 ciudadanos, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449 que modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530. f. 156).

vi) Interpretación conforme de las leyes: Decir que las leyes deben interpretarse de conformidad con la Constitución, significa que los jueces, al aplicar las leyes, deben buscar la interpretación que mejor se ajuste a la Constitución, incluso si ello implica apartarse del sentido literal de la ley. Como hemos señalado antes, la ley y cualquier disposición normativa se interpreta de acuerdo a la Constitución y no la Constitución de acuerdo a disposiciones normativas de menor jerarquía. Por supuesto, esta tarea implicará entender idóneamente un conjunto de conceptos relacionadas a la teoría del derecho, la argumentación jurídica, y la racionalidad probatoria de la decisión (ya en el ámbito del proceso).

vii) Influencia de la Constitución sobre las relaciones

políticas: El activismo judicial del Tribunal Constitucional ha llevado a que este adquiera un papel cada vez más destacado



en la reinterpretación de conceptos, derechos y principios del ordenamiento jurídico, en general a través de sus sentencias, impactando todas las áreas del derecho, público, penal y procesal penal, laboral y previsional, e incluso en el ámbito privado, como el civil y el derecho de familia, así como en áreas más especializadas como el arbitraje, asimismo, el control judicial de la constitución se extiende a las políticas públicas del Estado, abarcando aspectos como la salud pública, los salarios, el comercio, la educación, las finanzas, y la función y empleo público (Paredes, 2018). De tal manera que el contenido de la Constitución y su interpretación tiene influencia en las relaciones políticas del país, no obstante, muchas veces se ve reflejado una vulneración a los principios y valores constitucionales en el debate político y la toma de decisiones por parte de las autoridades.

Consecuentemente, estos elementos esenciales contribuyen a la constitucionalización en el Perú, transformándonos en un Estado donde la Constitución se hace vida diaria.

III. Apuntes liminares de la constitucionalización del Proceso Laboral

3.1. Incidencias de la constitucionalización en el proceso

Respecto a la incidencia de la constitucionalización en el ámbito procesal, Vallespín (2002, p.47; citado por Lorca, 2016, p.291), señala que:

Tradicionalmente, los procesalistas no fomentaron el desarrollo progresivo de la constitucionalización de la ciencia procesal, consistente en la elevación a rango constitucional de determinados principios y derechos relacionados con la organización judicial y los criterios orientadores por los que han de regirse los procesos. El principal precursor del análisis de este fenómeno de constitucionalización de la actividad procesal fue, se ha dicho, Couture, quien, siguiendo los tímidos intentos de Romano y Calamandrei, procedió a examinar el proceso como un sistema repleto de garantías con el que lograr la defensa de los derechos fundamentales. **Surge así, sigue diciendo Vallespín Pérez, un compromiso constitucional del procesalista, en función del cual los códigos procesales se presentan como auténticas leyes reguladoras de la garantía de justicia que aparece consagrada en la Constitución.** (resaltado nuestro)

Lo expuesto, pone de manifiesto la innegable preponderancia de la Constitución en el proceso, lo que podría, cuando menos



143

como punto de partida, construir la constitucionalización del derecho procesal, implicando la ineludible consideración de los principios y valores consagrados en la Carta Magna como pilares fundamentales para la correcta interpretación y aplicación de las normas procesales, desde las referentes a la postulación de la demanda (*petitum*, fundamentos, medios de prueba y otros), hasta el dictado de la sentencia; en tanto, es la única vía para acceder a la justicia.

En esta línea, el derecho procesal realiza un cambio cualitativo, pasando del simple seguimiento y establecimiento de reglas y procedimientos necesarios para la resolución de disputas, donde la ley era lo único que guiaba el proceso; para que, en el ámbito de la constitucionalización del proceso, se entienda al mismo como un instrumento para acceder a la justicia constitucionalmente válida, bajo los parámetros y principios procedimentales céleres, idóneos y eficaces para lograr pronta resolución a través de decisiones constitucionalmente válidas, basadas en la materialización del proceso constitucional: resolver el conflicto definitivamente, contribuyendo a la paz social, lo que implica, que el proceso se convierte en un mecanismo de acceso y trámite sencillo, y rápido, a la solución real y efectiva de la controversia, y todo ello, en materialización efectiva del acceso a la justicia.

En este marco, el derecho constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales, esta procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez (Calamandrei, 1962, citado en Landa, 2013, p.32).

En esta revisión conceptual, como indica Landa (2013) “los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias” (p.446). Así, la protección de los derechos fundamentales a través de proceso implica dos aspectos fundamentales: garantizar el derecho al debido proceso a los ciudadanos, tanto en su aspecto formal como material, y asegurar que los derechos fundamentales sean estrictamente protegidos durante todo el proceso, desde la presentación de la demanda hasta la resolución del conflicto. De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se han convertido en parte esencial de los derechos fundamentales, asegurando su plena efectividad y



protección. Esto significa que cada derecho está acompañado por un proceso y viceversa, y su validez y eficacia dependen de su respeto a los derechos fundamentales. Así, considerar los derechos fundamentales como garantías procesales sustantivas implica actualizar las garantías procesales para proteger adecuadamente los derechos fundamentales (Landa, 2013, p.32). He allí la evidencia de la garantía jurisdiccional de la Constitución.

En ese sentido, la incidencia del proceso de constitucionalización en la constitucionalización del proceso, cambia la idea de que el proceso se limita a un mero conjunto de técnicas y reglas de trámite, sino que constituye un sistema integral de garantías para la defensa irrestricta de los derechos fundamentales, y además enfatiza la primacía de la Constitución como fuente principal del derecho procesal. Entiéndase esto, como una incidencia en la protección de los derechos fundamentales en cada acto procesal, como en el sentido de la decisión. Se reconoce aquí, el carácter de incidencia directa de la Constitución, más allá de la naturaleza de la pretensión o los sujetos parte, para consagrar al proceso como la garantía jurisdiccional de la Constitución. Por tanto, todo proceso, ordinario y no solo los procesos constitucionales, son una vía para materializar el respecto efectivo de los derechos constitucionales y estos deben adecuar su encausamiento para brindar una tutela efectiva y válida constitucionalmente.

Así, para comprender cómo opera ese mecanismo llamado proceso, debe partirse de la Constitución, específicamente de los principios constitucionales del proceso que sirven de guías o faros a las reglas procesales contenidas en la ley procesal. Desde esa perspectiva, regla y principio procesal se integran de tal forma que al momento de aplicar la norma procesal no es posible separar la una de la otra, es la principalización de las reglas, es decir, la conversión de las reglas en principios, o constitucionalización de las reglas (Gascón, 2003, p. 300).

3.2. El proceso laboral

En la línea en la que antes se citó al profesor Guastini, el proceso laboral constitucionalizado, debe tener en cuenta, si es que no lo hace ya, lo siguiente: i) Entiende que en el ámbito del proceso, la literalidad de las disposiciones constitucionales, aunque rígidas, no son estáticas; por tanto, se salvaguarda su evolución y extensión interpretativa; ii) el proceso laboral, en cualquiera de sus vías procedimentales, e incluso, en la tutela cautelar, es una vía de protección a los derechos y garantías constitucionales en su plenitud; iii) los principios y valores



constitucionales imperan sobre las disposiciones procesales o sustantivas de carácter laboral; iv) las disposiciones normativas constitucionales se interpretan en su máximo sentido protector, y no, limitativamente; v) todas las disposiciones constitucionales tienen un sentido de aplicación directa; un contenido nuclear que, incluso, en las disposiciones de configuración legal, debe garantizarse directamente, y con ocasión del proceso, verificarse dicho respeto o imponerlo judicialmente; vi) las leyes laborales (sustantivas o procesales) se interpretan de acuerdo a la Constitución, y no la Constitución de acuerdo a las leyes); vii) todas las estructuras públicas-políticas, responden a los valores constitucionales; y, asimismo, las actuaciones públicas-políticas de sus ciudadanos; ahora con incidencia en las relaciones laborales.

Partiendo de ello, cabe hacer mención a los principios del derecho del trabajo establecidos en la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), ya que estos son lineamientos fundamentales diseñados para asegurar un proceso adecuado y eficaz, que garantice la equidad procesal entre los sujetos procesales: empleador - trabajador; en ese sentido, estos principios guían la actuación de los operadores del derecho y permiten la consolidación del modelo constitucional; entre ellos se incluyen la socialización del proceso, que busca mitigar la desigualdad permitiendo al juez actuar proactivamente para garantizar la equidad; el principio pro actione, que facilita el acceso a la justicia interpretando las normas procesales en favor de la continuidad del proceso; el principio del debido proceso, que asegura un procedimiento justo e imparcial; la tutela jurisdiccional efectiva, que permite a cualquier persona acudir al Poder Judicial para resolver conflictos; y el principio de razonabilidad, que exige aplicar las disposiciones de la NLPT con equilibrio, buscando armonizar la seguridad jurídica con la efectividad de la tutela. Todo ello, en la búsqueda de garantizar efectivamente los derechos laborales a los que se debe.

3.2.1. Fundamento y naturaleza del proceso laboral

El proceso laboral, como rama especializada del Derecho procesal, se incluye dentro del amplio marco del proceso de constitucionalización, siendo un aspecto fundamental en la construcción de un Estado Constitucional y de Derecho más justo. Para comprender su naturaleza y trascendencia, es necesario su implicancia y los elementos que lo sustentan; al respecto, Ovalle Favela (2016, como se citó en Jiménez y Pérez, 2021, p. 68), sostiene que el proceso laboral parte de la condición desigual (económica, moral, prestacional) en la que se encuentran los sujetos de la relación laboral que han llevado



a los tribunales el conflicto, y por tanto, estructura, bajo la directriz de “igual por compensación”, supuestos que permitan impedir la renuncia de derechos y que de haberlo, serían nulas; siendo que, para, Santos (2010), no se puede negar la desigualdad sustantiva ni procesal existente en los conflictos laborales; por tanto, existe la necesidad de tutelar privilegiadamente a un sector de la relación laboral: los trabajadores, materializando los principios de igualdad por compensación o in favor prestatoris (p. 240).

Paredes (1997), teniendo como base lo anterior, ha dicho que:

Al hablar de ‘igualdad por compensación’ expresamos una necesidad que no es privativa del proceso laboral, pero que urge alcanzar de manera más firme, más contundente, más humana en aquellos supuestos en los que el interés desborda al estricto interés de las partes para convertirse en un interés social que va a colorear, con diversos principios, y en peculiar tonalidad, los llamados procesos sociales de entre los cuales el proceso laboral es el más representativo (...) en el proceso laboral, estructurado fundamentalmente para compensar la desigualdad de una de las partes en particular, el trabajador, su peculiar tonalidad puede condensarse en una específica función tuitiva expresada en el principio que, a decir de Montoya Melgar, resume los principios específicos que inspiran el proceso laboral: “la especial protección o tutela que se dispensa al trabajador en el curso del proceso. Esta sería la particular lectura de la ‘igualdad por compensación’ desde el proceso laboral”. (p. 88)

Al proceso laboral, a su vez, se le reconoce una naturaleza y sentido social, al tratarse del derecho procesal del trabajo, en virtud de su propósito de reivindicar y proteger a los grupos humanos homogéneos económicamente débiles, como sucede en la especie con los trabajadores (Santos, 2010, p. 243). Ante estas condiciones, sostenía Couture (1945, como se citó en Ermida, 2011), el conflicto de trabajo exige el apartamiento de todas las características tradicionales del proceso civil. Ante él, ni uno solo de los postulados clásicos queda en pie. (p. 159)

Por tanto, el proceso laboral debe ser entendido como autónomo, en tanto que partiendo de la teoría general del proceso (como todos los demás procesos), se guía por sus propios principios y reglas, los cuales no pueden dejar de observar que en su finalidad instrumental y reivindicativa, deben asegurar la justicia social en un conflicto cuyos componentes son materialmente desiguales y que la discusión tiene como



objeto el mecanismo más seguro para materializar la dignidad del hombre: el trabajo. Así, se explica que, dentro del proceso laboral, resulte imperativo para el orden y la paz proveer mecanismos procesales adecuados para encausar y resolver esa conflictividad, pues de lo contrario se tornaría inmanejable, insoportable (Pasco Cosmópolis, 1997, p. 13).

De acuerdo a lo mencionado, se destaca la naturaleza tuitiva del proceso laboral, centrada en la protección de los derechos de los trabajadores en situación de vulnerabilidad frente a sus empleadores, que se fundamenta en el principio de igualdad por compensación, que busca, por todas sus formas, nivelar los diferentes tipos de desigualdad entre las partes, otorgando mayor protección a los trabajadores a través de normas indisponibles, un proceso con elementos inquisitivos y un énfasis en los poderes del juez. Asimismo, la autonomía del proceso laboral y la necesidad de garantizar la justicia social, consolida su rol esencial para un adecuado acceso a la justicia y el respeto por los derechos laborales. Por ello, decimos categóricamente que el proceso laboral, y en general el derecho laboral, ha ido estructurando adelantadamente un orden constitucionalizado, donde ha primado, dado el estado de cosas prestacionales, parámetros jurídicos que con más o menos fuera (en determinados contextos) ha tenido claro el deber de materialización efectiva de las garantías fundamentales de la humanidad.

IV. La constitucionalización como fundamento generador para un proceso laboral idóneo, sencillo y eficaz

A la luz de las condiciones establecidas para la constitucionalización del proceso laboral, debemos tener en cuenta que los principios del proceso laboral devienen de un reconocimiento constitucional, sea en los principios de la función jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución, o sea en la naturaleza de nuestro Estado: Constitucional y Social de Derecho, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 43 y 51 de la Constitución; por lo que, su vigencia y aplicabilidad no solo devienen de lo establecido en la NLPT, sino en la naturaleza constitucionalizada de estos, lo que implica que deben ser aplicados imperativa y predominantemente en el desarrollo de los procesos laborales. Aquí, se evidencia la fuerza normativa, de aplicación inmediata y la irradiación constitucional como parámetros mínimos del proceso; mucho más, si el artículo IV del Título Preliminar de la NLPT establece que los jueces resuelven los conflictos laborales teniendo en cuenta la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Dentro de este escenario, debemos



señalar que los principios vinculan también a las medidas cautelares, y a todas las vías procedimentales, de acuerdo a las características y fines de ésta.

Ello, genera a su vez, la protección directa de los principios del proceso laboral, como el de socialización, equidad, veracidad y otros. Además, permitirá que la desigualdad material existente entre las partes procesales se atenúe por una acción judicial que limita los efectos dañinos de la desigualdad, a través de reglas procesales que permiten “privilegiadamente” a los trabajadores acceder a condiciones tuitivas más eficaces. Ahora bien, debemos recordar que las implicancias de un proceso laboral, de naturaleza de derecho social, dispositivo atenuado o con rasgos inquisitivos, implica un mayor rol del Juez, en tanto garante del desarrollo e impulso adecuado del proceso. Así, se desatan mayores poderes procesales del juez, mayor control dentro del proceso de las actuaciones de las partes, incluso limitando sus libres elecciones (a través del control del test de disponibilidad, en la conciliación, por ejemplo). Para ello, la inmediación procesal, como principio, debe irradiar permanentemente en todas las acciones judiciales, no solo para conocer las circunstancias de caso, sino para decidir óptimamente a través de, aunque seamos redundantes, decisiones compatibles con la plena protección de los derechos sociales que se discuten. En el marco propuesto, además, cobra vital importancia el principio de veracidad, toda vez que no solo se incidirá en la averiguación de los supuestos fácticos expuestos en los enunciados que soportan la demanda originaria, sino que a ello se integrará el análisis, tanto de verosimilitud como de certeza, para que finalmente, este pueda extenderse en la sentencia que ponga fin al proceso. Para ello, el rol del juez deberá respetar el mandato principista de que debe ser el director del proceso y el principal preocupado porque su desarrollo salvaguarde el actuar correcto de las partes, así como la irrenunciabilidad de derechos del trabajador.

Para ello, como venimos sosteniendo, la vigencia efectiva de los principios tiene especial relevancia; pues, los principios procesales vinculan en cualquier acción o decisión que tengan las partes y el juez, sea en el trámite del proceso principal o en las medidas cautelares; siendo que, en las medidas cautelares se deberá tener en cuenta su naturaleza instrumental y asegurativa; por lo que, su flexibilidad y eficiencia es mucho mayor. En el mismo sentido, en tanto se busca otorgar justicia celeré y eficaz al trabajador demandante, los principios del proceso laboral deberán tenerse en cuenta imperativamente, ya no solo por su reconocimiento como principios en la NLPT,



sino, y sobre todo, porque contribuye a un análisis tuitivo de la necesidad de protección de los derechos en disputa en el marco de un Estado constitucionalizado.

Por ello, como hemos señalado anteriormente, los principios procesales, y por supuesto los que definen el proceso laboral, tiene fuerte base constitucional; de allí que, estamos frente un proceso laboral constitucionalizado, pues el artículo 38 de la Constitución exige que los ciudadanos y autoridades (incluido el Juez), debemos respetar imperativamente sus disposiciones; en tanto que, el artículo 51 establece que sobre toda disposición legal o reglamentaria, prevalece la Constitución; a partir de lo cual, la Carta Magna se introduce en la esfera del proceso laboral, normativamente y en su carácter de irradiación Constitucional. En este sentido, los legisladores y jueces deben respetar dicho mandato, al diseñar y aplicar las disposiciones normativas, a fin de salvaguardar el carácter imperativo, no solo de los principios del proceso laboral en particular, sino, en general, los de la propia Constitución; pues, esta establece en su artículo 138 que el Poder Judicial administra justicia conforme a la Constitución.

Queda claro, así entonces, el carácter constitucionalizado del proceso laboral. Específicamente, incluso, la NLPT establece en su título preliminar que los jueces laborales administran justicia conforme a los preceptos constitucionales; por lo que, al estar los principios constitucionalizados, como hemos dicho, no solo como principios de la función jurisdiccional, sino como consecuencia de un Estado Social, resultan imperativos específicamente por propio mandato procesal. En este sentido, la propia NLPT establece una vía de protección principista a los conflictos laborales que conllevan a una protección que sobre las disposiciones reglistas, predominan los principios. Para este efecto, claro está, los jueces laborales deberán materializar su aplicación en el marco de una debida motivación judicial, basado en las cuestiones fácticas y jurídicas alcanzadas por las partes y las que él ha percibido como necesarias (en el aspecto jurídico); pues, al ser los principios ambiguos y vagos, requieren concretizar su contenido en el caso en concreto, siempre optimizando el efecto de su protección conforme a su naturaleza. He allí el reto de los directores del proceso, y al momento de inspirar las disposiciones normativas, de los legisladores. El efecto constitucionalizador, finalmente, incluso tendrá incidencia limitadora en los aspectos ideológicos que muchas veces supone un debilitamiento u optimización de los derechos laborales, por entender que tienen un serio efecto en la productividad o margen de utilidad de los empresarios empleadores; mientras que en el caso de los jueces, a efectos



de materializar sus decisiones deberán apartarse de este contexto de descubrimiento (creencias personales, intereses ideológicos, económicos, etc.) y ceñirse en un contexto de justificación (jurídicamente válido), a salvaguardar la constitucionalidad del proceso laboral.

Dentro de estas condiciones, los Estados tienen el deber de implementar procesos (y procedimientos) céleres y eficaces a fin de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Este deber, en el caso peruano, no solo deviene de los pactos internacionales, sino también de mandatos constitucionales, como la tutela procesal efectiva, en tanto este derecho implica otorgar a los ciudadanos que recurren al órgano jurisdiccional: Poder Judicial, un proceso sencillo y eficaz que conlleve a obtener una resolución efectiva de su controversia, lo que implica que se deban asegurar de todas las formas posibles un acceso sencillo y eficaz a sus derechos. Refuerza esta condición que el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”; en tanto que, el artículo 2, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, coinciden en que los Estados deben asegurar una protección efectiva al ciudadano que recurre a su protección. En ese marco, el trabajador debe tener mecanismos adecuados a fin de protegerse frente a las afectaciones de sus derechos fundamentales que se materialicen directamente durante el desarrollo de la relación del trabajo, así como en los actos a través los cuales se contralan jurisdiccionalmente dichas condiciones.

Así, el Estado debe garantizar, en el ámbito de un proceso constitucionalizado (por el carácter constitucionalizador del ordenamiento jurídico, sino también por el modelo procesal laboral), la protección procesal efectiva para que los efectos de las medidas dañosas no solo sean controlados, sino que dicho control permita un desenlace adecuado y óptimo en el desarrollo del proceso. En este sentido, es importante entender al proceso como un instrumento fundamental que garantice efectivamente el Estado Social de Derecho.

Como consecuencia de lo anterior, habrá que entender mínimamente el siguiente contenido del proceso laboral constitucionalizado: i. La pretensión laboral debe tener un marco concreto y específico, además, sencillo y optimizador de la protección necesaria; ii. El debate procesal, en el marco del



principio de veracidad, debe centrarse estructuralmente en los hechos afirmados por las partes; iii. La configuración jurídica de los supuestos fácticos probados por las partes, deberán centrarse teniendo en cuenta la necesidad de protección óptima de los derechos sociales; iv. Deberán garantizarse el derecho a la defensa y a la debida motivación, como condiciones equilibradoras dentro del proceso laboral; v. La decisión deberá resolver el debate de fondo, sobre el marco factual probado racionalmente; vi. En el marco del presente proceso, y cualquiera sea la pretensión, el juez laboral deberá observar que antes (causa del proceso) y durante (el proceso) se hayan garantizado o garanticen la plena efectividad de los derechos constitucionales; vii. La justicia social deberá ejecutarse rápidamente; por tanto, el protagonismo del juez deberá materializarse en todas las etapas procesales, incluyendo la ejecución. Únicamente de esta manera, la irradiación constitucional, la fuerza normativa y vinculante de la Constitución, materializarán auténticamente sus efectos.

V. Conclusiones

-La constitucionalización del derecho se erige como un fenómeno que ha transformado significativamente el panorama jurídico actual; esta tendencia ha contribuido de manera determinante a fortalecer la protección de los derechos fundamentales, a promover un acceso efectivo a la justicia y a legitimar el sistema judicial, consolidando un Estado Constitucional de Derecho más justo y democrático. Bajo tal perspectiva, en el Perú ha ido desarrollándose como un proceso en constante evolución, convirtiendo la Constitución en la norma suprema y vinculante para todos, bajo un contexto de sobreinterpretación, aplicación directa e interpretación conforme de las leyes, buscando con ello asegurar la preeminencia y efectividad constitucional.

- A partir de ello, el proceso laboral como instrumento fundamental para la defensa de los derechos fundamentales, se fortalece mediante su constitucionalización, pues lo dota de valores y principios constitucionales como la socialización del proceso para mitigar la desigualdad, el principio pro actione que facilita el acceso a la justicia, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, el principio de razonabilidad y otros, que se han convertido en pilares esenciales para garantizar la plena efectividad y protección de los derechos laborales; esto es esencial, dada la naturaleza tuitiva y autónoma del proceso laboral, que busca compensar la desigualdad entre las partes, otorgando mayor protección a los trabajadores a través de la correcta aplicación e interpretación de las normas en consonancia con la constitución.



- Por ello, el proceso laboral no debe ser visto como un simple trámite legal, sino como un instrumento fundamental que asegura la efectividad del Estado Social de Derecho al garantizar una justicia equitativa, célere y eficaz; de esta manera, es un deber del Estado la implementación de procesos laborales eficaces y céleres que busquen salvaguardar estos derechos fundamentales, garantizando los mandatos constitucionales y pactos internacionales que tienen como uno de los ejes centrales: el derecho a la tutela procesal efectiva, que implica que el proceso judicial se desarrolle de manera idónea e imparcial, asegurando que las decisiones sean adecuadas y eficientes, y tomando en consideración a los principios procesales como pilares que vinculan a todas las partes y al juez en cada etapa, tanto en el proceso principal como en las medidas cautelares.

- En consecuencia, el impacto de la constitucionalización del proceso, conllevará mínimamente a: i. La pretensión laboral debe tener un marco concreto y específico, además, sencillo y optimizador de la protección necesaria; ii. El debate procesal, en el marco del principio de veracidad, debe centrarse estructuralmente en los hechos afirmados por las partes; iii. La configuración jurídica de los supuestos fácticos probados por las partes, deberán centrarse teniendo en cuenta la necesidad de protección óptima de los derechos sociales; iv. Deberán garantizarse el derecho a la defensa y a la debida motivación, como condiciones equilibradoras dentro del proceso laboral; v. La decisión deberá resolver el debate de fondo, sobre el marco factual probado racionalmente; vi. En el marco del presente proceso, y cualquiera sea la pretensión, el juez laboral deberá observar que antes (causa del proceso) y durante (el proceso) se hayan garantizado o garanticen la plena efectividad de los derechos constitucionales; vii. La justicia social deberá ejecutarse rápidamente; por tanto, el protagonismo del juez deberá materializarse en todas las etapas procesales, incluyendo la ejecución.

VI. Listas de Referencias

Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*, (80), 361-390. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>

Arévalo, J. (2018). Los principios del proceso laboral. *LEX*, 16 (22), 253-270. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i22.1657>



- Ermida Uriarte, O. (2011). El Nuevo Procesal Laboral Uruguayo. *Laborem Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (11), 157-173. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem11.pdf>
- Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: La Palestra.
- Grández, P. (2009). El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano. *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Perú*. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/394/268>
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2016). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Traducción de César E. Moreno More. Lima: Editora y Distribuciones Ediciones Legales E.I.R.
- Jiménez López, M. y Pérez Martínez, T. (2021). La Informática Jurídica y el Derecho Procesal Social en México. *Scientific International Journal*. 18, (1), 65-74. <http://www.nperci.org/M.%20Jim%C3%A9nez%20y%20T.%20P%C3%A9rez-La%20inform%C3%A1tica%20jur%C3%ADdica-V18N1.pdf>
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895/9300>
- Lorca Navarrete, A. M. (2016). La Constitucionalización del Proceso. *IUS ET VERITAS*, 24(52), 290-297. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16388>
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo Tendencias 2020*. <https://www.ilo.org/es/publications/perspectivas-sociales-y-del-empleo-en-el-mundo-tendencias-2020>
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*. <https://webapps.ilo.org/publications/eng/abstract.aspx?lang=es>



ilo.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_819022.pdf

Pasco Cosmópolis, M. (1997). *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, Lima: AELE.

Paredes Bedregal, E. (2018). La Constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano. *Revista Iuris Omnes*, XX, (2), 15 – 31. <https://csjarequipa.pj.gob.pe/main/wp-content/uploads/2021/05/01.-La-constitucionalizacion-del-ordenamiento-juridico-peruano.pdf>

Paredes Palacios, P. (1997). *Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral*. Lima: ARA Editores.

Santos Azuela, H. (2010). Derecho procesal del trabajo: principios, naturaleza, autonomía y jurisdicción. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (10), 239-261. <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640265009.pdf>

Suárez Manrique, W. Y. (2018). La constitucionalización del derecho laboral y su fundamentación. *Ciencias Sociales y Educación*, 7(14), 109-125. <https://doi.org/10.22395/csye.v7n14a6>

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2021). Más de 49 mil denuncias virtuales recibió SUNAFIL durante este año. Plataforma digital única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/570927-mas-de-49-mil-denuncias-virtuales-recibio-sunafil-durante-este-ano>

Expedientes consultados

Tribunal Constitucional del Perú (2013). Sentencia recaída en el Expediente N° 00649-2013-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00649-2013-AA%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 763-2005-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, N° 0051-2004-AI/TC, N° 004-2005-AI/TC, N° 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>



Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Expediente N° 6149-2006-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>

quaestio iuris

La concepción racionalista de valoración probatoria es la más idónea en nuestro sistema de justicia

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.8>



La concepción racionalista de valoración probatoria es la más idónea en nuestro sistema de justicia

The rationalist conception of evidentiary assessment is the most suitable in our justice system

ALVARADO LUIS, Domingo Celestino*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27.12.24

Sumario

I. Introducción. II. Hecho. III. Prueba. IV. Momentos de la valoración de la prueba. V. Concepción persuasiva. VI. Concepción racionalista. VII. Valoración de la prueba en el Código Procesal Penal peruano. VIII. Conclusiones. IX. Lista de Referencias.

Resumen

La valoración de la prueba como parte del derecho constitucional procesal tiene relevancia actual en nuestro sistema de justicia penal. El problema propuesto es por qué la concepción racionalista es la más adecuada para valorar la prueba en el Código Procesal Penal peruano vigente. El objetivo es demostrar que la concepción racionalista es la más adecuada para valorar la prueba. El método adoptado es el analítico con revisión bibliográfica y documental, principalmente textos de leyes, actos normativos constitucionales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (Ej. STC 1336/2024. Exp. N.º04879-2023-PHC/TC. F.J.16), Corte Suprema y Corte IDH (Corte IDH, Caso Zegarra Marín vs Perú. Párrafos 145 a 147). La conclusión es que en nuestro sistema de justicia penal, la concepción racionalista permite valorar la prueba considerando que todo justiciable tiene “derecho a utilizar las pruebas de que dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan su

*Abogado. Juez Superior (P) de la Segunda Sala Penal de Cajamarca, Perú. Profesor de la Escuela de Posgrado Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: dalvarado@unc.edu.pe. <https://orcid.org/0000-0001-8417-8081>.



pretensión, a que sus pruebas sean practicadas en el proceso, a una valoración racional de la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales en materia probatoria, la que a su vez permite un control interno y externo, tal como se aprecia en nuestra jurisprudencia interna y externa. Conclusiones.

Palabras clave: Hecho, prueba, valoración probatoria, concepción persuasiva, concepción racionalista, código procesal penal peruano.

Abstract

The assessment of evidence as part of procedural constitutional law has current relevance in our criminal justice system. The proposed problem is why the rationalist conception is the most appropriate to assess the evidence in the current Peruvian Criminal Procedure Code. The objective is to demonstrate that the rationalist conception is the most appropriate to evaluate the evidence. The method adopted is analytical with bibliographic and documentary review, mainly texts of laws, constitutional normative acts and jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court, Supreme Court and IACHR. The conclusion is that in our criminal justice system, the rationalist conception allows us to evaluate the evidence considering that every defendant has "the right to use the evidence at his disposal to demonstrate the truth of the facts that support his claim, to have his evidence carried out. in the process, a rational assessment of the evidence and the motivation of judicial decisions on evidentiary matters, which in turn allows for internal and external control, as seen in our internal and external jurisprudence. Conclusions.

Keywords: Fact, evidence, evidentiary assessment, persuasive conception, rationalist conception, Peruvian criminal procedural code.

I. Introducción

En nuestro sistema de justicia penal, se advierte deficiencias en la valoración de la prueba, lo cual se expresa en las sentencias de primera como de segunda instancia, donde apreciamos muchas decisiones judiciales conteniendo meras descripciones o transcripciones de la información obtenida de los medios de prueba con ausencia de criterios racionales que expresen las razones de fiabilidad. Será porque aún existen criterios de que en el proceso se prueba y valoran los hechos, como lo sostiene Devis Echeandía (2002): (...) pero se equivocan al considerar que este juicio puede ser objeto mismo de la prueba independientemente del hecho sobre el



cual recaer; siempre que se expone un juicio sobre un hecho, se está representando ese hecho y en el fondo es este el objeto prueba (p.163). En esa línea, Alvarado Velloso (2007), afirma: “el objeto de la confirmación será siempre un hecho susceptible de ser confirmado” (p.36).

En sentido contrario, la doctrina mayoritaria -Taruffo, Nieva, Ferrer, Gascón, Lagier, San Martín (2024): “(...) en tanto en cuanto tenga relación o guarden conexión con las afirmaciones de hechos efectuadas en las alegaciones finales de las partes” (pp.1158-1159), Neyra, etc.- sostiene que en juicio se prueban las afirmaciones de los hechos presentadas por las partes.

Tales posiciones, nos lleva a analizar comparativamente las vigentes concepciones de valoración probatoria, que a saber son: la concepción persuasiva (propia de jurados, en tanto no justifica su decisión) y, la concepción racionalista (que exige motivación reforzada para garantizar el derecho a la prueba o a probar), para ello es necesario, analizar el hecho, la prueba a la luz de la concepción a la cual nuestro sistema de justicia penal se viene adscribiendo, conforme se aprecia de la doctrina mayoritaria y nuestra jurisprudencia interna y externa.

La concepción racionalista para valorar la prueba, ha sido desarrollada por Jordi Ferrer Beltrán, quien, establece que esta concepción se basa en la corroboración suficiente de la hipótesis con los elementos de juicio, datos o hechos probados, con respeto de las garantías de contradicción, publicidad, oralidad e intermediación, admisión de recursos para controlar en segunda instancia el razonamiento probatorio.

El control del razonamiento probatorio, incluye “las denominadas “zonas abiertas” sujetas a control, dicho supuesto está vinculado a los aspectos relativos de la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Así, establece que el Juez de segunda instancia puede darle un valor diferente al relato fáctico cuando: a) haya sido entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto-el testigo no dice lo que menciona el fallo-; b) sea oscuro, impreciso, dubitativo, inteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o c) sea desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia” (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala Penal Permanente. Casación N.º 871-2021-Tacna. F.J. Octavo, segundo párrafo).



II. Hecho

En el proceso penal peruano, los jueces deben resolver conflictos provenientes de dos partes, teniendo en cuenta que se trata de un <<hecho>>, con versiones diferentes, una del acusador (fiscal penal) y/o actor civil frente al tercero civilmente responsable y acusado (abogado del acusado), de cuyo contexto se advierte que el objeto de prueba en el proceso judicial es el <<hecho>> o tema probandum. En nuestro Código Procesal Penal (en adelante CPP), la regulación normativa del “hecho” lo advertimos en los artículos II.1, III, IV.2 del T.P y arts. 65.1, 156.1 y 3, 157.1 y 3, 322.1, 329.1, 330.2, 331.1, 332.2, etc.

Como afirma el profesor Dei Vecchi (comunicación personal, 02 de febrero de 2020), Las bases epistemológicas del razonamiento probatorio. Entre otros temas, sostiene que, uno de los modos cómo funciona el derecho consiste en aplicar normas generales a casos particulares, las normas generales tienen ciertos supuestos de hecho que están conectados con consecuencias jurídicas; por ello, aplicar correctamente una norma jurídica presupone poder determinar la ocurrencia de un ‘hecho’; ejemplo del ‘supuesto de hecho de la norma’; sin embargo, desde la perspectiva epistemológica lo que es objeto de prueba en el proceso es una “proposición” (‘afirmación de un hecho’), porque que los hechos no requieren prueba sino que sirven para corroborar si la entidad proposicional es verdadera o falsa en tanto se corresponda con la realidad.

Afirma el citado profesor que el ámbito central, es poder determinar si un evento ha ocurrido o no ha ocurrido, conforme a las aserciones de las partes (proposiciones) y conforme a la realidad en el mundo, es decir, que la proposición: “*Juan mató a Pedro*”, será verdadera en tanto se corresponda con la realidad de los sucesos en el mundo, esto es, la proposición será verdadera si en la realidad ha ocurrido tal suceso, caso contrario será falsa.

El profesor Diego Dei Vecchi sostiene que la justificación de las aserciones acerca de la ocurrencia de ciertos hechos es central para la aplicación del Derecho. Para el caso es de nuestro interés sólo la premisa fáctica. Ej:

“Norma general: *Toda persona que ejecute la acción A debe ser condenada a la pena P.*”

Premisa fáctica: *Elmer ejecutó la acción A* (el día D, en circunstancias C).

Norma individual (Conclusión): *Elmer debe ser condenado a la pena P.*”



Michele Taruffo sostiene que “en las diversas culturas jurídicas el *hecho* es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que <<es probado>> en el proceso” (Taruffo, 2002, p. 96).

El <<*Hecho*>> es un término sumamente ambiguo. Algunos autores llaman <<hechos>> a todo aquello que existe en el mundo espacio temporal, distinguiendo como dos tipos de <<hechos>> a los eventos y a los objetos. (...), el sentido con el cual emplean los juristas la palabra <<hecho>> -al menos en la teoría de la prueba- es más restringido y viene a coincidir con la idea de <<*evento*>>. Ej. la asumida por Bertrand Russell, al definir a los <<hechos>> como aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias¹. (...), me refiero aquello que hace verdadero o falso una proposición. Ej. Si digo “está lloviendo”, lo que digo será verdadero en unas determinadas condiciones atmosféricas (en que realmente está lloviendo) y falso en otras. (González, L. 2005, p. 20)

Michele Taruffo, posteriormente, señala que el <<hecho en litigio>> solo se puede identificar de acuerdo con la norma jurídica que se usa como criterio para decidir. Ulteriores problemas surgen porque los hechos pueden ser definidos de distintas formas por las normas jurídicas que se toman como premisas para la decisión, en las que un determinado <<hecho>> se define como *antecedente de una consecuencia jurídica*. (Taruffo, 2008, p. 16-17)

En suma, podría decirse que en los planteamientos más reflexivos de la actualidad se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho como <<la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la <<verdad de los hechos>> nunca será absoluta, sino que viene dada por la *hipótesis más probable*, o sostenida por mayores elementos de confirmación>>. (Abellán, 2010, p. 43)

A la luz de la epistemología jurídica, el objeto de prueba no es el hecho o evento, sino el enunciado lingüístico que constituye una proposición, a la que se llega luego de utilizar un acto de habla del lenguaje, esta proposición tiene la entidad de ser verdadera o falsa, según se corresponda con el hecho en sí. Ej. Si afirmé: “*Juan mató a Pedro*” y en la realidad eso ocurrió, entonces mi proposición será verdadera; será falsa si tal hecho delictivo no ocurrió. Por ello, objeto de prueba serán las proposiciones con contenido de enunciados referidos a

¹Las creencias deben ser objetivas, verdaderas y deben estar debidamente justificadas.



hechos. “En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”(Taruffo, 2008, p.19). “El objeto de prueba no son los hechos, sino enunciados sobre hechos. Siendo que lo correcto sería hablar de prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho” (Abellán, 2010, p.76).

El Perú siguiendo la corriente de derecho probatorio desarrollada por los doctores César San Martín Castro y José Antonio Neyra Flores se adscribe a esta tesis, tal como se puede advertir en la sentencia emitida por la Corte Suprema de la Republica del Perú. Recurso de Nulidad N.º 1284-2022-La Libertad, (2023): “Entonces el objeto de la prueba está determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes; esto es, que con la prueba se pretende lograr una convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho” (Fundamento. 5.5, literal “c”). Lo mismo se ha ratificado por la Corte Suprema en el Décimo Pleno Casatorio Civil. Casación N.º1242-2017- Lima Este (2020) “Luego, se debe precisar que en rigor el objeto de prueba está centrado en las afirmaciones de los hechos” (Fundamento 5.5, segundo párrafo).

III. Prueba

Como señala Montero Aroca, citado por Marina Gascón Abellán, en la doctrina se ha generado un caos terminológico, al referirse a la prueba como: elementos², fuentes³, medios⁴, etc., las cuales tiene su reflejo en cada una de las pruebas⁵ (Abellán, 2010, p. 77). Lo cual debe ordenarse.

Gascón Abellán señala que en principio el término prueba es doblemente polisémico, pues, además de la ambigüedad referida a sus distintos contextos de uso (descubrimiento y justificación), éste puede aludir aún a distintos aspectos del fenómeno probatorio: en concreto a los *medios de prueba*⁶,

²Elemento: Dato objetivo o información proveniente del mundo exterior. Elemento: Dato objetivo o información proveniente del mundo exterior.

³Fuentes: Es el vehículo, medio o instrumento o algo con la que verificar o que contiene al elemento.

⁴Medios de prueba: Es la actividad procesal por la que una fuente se introduce al proceso.

⁵En la confesión: La fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, el medio, es su declaración en el proceso. En la prueba documental: La fuente es el documento, el medio es su aportación al proceso. En la prueba testimonial: la fuente es el testigo y su conocimiento, el medio es su testimonio. En la prueba pericial: la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, el medio, es la actividad y el informe pericial. En el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de reconocimiento.

⁶Como sostiene Michele Taruffo, lo que sirve o puede servir, para confirmar o refutar una aserción relativa a un hecho de la causa.



al *procedimiento probatorio* o a los *resultados* del mismo.” -prueba como *medios de prueba* (...) lo que permite formular o verificar enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos. En tal sentido constituyen prueba la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, el reconocimiento judicial, etc. Prueba como *resultado* probatorio, constituye el enunciado fáctico verificado que lo describe. Desempeña una función justificativa. Son pruebas los enunciados: “había un arma en el domicilio del acusado”, “A amenazó a B en repetidas ocasiones”, “A preparó un plan para matar a B”, etc. Prueba como *procedimiento* probatorio, conecta los medios de prueba con la aserción (verificada) sobre el hecho. Cumple una función cognoscitiva, porque permite al juez conocer o descubrir los hechos, o sea formular la prueba a partir de elementos probatorios o de conocimientos introducidos por los medios de prueba. (Abellán, 2010, p. 78).

Jordi Ferrer Beltrán señala que la noción de prueba es central para dar cuenta del funcionamiento del Derecho en el ámbito judicial. En su libro *Prueba y verdad en el derecho*, sostuvo que los enunciados probatorios, del tipo <<*Está probado que p*>>, que comparecen en el razonamiento judicial sobre hechos son sinónimos de <<*Hay elementos de juicio suficientes a favor de la aceptación de p como verdadera*>>.

Dicha tesis dio lugar al trabajo denominado tradición racionalista acerca de la prueba, que conllevó a las tesis centrales: a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial, b) la aceptación del concepto de *verdad como correspondencia*, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho, c) el recurso a las metodologías y análisis propios de la *epistemología general* para la valoración de la prueba.

Jordi Ferrer Beltrán, concluye su trabajo denominado tradición racionalista acerca de la prueba, sosteniendo: En este sentido, he analizado el concepto de prueba, valiéndome para ello del enunciado tipo ‘*Está probado que p*’. Mi primera propuesta al respecto, consiste en la introducción de algunas distinciones. De este modo, he separado el análisis de la fuerza que conviene atribuir a ese enunciado del análisis del *significado* del mismo. Por su parte, he distinguido tres posibilidades, constitutiva, normativa y *descriptiva*, en referencia a la fuerza. En cuanto al significado de ‘*Está probado que p*’ he presentado de nuevo tres posibilidades, a saber, son: a) es verdad que p, b) el juez ha establecido que p; y, c) *hay elementos de juicio suficientes a favor de p*.



Finalmente, atendiendo a la vinculación que generalmente se realiza entre la valoración de la prueba y los estados mentales acerca de las proposiciones probadas, he distinguido tres posibles actitudes proposicionales que podrían estar implicadas en la decisión del juez respecto de los hechos probados la creencia, el conocimiento y la aceptación. Partiendo de las distinciones anteriores, la segunda propuesta que realizó en el trabajo consiste en la asunción de la *tesis descriptivista* en cuanto a la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados; la versión de que *hay elementos de juicio suficientes* a favor de p como significado de 'Está probado que p ' y tesis de la aceptación como actitud proposicional más adecuada para reconstruir su funcionamiento en el proceso judicial."

Por último, señala, vale la pena hacer una rápida mención del juego de la negación respecto de enunciados como «Está probado que p ». Así, es importante percibir que este tipo de enunciados admite dos negaciones distintas, una interna y otra externa, que no deben ser confundidas. La negación interna del enunciado «Está probado que *no- p* » afirma la prueba de una proposición en concreto de la proposición que describe la no ocurrencia de un hecho. En cambio, la negación externa del enunciado «No está probado que p » no dice nada acerca de la ocurrencia o no de hecho alguno externo al proceso simplemente afirma la falta de elementos de juicio suficientes para considerar probada la ocurrencia de un hecho.

Ferrer sostiene que, esto quizás muestre, en fin, una cierta asimetría entre «Está probado que p » y su correspondiente negación externa. Mientras que el primero supone la presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes para justificar la aceptación de la ocurrencia de un hecho y, en ese sentido, permite sostener esa ocurrencia, su negación externa no dice nada acerca de la ocurrencia o no del hecho sino simplemente de la falta de elementos de juicio suficientes para justificar la aceptación. Ahora bien, el enunciado «No está probado que p » es susceptible, en cualquier caso, de verdad o falsedad lo es, en relación con los elementos de juicio presentes en el expediente. Si hay elementos de juicio suficientes a favor de p , el enunciado en cuestión resultará falso y, a la inversa, si no los hay, resultará verdadero.

Jordi Ferrer Beltrán sostuvo en su obra (2002), que los enunciados del tipo <<está probado que p >> son sinónimos <<hay elementos de juicio suficientes a favor de la aceptación de p como verdadera>>, en dicha tesis asume dos compromisos; primero, a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial, b)



la aceptación del concepto de verdad como *correspondencia*, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del Derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se dé el hecho *h* requiere que se haya producido *h* y, por tanto, que los enunciados que se declararon probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo, c) el recurso a las metodologías y análisis propio de la *epistemología general* para la valoración de la prueba, por ser estos los mejores instrumentos disponibles para maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada corresponde con la verdad, llegando al ámbito de la libre valoración de la prueba. Y segundo, establece la vinculación entre prueba y verdad. (Ferrer, 2007, pp.19-20).

IV. Momentos de la valoración de la prueba

Como sostiene el profesor Edgar Aguilera García al referirse a Las bases institucionales del razonamiento probatorio, se puede constatar que pese a la presencia de resabios o remanentes de prueba tasada, lo que ocurre contemporáneamente en los procesos judiciales es la implementación del *sistema de libre valoración de la prueba*, superando al sistema de prueba tasada que viola el principio epistémico o la sugerencia de racionalidad empírica apuntando en el sentido de dejar que sea el juez el que lleve a cabo la valoración de la prueba ya concebida en abstracto.

Es importante tener en cuenta que la prueba judicial debe determinar la ocurrencia histórica de hechos pasados (Ej. *Juan mató a Pedro*), pero en ocasiones el juzgador debe determinar la ocurrencia de hechos presentes (Ej. Proceso por defectos de construcción con filtraciones de agua, a través de reconocimiento judicial o inspección judicial), como también la ocurrencia de hechos futuros (Ej. Determinación de la existencia futura del lucro cesante que funda la petición de daños y perjuicios o en el caso de daños ambientales, cuya responsabilidad alcanza a daños ya producidos como a los futuros). (Ferrer, 2007, p. 32)

4.1. Conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas

La profesora Carmen Vásquez Rojas sostiene que la admisión de prueba requiere pasar entre otros filtros por el de *relevancia* y *fiabilidad*, especialmente el primero que sirve de fundamento para la decisión cuando la prueba por sí sola o en conjunto con otros elementos de juicio, permiten concluir sobre la verdad



de los enunciados o proposiciones ('Está probado que p '), sin embargo, deberá tenerse en cuenta los costos económicos y cognitivos, la suficiencia y las garantías procesales.

Jordi Ferrer Beltrán sostiene que el desarrollo del proceso judicial, a través de la proposición y práctica de la prueba conforma un conjunto de elementos de juicio que sirven de apoyo o refutación de una hipótesis sobre los 'hechos' del caso.

Ferrer Beltrán advierte que el conjunto de elementos de juicio que finalmente se valoran viene a ser un subconjunto del total, por cuanto los filtros para la admisión de la prueba en el proceso son innumerables, sean de carácter epistémico (irrelevancia, etc.) o no epistémico (exclusión de prueba ilícita, etc.); en el orden epistemológico debe considerarse la admisión de toda prueba que aporte información *relevante* sobre los hechos controvertidos (que se juzgan) a la luz de los principios de la lógica o de la ciencia.

Respecto a los filtros no epistémicos, se aprecian las reglas de exclusión probatoria, por violación del contenido esencial de un derecho fundamental⁷ (inviolabilidad del domicilio, intangibilidad del secreto de comunicaciones, intangibilidad del secreto financiero o bancario, intangibilidad de la persona humana (Ej. La tortura para la confesión con afectación de la integridad física o vida del imputado, etc.), la información proveniente del secreto profesional (información obtenida por abogados, médicos, periodistas, etc.), información proveniente del secreto de confesión (sacerdotes), intangibilidad de la familia (derecho a no declarar de la cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial)⁸, y la exclusión de la prueba ofrecida en forma extemporánea, etc.

4.2. Valoración de la prueba

El vigente Código Procesal Penal peruano (Art. 393°), prescribe que la apreciación de la prueba será en forma individual⁹ y en forma conjunta¹⁰, de cuya prescripción normativa se infiere

⁷CPP Art. VIII del T.P: Legitimidad de la prueba: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.



que nos hemos adscrito a la valoración *probatoria analítica y conjunta u holística*, que tiene sus bases en un sistema de libre valoración de la prueba y en la valoración racional de la prueba¹¹. Sin embargo, como lo sostiene el profesor Edgar Aguilera, aún subsisten rasgos de prueba tasada (En el caso del Perú: En el estado civil según Ley de Reniec peruano, se prueba con la declaración de estado civil registrada en el DNI), el domicilio (con la declaración domiciliaria consignado en el DNI, según Código Civil vigente en Perú), y de la íntima convicción como el juramento de los testigos¹² en juicio, tal como lo sostiene el profesor Jordi Nieva Fenoll (2010): Dicha confusión llevó al legislador a prever la posibilidad de que la parte realizara un juramento, lo que, no era más que el residuo

⁸CPP. Art. 165: Abstención para rendir testimonio. - 1. Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte. 2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado: a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia. 3. Si la información requerida al testigo no se encuentra incurso en las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.

⁹Corte Suprema. Recurso de Nulidad N°1435-2019-Lima (2020). F.J. 6.5: "(...), juicio de fiabilidad, interpretación, juicio de verosimilitud, comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios, (...).

¹⁰CPP. Art. 393: "Normas para la deliberación y votación. - 1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. 2. El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. 3. La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones: a) Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento; b) Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias; c) Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho; d) La calificación legal del hecho cometido; e) La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella; f) La reparación civil y consecuencias accesorias; y, g) Cuando corresponda, lo relativo a las costas."

¹¹ El Magistrado Supremo José Neyra Flores sostiene en su artículo La Jurisprudencia penal peruana sobre valoración de la prueba, citando la Casación N° 648-2017-San Martín (2016), que el sistema procesal penal peruano se adscribe al sistema de libre valoración y se decanta por una valoración racional de la prueba.



de la antigua ordalía, pero intentaba añadir vanamente, una amenaza al declarante (p.239).

El resultado de la valoración de la prueba siempre debe ser contextual, referido a un conjunto de elementos de juicio, el cual puede variar por sustracción o adición de elementos de juicio.

La actividad probatoria en el derecho está informada por diversos valores u objetivos, siendo el principal la averiguación de la verdad en el proceso.

La valoración de la prueba bajo el sistema de la libre valoración -libre en tanto no se sujeta a norma jurídica alguna- consiste en juzgar o evaluar el apoyo empírico de un conjunto de elementos de juicio a una hipótesis o proposición que contiene una pretensión, por los que se confirma o refuta. (En el Perú han expuesto criterios racionales de valoración de la prueba el Dr. César Higa Silva, Pablo Talavera Elguera, César San Martín Castro, José Antonio Neyra Flores, Ricardo Elías Puelles, etc.).

4.3. La adopción de la decisión sobre los hechos probados

La valoración de la prueba permite otorgarle un valor determinado que nunca será con el grado de certeza absoluta sino con el grado de *probabilidad de verdad* de una proposición en cuestión. El *proceso civil* se rige por el *estándar de prueba prevaleciente*, concluyéndose que una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria. En el vigente proceso penal peruano, -algunos aluden al estándar “más allá de toda duda razonable” que es subjetivo e impreciso- se rige por el estándar de suficiencia probatoria –suficiencia probatoria que hace más probablemente verdadera una hipótesis- que es objetivo y justificable racionalmente.

Stein citado por Ferrer Beltrán señala que la elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica (todos los sistemas de valoración de la prueba fueron establecidos por ley) y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso; observándose que éste estándar exige una confirmación de la hipótesis de culpabilidad, *más allá de toda duda razonable*. (Ferrer, 2007, p.48)

¹²CPP Art. 170. Desarrollo del interrogatorio: 1. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de las cuales pueda surgir su responsabilidad penal. 2. No se exige juramento o promesa de honor cuando declaran las personas comprendidas en el artículo 165, inciso 1), y los menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos.



V. Concepción persuasiva

Jordi Ferrer Beltrán sostiene que esta concepción persuasiva o psicologista de la prueba tiene cuatro elementos fundamentales, a saber, son:

1. Convicción judicial: responde a la pregunta, qué significa que un enunciado está probado en un procedimiento. Significa que, el juez alcanzó su convicción o que un hecho está probado cuando el juez alcanzó su convicción. Llegó a su certeza mental. El objetivo de la prueba es la *convicción del juez*. Este convencimiento es interno, psíquico, mental, *propio de la íntima convicción*, es infalible y por tanto no necesita justificación alguna.

2. Principio de inmediación fuerte: Este principio exige la presencia física del juzgador al momento de la práctica de la prueba en razón de que su convencimiento se funda en la práctica de la prueba, la cual es entendida como instrumento o vehículo o mecanismo para generar su convicción; conllevando a la exclusión de la revisión por el órgano superior jerárquico. El reemplazo de un magistrado antes de la culminación del juicio, implica reiniciar todo el juicio.

3. Ausencia de recursos: Bajo esta concepción, sino existe errores tampoco existe la necesidad del recurso de revisión u otro recurso. Solo admite recursos en cuestiones de derecho no de prueba.

4. Ausencia de motivación en materia probatoria: No puede haber motivación de la prueba porque el convencimiento del juez es subjetivo. Lo cual no puede ser controlable.

VI. Concepción racionalista

De “concepción racionalista” de la prueba se comienza a hablar en el ámbito latino hacia fines de los noventa y comienzos de los dos mil, en el marco de una creciente atención teórica hacia la determinación judicial de los hechos. Una atención que se había iniciado algunos años antes, con dos hitos capitales, tanto por la novedad de su perspectiva, frente al clásico abordaje procesalista de la prueba, como por la difusión que han tenido en el ámbito latino: la publicación en 1989 de *Diritto e ragione*, de Luigi Ferrajoli y el libro de Michele Taruffo *La prova dei fatti giuridici*, publicado en 1991. De ambas obras hay, como se sabe, traducciones al castellano, la primera publicada en 1995 e impulsada por Perfecto Andrés Ibáñez (quien a su vez comienza a escribir intensivamente sobre temas probatorios



a partir del artículo, de 1992, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*) y la segunda realizada por Jordi Ferrer, que comenzaba entonces su fecunda travesía por los territorios de la prueba, y publicada en 2001. Daniela Accatino (2019)

Ferrer Beltrán sostiene que la concepción racionalista tiene los mismos elementos que la concepción persuasiva o sicologista, pero con características distintas, a saber, son:

1. Corroboración suficiente: Responde a la pregunta, qué significa que un enunciado o proposición ('Está probado que p ') está probado en un procedimiento. Significa que, está suficientemente corroborada. Lo cual constituye una relación entre *elementos de juicio e hipótesis* correspondiente.

No debemos olvidar que los elementos de juicio deben ser relevantes, entre otras características, y en tanto más información objetiva es probable que sean más fiable o confiable.

2. Principio de intermediación débil: Significa que se exige la presencia del juez -no para generar su convencimiento- para eliminar o disminuir la posibilidad de error, para lo cual se elimina al intermediario que sería el oficial de la Policía Nacional quien recibe el testimonio y en su lugar, será el juez, quien directamente reciba el testimonio -en el cual puede ser que el testigo mienta, el testigo tenga un falso recuerdo o entienda mal, o que el testigo exprese o reproduzca mal o que el juez comprenda o interprete mal el testimonio-; y, garantiza el derecho a la contradicción en la actuación de la prueba, para lo cual el juez debe comprender adecuadamente con el fin de evitar el error.

3. Previsión de recursos: No se limita el recurso de revisión por el superior jerárquico, el que puede reevaluar la corrección de la inferencia probatoria, no requiere la presencia física del testigo, pues su testimonio puede haber sido gravado en audio y/o video, lo que permitirá un completo reexamen.

La CIDH, ha planteado el doble conforme en materia probatoria suficientemente, esto es, una reevaluación del acervo probatorio. (En EE. UU en materia de hechos, contra la decisión del jurado se permite volver a considerar si ocurrieron o no, es decir, se *repite el juicio* -de prueba- desde el inicio), en segunda instancia se abre el juicio, repitiendo la práctica de la prueba y tomando una nueva decisión, a la luz de la práctica de la prueba realizada en segunda instancia.



Se incorpora el recurso simétrico, pues también la sentencia absolutoria puede ser examinada en segunda instancia (revisión o control de la calidad del razonamiento probatorio no una repetición).

4. Motivación suficiente: Esto implica que, afirmar que algo está probado significa que las pruebas otorgan un nivel de corroboración suficiente y por eso se considera corroborada, bajo tres aspectos:

i) Valoración individual de la prueba: a efectos de determinar su fiabilidad y justificación de la fiabilidad, en la práctica debe haberse obtenido información suficiente. En la prueba pericial: debe establecerse la fiabilidad del método, de la tecnología, debe determinarse cuál es el grado de aceptación de esa teoría o comunidad científica. Ello nos llevará a determinar si es fiable. En que fundamenta esas conclusiones y si las inferencias son correctas. En caso de testimonios, la coherencia interna y externa (no cuestiones subjetivas: Ej. Valorar si sudaba o miraba para abajo o para arriba, etc.).

ii) Valoración de conjunto, que permita concluir que nivel de corroboración tiene cada una de las hipótesis, las cuales nunca nos permitirá tener certezas racionales o corroboraciones absolutas (ni en proceso judicial ni en ningún ámbito) e incluso las disciplinas que hoy tienen mayor fiabilidad como ADN, también tienen margen de error y por eso tienen una corroboración gradual. Si el razonamiento probatorio es probabilístico, cabe preguntarse qué probabilidad es suficiente o qué nivel de corroboración es suficiente, por ello se requiere que el nivel o estándar sea suficiente.

iii) Aplicar el Estándar de prueba (EdP), implica que el procedimiento sea adecuado para determinar si es suficiente declarar probado o si no es *suficiente* será no probado. Hay una exigencia de mayor motivación entendida como justificación de la hipótesis que declaramos probada y tiene corroboración suficiente.

Respecto al estándar de prueba en materia penal, debemos dar cuenta que hay dos trabajos importantes que son referentes, el primero de Larry Laudan, quien sostiene que el estándar probatorio denominado “más allá de toda duda razonable” distribuye entre las partes el riesgo de error de la sentencias condenatorias falsas y sentencias absolutorias falsas, siendo sus deficiencias tener carácter subjetivo y estar afectado por



la vaguedad en su enunciación (Laudan (2013), pp. 68-88); y el segundo, de Jordi Ferrer Beltrán, quien sostiene que es necesario establecer un estándar, dependiendo de los niveles del conocimiento en el proceso, pero que se caracterice por ser objetivo y preciso.

El profesor Edgar Aguilera, resalta la importancia de los estándares probatorios ejemplificando que no son iguales en los diferentes procesos, así pues, nos señala que en el proceso penal norteamericano 'OJ Simpson' fue absuelto, pero no en el proceso civil se le impuso una fuerte indemnización; contrario sensu, el profesor Ferrer señala que en un caso de absolución penal, el TEDH resolvió que en el proceso laboral, también debería seguir la misma suerte, cuando ello sería un error conceptual, en tanto los estándares probatorios son distintos en procesos diferentes.

VII. Valoración de la prueba en el CPP peruano

Estimamos que la concepción racional es la más adecuada para valorar la prueba en el CPP peruano, por ofrecer criterios objetivos y mejor justificados, que son desarrollados y explicitados adecuadamente por el Profesor Daniel González Lagier, pues si bien, como lo sostiene el profesor Edgar Aguilera, al señalar que en los sistemas procesales contemporáneos aún subsisten los resabios de la prueba tasada o íntima convicción, y el sistema procesal penal peruano no es ajeno (subsiste la prueba del estado civil y del domicilio como prueba tasada y el juramento como prueba bajo la íntima convicción), tales resabios son mínimos.

Coincidiendo con lo sostenido por el señor Magistrado Supremo José Antonio Neyra Flores, en la Casación N°648-2017-San Martín, que en el sistema procesal penal peruano con el vigente Código Procesal Penal, promulgado por D. Leg. N° 657 (2004), se ha adscrito al sistema de *libre valoración* bajo las reglas de la sana crítica¹³ y nos decantamos por una *valoración racional de la prueba*, pues así se aprecian de diversas normas generales y específicas, que entre otros tenemos a los Arts. II y VIII del T.P y Art.155, 158, 393 del Código Procesal Penal peruano.

En este contexto, la valoración racional de la prueba dependerá de que los principales operadores tomen conciencia del costo

¹³Entre los criterios de la Sana Crítica se tiene los principios de la lógica (identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente), las máximas de la experiencia entendidas como juicio hipotético procedentes de la experiencia independientes de casos particulares, con pretensión de validez para otros casos particulares, y las reglas de la ciencia que responden a la necesidad de certeza basada en los avances de la ciencia como el caso del ADN.



que implica condenar a un inocente y absolver a un culpable, y de la necesidad de la exigencia de un estándar de prueba que garantice la presunción de inocencia, el cual con sostiene Ferrer es urgente determinar un estándar probatorio que sea objetivo y preciso, y como sostiene Gonzales Lagier, que ese estándar no sea tasado, es decir que no sea determinado o delimitado por el legislador sino por el Juez; creo que lo mejor, por ahora, debe ser adoptar un estándar probatorio bajo la concepción racionalista, en tanto satisface de mejor manera la suficiencia y corroboración de la hipótesis o proposición (como objeto de prueba).

Siguiendo a González Lagier, la estructura de la inferencia probatoria o argumentación probatoria parte de una pretensión¹⁴, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones¹⁵, esto es, en hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. Ahora bien, en ocasiones hay que explicar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión. Este elemento fundamental de la argumentación es la garantía¹⁶, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad -garantía-. De acuerdo con lo sostenido por Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo (Toulmin, 2007, pp. 132-142), éstos son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento¹⁷, sea de tipo que sea, jurídico, científico, de la vida cotidiana, etc. (Lagier, 2022, p.51-57).

Resulta útil y relevante señalar que los argumentos son una herramienta de justificación de las decisiones y opiniones (y la inferencia probatoria, una herramienta de justificación de las hipótesis fácticas). Explicar es responder a la pregunta de ¿por qué? Lo que consiste en indicar circunstancias, causas,

¹⁴Pretensión: Está conformada por la hipótesis o los hechos a probar o por la conclusión.

¹⁵Razones: Están constituidas por los hechos probados, o hechos probatorios o pruebas o por los hechos que dan cuenta de la corrección de la pretensión.

¹⁶Garantía: Está conformada por enunciados generales como máximas de la experiencia (de las buenas), reglas normativas o presunciones.

¹⁷ Ejemplo de inferencia probatoria según Gonzales Lagier: Juan es hijo de Pedro (hecho probado), por tanto, Juan heredará a Pedro (hipótesis), porque los hijos heredan a sus padres según una máxima de la experiencia (garantía), -a mayor fundamento, se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 822 del CC peruano-, que prescribe que los hijos son herederos forzosos de los padres (respaldo normativo).



motivos, etc. Mientras que justificar, responde a la pregunta ¿es correcto x? e interesa la evaluación de si las razones expuestas en defensa de su posición son las correctas, esto implica mostrar que la decisión está respaldada por un argumento correcto. La inferencia probatoria trata de aportar razones justificativas, no razones explicativas. (Perfecto & Lagier, pp. 14 y 15)

El distinguido profesor Ferrer, en su último trabajo sostiene: “Los estándares probatorios son reglas que, determinan el nivel de suficiencia probatoria para que una hipótesis pueda considerarse probada (o suficientemente probada) a los efectos de una decisión sobre los hechos. Cumple tres funciones de la máxima importancia en el marco del proceso de decisión probatoria: 1) aportan los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma, por lo que hace a la suficiencia probatoria; 2) sirve de garantía para las partes, pues les permitirán tomar sus propias decisiones respecto de la estrategia probatoria y controlar la corrección de la decisión sobre los hechos, y 3) distribuye el riesgo de error entre las partes” (Ferrer, 2021, p.109).

En el Perú, la Corte Suprema, mediante el Primer Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales y Transitorias, ha ido implementado este estándar, en referencia al delito de lavado de activos, como estándar de prueba para su persecución procesal y condena, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, emitido 11-10-2017, vigente.

VIII. Conclusiones

- En principio, a diferencia de la teoría del Dr. Hernando Devis Echandía y Adolfo Alvarado Velloso entre otros juristas, quienes sostiene que el objeto de prueba son los hechos; el Perú, se adscribe a la teoría que establece, en el litigio son las afirmaciones de los hechos las que se prueba y, no los hechos.

- En segundo lugar, la concepción racional es la más adecuada e idónea para valorar la prueba conforme al CPP peruano, pues como lo sostiene Ferrer Beltrán, todo justiciable tiene “derecho a utilizar las pruebas de que dispone para demostrar la verdad de los hechos afirmados que fundan su pretensión, a que sus pruebas sean practicadas en el proceso, a una valoración racional de la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales en materia probatoria” (Ferrer, 2007, p.54-57). Lo cual genera seguridad jurídica.

- En tercer lugar, el estándar probatorio más exigente para probar un delito según Ferrer podría ser el que señala: a) la



hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. b) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

- Este estándar probatorio citado, es uno de los seis modelos presentados por Ferrer, y si bien éste es el más exigente, desde nuestra perspectiva para delitos muy graves debería ser aplicable (graduándose para delitos menores en forma racional), para lo que se requiere de una corroboración probatoria suficiente de la hipótesis, obtenida con inmediatez a fin de garantizar la contradicción en la producción de la prueba, que genere garantía del control por el superior jerárquico, con una adecuada justificación¹⁸ probatoria en la línea de estándar asumido; en el caso del sistema procesal penal peruano se ha recogido en los artículos II y VIII del Título Preliminar y 159° del CPP, por los cuales, la presunción de inocencia se enerva con prueba de cargo que corrobore la hipótesis acusatoria, dentro de un debido proceso, en el cual no serán admitidos o valorados los medios de prueba que afecten el contenido esencial de un derecho fundamental del imputado, entre otros.

IX. Lista de Referencias

Abellán, M. G. (2010). *Los Hechos del Derecho - Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Accatino, D «Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? », *Revus* [Online], 39/2019, online since 08 February 2020, connection on 09 February 2020. URL; <http://journals.openedition.org/revus/5559>; DOI: 10.40000/revus.5559

Alvarado, A. (2007). *Prueba judicial: Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Argentina: Editorial Juris.

¹⁸Conforme a lo prescrito en el Art. 8 .1 de la CIDH: “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso [...] Es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia [...] que protege el derecho [...] a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”. “Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias” (Zegarra Marín vs. Perú, párrafo 146)”



- Dei Vecchi, D (02 de febrero de 2020), Las bases epistemológicas del razonamiento probatorio. Curso de especialización en razonamiento probatorio. España. Universidad de Girona
- Echeandía, H. (2002). Teoría general de la prueba judicial-Tomo I. Bogotá. Editorial Themis S.A.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). Prueba sin convicción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). Prueba y Verdad en el Derecho. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- González Lagier, D. (2005). Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Bogotá: Temis.
- González Lagier, D. (2022). Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Volumen I. Lima: Palestra Editores.
- Laudan, L (2013). Verdad, error y proceso penal. Madrid: Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales S.A. Traducción: Carmen Vásquez y Edgar Aguilera.
- Nieva, J (2010). La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales S.A.
- Perfecto & González Lagier (2023). Argumentación jurídica y prueba de los hechos. Lima: Palestra Editores.
- Taruffo, M. (2008). La prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Taruffo, M. (2022). La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.
- San Martín, C. (2024). Derecho Procesal Pena. Lecciones conforme el código procesal penal de 2024. Perú: 3ª Edición Revisada, Aumentada y Actualizada 2024-Tomo II.
- Toulmin, S. (2007). Los usos de la argumentación. Barcelona: Ediciones Península.



177

Sentencias consultadas

Corte IDH, Caso Zegarra Marín vs Perú. Párrafos 145 a 147. Tribunal constitucional del Perú. STC 1336/2024. Exp. N.º04879-2023-PHC/TC-Lima. F.J.16. Lima. Caso Jorge Jesús Blas Cárdenas.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala Penal Permanente. Casación N.º 871-2021-Tacna. F.J. Octavo, segundo párrafo.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala Penal Permanente Casación N.º1242-2017- Lima Este (2020).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala Penal Permanente Casación N.º648-2017-San Martín.

quaestio iuris

La subcultura criminal

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n13.9>



La subcultura criminal

The criminal sub cultures

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio*

Recibido el 30.10.24

Evaluado el 20.11.24

Publicado el 27.12.24

Sumario

I. Introducción. II. Subcultura. III. Subcultura criminal. IV. Factores que influyen en el desarrollo de la criminalidad. V. Identificación de sujetos que han desprendido prontuario delictivo. VI. Conclusiones. IX. Lista de Referencias.

Resumen

Como corrientes principales de la sociología de la desviación encontramos como teorías criminológicas las siguientes: la Ecología Social, la desorganización social, la anomia, asociación diferencial, conflicto de culturas, subcultura criminal, primera teoría del control, teoría de la rotulación o etiquetamiento, teoría de los sistemas sociales, teoría de la subcultura carcelaria, segunda teoría del control, conflicto estructural, criminología radical.

El presente trabajo se enfoca en el desarrollo de las subculturas criminales, la misma que explica la conducta desviada de ciertas minorías, criminalidad de jóvenes y adolescentes de clases bajas organizados en bandas. Esta subcultura tiene como característica que sus integrantes en su mayoría sean grupos de individuos con rasgos diferentes en relación a la sociedad oficial, ya que institucionalizan especialmente las formas de ver el mundo, dentro de ellos se maneja un código axiológico o sistema de valores que tiene cierta autonomía, pero sin llegar a independizarse de la cultura dominante; responden a una organización interna por medio de la cual guían su conducta en

*Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC), Perú. Docente de Pre y Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Maestro en Ciencias Mención en Derecho Penal y Criminología por la UNC. Estudios doctorales en la misma casa superior de estudios. Ponente en eventos académicos. Abogado litigante. Correo: bemunozo@unc.edu.pe <https://orcid.org/0000-0002-3844-8535>



contra de la cultura dominante, todas estas características se mezclan, se confunde y se presentan en una sociedad plural y heterogénea.

A consecuencia del análisis de la corriente denominada subcultura criminal se explica como en la sociedad algunos individuos presentan problemas de adaptación social, esta discordia tiene como resultado el comportamiento antijurídico del individuo, sujetos que no se adaptan a la reglas impuestas por una cultura dominante.

Se analiza si existe un patrón de comportamiento y comunicación entre los sujetos que delinquen, observando que en su cosmovisión tienen como objetivo enfrentarse al orden jurídico establecido en la sociedad; delinquir para ellos es hacer notar el grado de rechazo que le tienen a la cultura dominante, mostrando características como no utilitarismo, la malicia y el negativismo.

Dentro de la subcultura criminal existen factores que determinan el aumento de la criminalidad, estos son: la violencia familiar, el abandono familiar, la pobreza, la falta de educación, los medios de comunicación, estos factores coadyuvan al incremento de la criminalidad.

Finalizando el presente trabajo se describe el comportamiento criminal de una serie de sujetos en mucho de ellos que han matado a más de una persona en diferente momento, situación que incrementa la tasa de criminalidad, llegando a realizar una comparativa entre un asesino serial y uno que no lo es; el asesino serial a pesar de su peligrosidad es difícil de identificar y de reconocerlos a simple vista, muchos expertos en el tema como el profesor Adriann Reine puntualiza que la violencia con la que actúan los psicópatas no tiene color emocional que caracteriza la violencia del resto de personas.

Palabras claves: Cultura, Subcultura, Criminalidad, Violencia, pobreza.

Abstract

The main currents of American sociology of deviance include the following criminological theories: Social Ecology, social disorganization, anomie, differential association, culture conflict, criminal subculture, first theory of control, labeling theory, social systems theory, prison subculture theory, second theory of control, structural conflict, radical criminology.



This work focuses on the development of criminal subcultures, which explains the deviant behavior of certain minorities, youth criminality, and teenagers from lower classes organized in gangs. This subculture is characterized by its members mostly being groups of individuals with different traits in relation to the official society, as they institutionalize ways of seeing the world, managing an axiological code or value system that has some autonomy but without becoming independent from the dominant culture; they respond to an internal organization through which they guide their behavior against the dominant culture, all these characteristics mix, confuse, and present themselves in a plural and heterogeneous society.

As a result of the analysis of the current called criminal subculture, it is explained how in society some individuals present problems of social adaptation, this discord results in the individual's anti-juridical behavior, individuals who do not adapt to the rules imposed by a dominant culture.

It is analyzed if there is a pattern of behavior and communication among delinquent individuals, observing that in their worldview their objective is to confront the established legal order in society; for them, delinquency is a way to show the degree of rejection they have towards the dominant culture, showing characteristics such as non-utilitarianism, malice, and negativism.

Within the criminal subculture, there are factors that determine the increase in criminality, such as family violence, family abandonment, poverty, lack of education, and the media, these factors contribute to the increase in criminality.

Finally, this work describes the criminal behavior of a series of individuals, many of whom have killed more than one person at different times, a situation that increases the crime rate, making a comparison between a serial killer and one who is not; the serial killer, despite their dangerousness, is difficult to identify and recognize at first sight, many experts in the field like Professor Adriann Reine point out that the violence with which psychopaths act does not have the emotional color that characterizes the violence of other people.

Key words: *Culture, Subculture, Criminality, Violence, Poverty.*

I. Introducción

El gobierno de turno no ha planteado hasta hoy, una política criminal exitosa para ser frente a los altos índices de inseguridad ciudadana, la criminalidad se desarrolla en nuestro país a



pasos agigantados, se escucha con frecuencia en los discursos políticos “mano dura contra la delincuencia”, pero a la fecha la delincuencia ha ido en aumento pese a los esfuerzos que pudiera realizar el Estado para controlarla.

En el estudio de la criminalidad se han expuesto una serie de teorías que han sido tomadas por distintas escuelas, entre estas podemos mencionar a la Escuela Clásica, la Escuela Positivista, la Escuela Ecléctica, la Escuela Terza, la Escuela de la Defensa Social, la Escuela Alemana Sociológica.

La subcultura criminal tiene como punto de inicio la Escuela de Chicago, con la perspectiva de estudio la sociología de la desviación, encontrando en ella el estudio del comportamiento desviada de bandas juveniles encontrando los factores por los cuales los sujetos de agrupan para delinquir.

De esta forma enfrentamos a una cultura que domina y una cultura dominada, la cultura dominada en su minoría altamente desfavorecida que, ante la exigencia de sobrevivir, de orientarse dentro de una estructura social se ven involucrados en el mundo criminal, desde esa perspectiva el comportamiento del sujeto se opone a paradigmas y dogmas de lo que la sociedad denomina como correcto y bueno.

En el mundo de la subcultura criminal el código axiológico del bien y del mal se encuentra enfocado directamente a la cultura dominante, pues la formas de actuar de una subcultura criminal deja notar todo el rencor que en el transcurrir del tiempo han guardado estos individuos.

Pero nuestra visión no debe quedar restringida al creer que un criminal puede forjarse en los mundos bajos de una subcultura criminal marginada, sino que también se ve en nuestra sociedad a aquellos delincuentes de cuello blanco, que sin tener una necesidad económica por la cual delinquir lo hacen, es que acaso el factor marginación no es lo suficiente para garantizar el nacimiento de un delincuente, pues en este mundo de los grandes criminales de cuello blanco no encaja ninguna pieza en el rompecabezas.

En una fusión no de masas ni de capitales, sino de odios, de resentimientos y de lujurias; en una unión de una subcultura criminal marginada y de aquellos esbeltos y estéticos delincuentes de cuello blanco van tomando forma los asesinos en serie, que son muy peligrosos pero que no son fáciles de reconocer.



Muchos de ellos con una buena posición económica y con una inteligencia superior a la normal, eligen el mundo criminal, tal es el caso de Ted Bundy que había estudiado psicología y también derecho, se le probó haber matado cerca de 30 mujeres, pero él confesó haber cometido cerca de 400 asesinatos.

En este recorrido por el mundo complejo de la criminalidad, en donde lo primero que se nos plantea es investigar el origen del delincuente, aquí se enfocan los esfuerzos.

II. Subcultura

2.1. Concepto de subcultura

Los estudiosos de las subculturas coinciden en situar en torno a 1915 el comienzo de la reflexión e investigación sobre las bandas juveniles, cuya configuración, por aquel entonces, en algunas de las mayores ciudades americanas.

Se ha señalado reiteradamente que la Chicago de principios de siglo representaba la metáfora de las grandes transformaciones de los Estados Unidos en esa época (las cuales podría haber supuesto el paso definitivo de la *communitas* a la sociedad) y reunía las condiciones idóneas para la aparición espectacular de gangs juveniles, que ocuparon algunas zonas de la ciudad y provocaron la preocupación de las instituciones por su apariencia extravagante y su conducta delictiva.

La identificación de los diferentes grupos con un aspecto determinado y la infracción del orden establecido que llevan a cabo sistemáticamente parecen constituir, pues, desde el principio los rasgos que les permitirán destacar del continuismo social (Oriol y Tropea 2005, p. 60-61).

En los años cincuenta, autores como Albert Cohen y Walter Miller comienzan a llenar el vacío teórico de los estudios sobre las subculturas juveniles, intentando definir las continuidades y las rupturas que estos grupos establecen con el sistema.

Con la aparición de la primera subcultura genuinamente europea, los *teddy boys del East End* de Londres, el foco principal de las investigaciones se desplaza de los Estados Unidos a Gran Bretaña, cuyos estudios realizarán las mejores aportaciones sobre el tema que nos ocupa. Y lo hacen desde presupuesto teórico - metodológicos diferentes y a partir sobre todo de los años setenta.

Para Downes, la juventud es, por excelencia, un tiempo de rebelión, que se manifiesta a través de tres formas



particularmente atractivas para los jóvenes: la delincuencia, el radicalismo y la bohemia.

El presupuesto común de las teorías subculturales es que la delincuencia es una respuesta, solución cultural compartida a los problemas creados por la estructura social.

2.2. Características

2.2.1. La subcultura es un grupo de rasgos diferentes en relación a la sociedad oficial porque institucionaliza especiales formas de ver el mundo o cosmovisiones (Villavicencio, 1997, p. 43). La forma que el mundo de una subcultura ve su realidad va mucho más allá de simples ideas, sus integrantes tienen una manera singular de ver su cosmovisión, tienen sus propias creencias y su propia filosofía de vida y poco o nada les interesa la cultura dominante.

2.2.2. Su código axiológico o sistema de valores cuenta con cierta autonomía sin llegar a independizarse de la cultura dominante (Villavicencio, 1997, p. 43). Una subcultura respeta un código axiológico, sus integrantes en el mundo en que viven crean su propio sistema de valores de acuerdo a su realidad y viven y sirven a ese sistema de valores, pero como es de imaginarse no pueden separarse totalmente de la cultura dominante.

2.2.3. La subcultura tiene una organización interna que regula las relaciones de sus miembros (Villavicencio, 1997, p. 43). Una subcultura al verse disminuida y siendo a la vez asechada por la cultura dominante, tiene la necesidad de organizarse, ésta organización tiene como fin específico regular las relaciones de sus miembros, pues encontraremos a un cabecilla o líder y a los demás integrantes que de acuerdo con sus capacidades tanto físicas como psicológicas ocupan un lugar importante dentro de una subcultura.

2.2.4. Las subculturas surgen en un modelo de sociedad plural y heterogénea (Villavicencio, 1997, p. 43). Cuando en una sociedad algunos individuos presentan problemas de adaptación social, generan un sentimiento de solidaridad de grupo y de estándares comunes.

2.3 Clases de subculturas

2.3.1. Mods

Los mods hacen de su ropa impecable y de sus comportamientos esnob la característica distintiva de los



que luego se convertirían en una verdadera subcultura: trajes italianos, pantalones estrechos, cabellos cortos, Vespas o Lambrettas, caracterizan a este grupo juvenil que, por primera vez en Bretaña, había crecido junto a los negros emigrantes, hacia los que mantenían una actitud positiva y de los que admiraban su apariencia indiferente y orgullosa respecto a su entorno (Oriol y Tropea 2005, p. 65).

2.3.2. Hippies

En realidad, los hippies instituyeron más bien una contracultura que una subcultura, pues en este caso no se trataba de proponer el tiempo libre como una alternativa a la falta de alicientes del resto de la semana, sino de adoptar una forma de vida global que caracterizara lo bohemio de un modo diferente. Los hippies constituyen la primera subcultura en la que se produce una verdadera homología, ya que los diferentes componentes de dicho modo de vida aparecen estrechamente relacionados e implicados entre sí.

Otra diferencia fundamental entre los hippies y las demás subculturas estriba en que, en este caso, se puede hablar propiamente de una ideología (que exaltaba lo subjetivo y lo personal) y de un elemento cohesionador. Por el contrario, el estilo no se puede considerar aquí como un elemento fundador de la identidad del grupo.

2.3.3. El punk rock

Independientemente de la perspectiva adoptada, todos los autores que han estudiado las subculturas destacan la profunda interconexión entre sus miembros y la música, en la relación al papel que juega en su desarrollo personal en cuanto individuos.

Sin embargo no se considera que la música constituye un verdadero foco de diversión, capaz de aglutinar a los miembros de una subcultura, sino que más bien se situaría en el contexto en el que produce la diversión, a la par de otros elementos como el estilo que diseñan la identidad del grupo (Oriol y Tropea 2005, p. 78).

III. Subcultura criminal

3.1 Definición

El concepto de la subcultura criminal nace en la sociología criminal para explicar la conducta desviada de ciertas minorías:



criminalidad de jóvenes y adolescentes de clases bajas organizados en bandas. Estas, pues, carece de pretensiones generalizadoras (Villavicencio, 1997, p. 42).

Se preocupa de estudiar el modo como la subcultura delictiva se comunica a los delincuentes y deja por tanto sin resolver el problema estructural del origen de los modelos subculturales del comportamiento (Villavicencio, 1997, p. 42). La subcultura criminal en su cosmovisión tiene como objetivo principal romper con el ordenamiento jurídico establecido en una sociedad, delinquir para ellos es hacer notar el grado de rechazo que le tiene a la cultura dominante, pero a la vez en su fuero interno quieren dar el gran salto para pertenecer a ella.

Los resultados de los trabajos de Albert Cohen avalarían la hipótesis de que la sociedad, y sobre todo la escuela, inculcan sistemáticamente en los jóvenes de las clases trabajadoras los valores y los objetivos de la clase media. Al alcanzar una edad determinada, ambas estructuras sociales se les presentan como incompatibles e irreconciliables. Entonces los jóvenes reaccionan a la cultura formal de la escuela, a la que reemplazan por una cultura delictiva originaria de su medio, que se caracteriza por una inversión de los valores y los estándares de la clase media (Oriol y Tropea 2005, p. 65). La delincuencia juvenil y las subculturas siempre se presentan en los sectores masculinos y de baja condición, los jóvenes ven al ocio el modo de recrear el interés que han perdido tanto en la escuela como en un trabajo.

3.2 Características de la subcultura criminal

3.2.1. No utilitarias

En el sentido que muchos robos que absorben el interés de algunas bandas no constituyen medios racionales para un fin determinado.

3.2.2. Malicia

Sus miembros encuentran una aparente diversión en causar la disconformidad de otras personas o una satisfacción en el desafío de los tabúes sociales.

3.2.3. Negativismo

Porque el comportamiento criminal dentro de ellas sólo es permitido o aceptado con indiferencia cuando representa la polaridad negativa a las normas de la sociedad de clase media.



IV. Factores que influyen en el desarrollo de la criminalidad

4.1 Violencia familiar

La violencia dentro del vínculo familiar es un grave problema que tiene consecuencias sobre la salud física, psicológica y sexual de quienes la sufren, principalmente mujeres, niñas y niños; destruyendo sus posibilidades de vivir en un clima de paz y armonía, de participar plenamente en la vida social, política y económica del país.

La violencia familiar vulnera los derechos de las personas. En este sentido, es un asunto de interés público, en el cual todas las autoridades y ciudadanas (os) tenemos que tomar medidas para prevenir, sancionar y erradicarla (Ramos, 2007, p. 15).

El maltrato familiar, es intrínsecamente una etiqueta social, de tal modo que no basta que una determinada conducta sea nociva o perjudicial, sino que, además, debe violar alguna norma de aquello que se considera apropiado, de acuerdo con los valores de la sociedad.

Es así que, jóvenes y adolescentes que han sufrido violencia en el núcleo familiar ven en la criminalidad una salida, un medio para desahogar la frustración y el sufrimiento, el comportamiento desviado que se enfrenta al orden jurídicamente establecido es una muestra de la oposición a la cultura que domina.

Con motivo del Día Internacional de la eliminación de la Violencia contra la Mujer, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) reveló que al 25 de noviembre del año 2023 la Encuesta Demográfica y la Salud Familiar, el 35.6% de mujeres entre los 15 a 49 años fueron víctimas de violencia familiar; el 34,8% indicó que en los últimos meses había sido víctima de agresión psicológica y/o verbal, el 8,1% de violencia física y el 2,2% de violencia sexual.

De acuerdo a esta información se tiene que el 55,7% de las mujeres de entre los 15 y 49 años han sufrido al menos alguna vez violencia psicológica y/o verbal.

4.2. Abandono Familiar

Se considera que un niño o un adolescente está moralmente abandonado, o moralmente pervertido, o en peligro, cuando carece de hogar, o vive de la caridad pública, se halla



privado de vigilancia, o está bajo la autoridad de padres o tutores entregados a la embriaguez, o anda en compañía de ladrones o gente de malas costumbres, o frecuentan casa de juegos o de prostitución, o crece en la ociosidad, en el desarreglo y en la desobediencia a sus padres o tutores sin concurrir a la escuela y en general cuando por falta de protección es un peligro para sí mismo y para la sociedad.

En la doctrina “menor abandonado” significa: menor en situación irregular que ha delinquido o que se halla en abandono material o moral o en peligro moral (Momenthiano, 1999, p. 54).

El ambiente familiar es decisivo en la formación del ser humano principalmente en su desarrollo personal, aca se encuentra la razón de su importancia en este problema social.

4.3. Pobreza

Se ha señalado la pobreza como uno de los factores determinantes de la conducta desviada.

Pobreza es una situación en la cual hay una carencia de bienes materiales, sea que se definan por el lado del NBI¹ o que se definan por el lado de LP². De todas maneras se está hablando de una serie de bienes materiales y en ese sentido se considera la pobreza como una situación de carencia que impide que la población tenga acceso a ese conjunto de bienes (Ramirez y Fresneda, 1998, p. 09).

3.4. Medios de Comunicación

Los adolescentes perciben que los medios de comunicación son los que menos les transmiten ciertos valores cívicos y de superación personal que son pilares para la paz y participación social.

Además, perciben que los medios les transmiten mensajes equívocos sobre el ocio nocturno, el consumo de sustancias y la sexualidad precoz. Las autoridades civiles y las asociaciones civiles tienen un gran papel que desempeñar, protegiendo a los menores de todos estos mensajes perjudiciales y utilizando todos los medios demográficos que

¹ Necesidad Básica Insatisfecha

² Línea de pobreza



están a su alcance para hacer prevalecer el interés de los menores (Consejo Nacional para la Cultura y el Arte 2008, 83).

Los medios informan, entretienen, estimulan la fantasía, la imaginación, son una ventana abierta al mundo y a todo tipo de conocimiento, ayudan a conocer los valores humanos, favorecen el aprendizaje y la educación, promueven la salud y estilo de vida. Se han convertido en el agente de socialización y de transferencia cultural más importante en este nuevo milenio.

Sin embargo, en los últimos años, otros medios de comunicación han penetrado a una gran velocidad en los domicilios de los niños y adolescentes, de tal forma que se comienza a hablar del “botellón electrónico” que no es más que la mezcla de grandes dosis de televisión, ordenador, internet, video juegos y móviles por parte de los niños y adolescentes.

El uso excesivo de sobre consumo de los medios de comunicación se han asociado con múltiples efectos negativos para la salud de los niños y adolescentes. En el caso de la televisión se disminuye el tiempo dedicado a la lectura, deporte, juegos, comunicación familiar que afecta al rendimiento escolar, de forma que un tiempo excesivo utilizado en ver la televisión se ha asociado con un menor nivel educativo logrado en la edad adulta, un mayor abandono de los estudios y una obtención de peores calificaciones (Galdó y García s.f., p. 203).

V. Identificación de sujetos que han desprendido prontuario delictivo

5.1. Denver

El 20 de abril de 1999 un par de adolescentes vestidos como Keanu Reeves en la película The Matrix, se liaron a tiros con sus compañeros y profesores en el instituto Columbine de Denver. El resultado fue escalofriante: trece muertos.

Ciertamente, esos jóvenes asesinos de Denver se pasan diez horas al día enfrascados en videojuegos violentos y películas de asesinos en serie. Eso es verdad, como también parece serlo que se inspiraron en el filme ya mencionado (The Matrix) y en la película Diario de un rebelde de Leonardo DiCaprio.



En esta última el protagonista, vestido con un gabán negro, entra en una clase y dispara a discreción contra profesores y alumnos con un rifle simple automático; pero todo era un sueño. En la realidad los jóvenes asesinos de Denver, con largas gabardinas negras y armados hasta los dientes entraron a un instituto y comenzaron a disparar a diestro y siniestro; pero, no era un sueño: dejaron tras de sí trece muertos antes de ser abatidos por la policía (Sanmartín 2009, 104).

5.2. Kenneth Bianchi

Uno de los casos más singulares por la complejidad, inteligencia y capacidad de simulaciones llevadas al extremo, es el de Kenneth Bianchi, cuya historia motivó la realización de una película. Pero resulta que Bianchi, en realidad, era un verdadero “actor”.

Aparentó sufrir un trastorno de la personalidad múltiple. Él, que no recordaba nada, no era el autor de los crímenes, sino una de las personalidades, a la que se llamó “Steve”. Engañó a su abogado y más sorprendente a un destacado psiquiatra, Jhon Jhonston. Bajo el pedido de éstos, Bianchi fue sometido a hipnosis por un especialista en personalidad múltiple, Jhon Watkins. El 18 de abril de 1979, la revista Time informó que Bianchi había sido considerado como enfermo por dos de los psiquiatras más eminentes de los Estados Unidos. Kenneth era inocente pero “Steve” había matado a las víctimas. Kenneth lo ignoraba todo (Pont y Montse, 2008).

5.3. Jeffrey L. Dahmer

Conocido como “el carnicero de Milwaukee”, nacido en 1960 en Milwaukee. En la adolescencia, mientras que su familia se desestructuraba, Jeffrey se iba convirtiendo en una persona cada vez más aislada del resto de la sociedad, a la que se le iba ya notando sus rasgos. Durante este período de su vida, los problemas se ven incrementados con la aparición del consumo de alcohol y de drogas, que le servirán para ser expulsado primero de la universidad y más tarde del ejército.

Increíble, había conseguido esquivar a la policía durante nada menos que trece años y había llegado a cometer durante este período de tiempo diecisiete asesinatos, todos ellos de jóvenes varones de diferentes razas, ganándose el apodo de “el carnicero de Milwaukee” precisamente por sus prácticas necrófilas y caníbales (Ferro, 2010, p. 152).



5.4. Ted Bundy

El término asesino serial fue utilizado por primera vez para describir a Ted Bundy; nació en 1946 en Vermont, estudió psicología y derecho, con una inteligencia media - alta, simpático y calculador. Inducido por condiciones ambientales, lectura de revistas y libros pornográficos; mató a más de 30 mujeres en distintos periodos y estados federales norteamericanos.

Fue ejecutado en la silla eléctrica en 1989, después de un largo período en el corredor de la Muerte de Florida.

Bundy era alcohólico dependiente y violaba, mutilaba y se ensañaba con sus víctimas para después asesinarlas, dando libertad a sus fantasías sexuales, más aterradoras. Incluso práctico en algunos asesinatos la necrofilia. Se le probaron 30 crímenes, sin embargo, confesó unos 400 (Ferro, 2010, p.160).

VI. Conclusiones

- La subcultura criminal deberá ser entendida como una corriente que trata de explicar el por qué de la existencia de la criminalidad en la sociedad.
- En una cultura que es abatida por el hambre y la pobreza, las zonas marginales dan fruto a los criminales y asesinos en serie; pero no siempre es de allí de donde salen los criminales.
- Los principales factores que influyen en el desarrollo de la subcultura criminal son: la violencia familiar, el abandono familiar, la pobreza y los medios de comunicación.
- Dentro de una subcultura de la criminalidad, existen los asesinos en serie que a pesar de su peligrosidad son muy difíciles de reconocerlos.

VII. Lista de Referencias

- Corredor, Consuelo; Ramirez , Clara; Fresneda, Oscar. (1998). Pobreza.
- Ferro Veigo, José Manuel. (2010) La Cultura de la Violencia en el siglo XXI ¿Cui Prudest? Madrid: Liber Factory.
- Hikal, Wael (2010) Introducción al Estudio de la Criminología. Porrúa.



Momentiano Zumaeta, Eloy (1999). Alternativas Frente a la Problemática del Menor en Situación de Abandono. 1ªera. Perú: San Marcos.

Oriol Costa, Pere, José Manuel Pérez Tornero, y Fobio Tropea (2005) Tribus Urbanas. Barcelona: Rubí.

Pont Amenós, Teresa, y Cruz Montse Sauch (2008). El acto criminal. Bardelona: UOC.

Profiling (2008). UOC.

Ramos, Manuel (2007). Guía Educativa para Madres y Padres de Familia. Lima.

Redondo Figuero, Carlos G., Gabriel Galdó Muñoz, y Miguel García Fuentes. s.f. Atención al adolescente. Universidad de Cantabria.

Sanmartín, José (2009). La Violencia y sus Claves. 5ta. Edición. Barcelona: Ariel, S.A.

Villavicencio T., Felipe (1997). Introducción a la Criminología. Primera Edición. San Salvador: Grijley.



Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Norte de la Universidad Peruana"

