

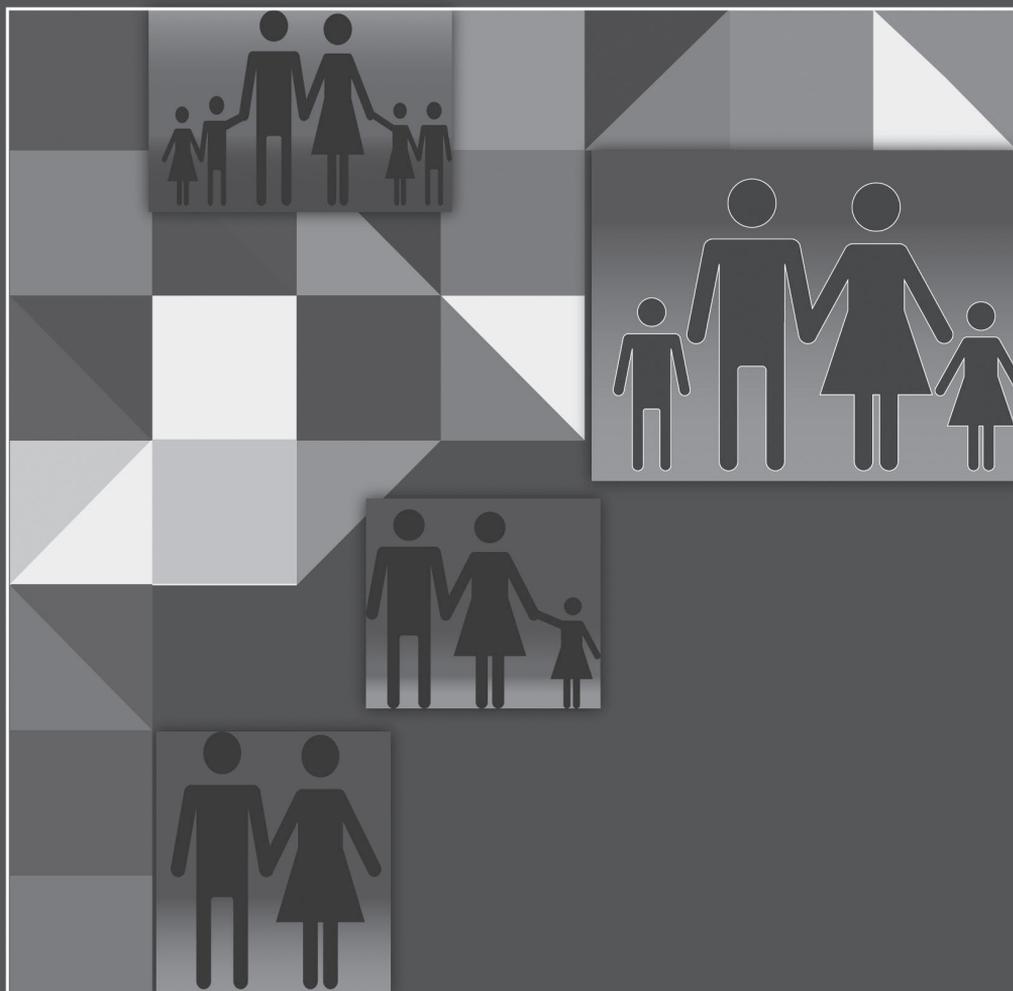
PERSONA Y FAMILIA

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA FAMILIA

Nº 07 , ENERO-DICIEMBRE 2018

ISSN: 2310-3345

LIMA - PERÚ



Persona y Familia es una revista científica, de periodicidad anual del Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, dedicada a difundir las producciones de estudios en el campo de los Derechos de la persona y la familia. Se difunde mediante soporte físico y digital.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-05177

El contenido de cada artículo es de responsabilidad exclusiva de su autor o autores y no compromete la opinión de la revista.

Se necesita autorización del Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ para reproducir los artículos o partes de esta revista.

Revista indizada en base de datos LATINDEX -www.latindex.org
Registrado en el Repositorio Nacional Digital de Acceso Abierto - Alicia
URL: <http://alicia.concytec.gob.pe>
Revista arbitrada

PERSONA Y FAMILIA

Revista del Instituto de la Familia

Facultad de Derecho

N° 07 - 2018

ISSN versión impresa: 2310-3345

Dirección:

UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN-UNIFÉ

Facultad de Derecho – Instituto de la Familia

Av. Los Frutales 954 Urb. Santa Magdalena Sofía

La Molina - Lima 12, Perú

Teléfonos: (511) 4364641 – (511) 4341885 Anexo 300

Página web : www.unife.edu.pe

E-mail : ifamilia@unife.edu.pe

Traducción:

Mare Gordillo

Senior Advisor BCC S.A.C

Av. Canaval y Moreyra 425, Of. 94

San Isidro, Lima 27- Perú

Teléfonos: (511) 2226737 - (511) 2212850

mgordillo@bcc.com.pe

www.bcc.com.pe

Impresión y diagramación

IMPRESA EDITORIAL – GRAFIMAG SRL

grafimag@gmail.com

UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN

AUTORIDADES

RECTORA

Dra. Carmela Alarcón Revilla, rscj.

VICERRECTORA ACADÉMICA

Dra. Rosario Alarcón Alarcón

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN

Dra. Victoria García García

FACULTAD DE DERECHO

Abog. Mario Romero Antola
Decano de la Facultad de Derecho

Liliana Seminario Méndez
Directora del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas

Gisela Hortencia Vidal Cabeza
Directora de la Escuela Profesional de Derecho

DIRECTORA DE LA REVISTA

Olga María Castro Pérez Treviño

EDITORA DE LA REVISTA

Gisela H. Vidal Cabeza

COMITÉ EDITORIAL

María Consuelo Barletta Villarán (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Carmen Julia Cabello Matamala (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Mario Castillo Freyre (Universidad Femenina del Sagrado Corazón)

Víctor Guevara Pezo (Universidad San Antonio Abad del Cuzco)

Alex Plácido Vilcachangua (Universidad del Pacífico)

Manuel Eduardo Ramírez Jefferson (Universidad Femenina del Sagrado Corazón)

CONSEJO ASESOR DEL INSTITUTO DE LA FAMILIA

Olga María Castro Pérez Treviño (Presidenta)

Lía Aguirre Ledesma

Eulalia Calvo Bustamante

Ronald Cárdenas Krenz

Jacqueline Dolores Dagnino

Rosa Velarde Bolaños

Mario Romero Antola

Gabriela Aranibar Fernández Dávila (+)

MIEMBROS HONORARIOS

Mario Castillo Freyre

Carlos Fernández Sessarego

Fernando Vidal Ramírez

CONTENIDO

	Pág.
Editorial/Editorial	9
ARTÍCULOS/Articles	11
¿Tenemos una estrategia nacional frente a la violencia de género? Algunas ideas para su construcción a propósito del Decreto Legislativo N° 1368 <i>Do we have a national strategy against gender violence?. Ideas for its construction with regard to D. Legislativo N° 1368</i> Christian Hernández Alarcón	13
La educación desde las voces de los y las adolescentes <i>Education as seen by young voices</i> Rosa Amelia Vallejos Lizárraga	25
¿Develando el lado oscuro?: La nueva tecnología, la internet, las redes sociales, sus riesgos en los niños, niñas y adolescentes <i>Unveiling the dark side? Risks of new technologies, the internet, social networks use in children and adolescents</i> Juan J. Blossiers Mazzini	35
La tecnología, internet y redes sociales en la vida de los niños, niñas y adolescentes <i>Technology, the internet, and social networks in the lives of children and adolescents</i> José Jhonatan Hernández López	43

<p>Daños ocasionados a los niños, niñas y adolescentes en las instituciones educativas ¿Quién se responsabiliza? <i>Who is liable for any damage caused to children and adolescents in schools?</i> Ocner Córdova López</p>	47
<p>Incorporación legal de la consejería matrimonial obligatoria previa al divorcio en el Perú <i>Legal incorporation of mandatory marriage counseling prior to divorce in Peru</i> Rocío del Pilar Eyzaguirre Rivas de Larios</p>	65
<p>La moral de la vida cotidiana y su relación con las preguntas éticas <i>The role and challenges of ethics in daily life</i> Miryam Falla De Güich</p>	79
<p>¿Vulneración de “derechos fundamentales familiares”? Breves apuntes a propósito del caso comunidad campesina Santa Bárbara vs Perú <i>Violation of “fundamental Family rights”: Brief notes on the Santa Barbara peasant community v. Peru Case.</i> Bruno Novoa Campos</p>	85
<p>Parentesco por afinidad en las uniones de hecho propias <i>Kinship affinity in the domestic partnership</i> Rose Mary Posadas Gutiérrez</p>	95
<p>“¿Yo soy tu padre?”: Reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial <i>Am I your father? Reflections about extramarital paternity regulation</i> Beatriz May Ling Ramírez Huaroto</p>	107

<p>El derecho a la educación intercultural bilingüe de la niñez indígena en el Perú: Avances y desafíos <i>Right to Intercultural Bilingual Education for Indigenous Children in Peru: Progress and challenges</i> Karen Rebaza Vilchez Nuccia Seminario Hurtado</p>	135
<p>La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Avances, retrocesos y desafíos (2014-2018) <i>Protecting a transgender person's right to gender identity in the Peruvian legal system: from a dialogical perspective between Constitutional and International Human Rights law: Advances, setbacks, and challenges (2014-2018)</i> Rafael Rodríguez Campos</p>	165
<p>La consolidación del estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad <i>The family status, static and dynamic identity of the child and his integration to its biological family as rights of the son in the challenge of paternity process</i> José Yván Saravia Quispe</p>	189
<p>Crónica de la Ley 27811: 16 años después, aciertos y desafíos en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica <i>Chronicle of the Law 27811: 16 years after, strengths and challenges in the protection of traditional knowledge of indigenous peoples derived from biological resources</i> Joyce Lenna Ticona Núñez</p>	209

Análisis jurídico de la serie “13 Reasons Why” <i>Legal analysis of the TV series “13 Reasons Why”</i> Vanessa Antuanet Abreu Sancho Elizabeth Huamán Cruz	225
Discurso del Dr. Víctor Guevara Pezo en ocasión de la presentación de su libro “El Derecho a la información frente al Derecho a la intimidad”. <i>Dr. Víctor Guevara Pezo’s speech at the presentation of his book “The Right to information vs. Right to privacy”</i>	235
COLABORADORES EN EL PRESENTE NÚMERO	251
BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS	257

EDITORIAL

La Revista *Persona y Familia*, puesta al servicio de la comunidad científica y académica, así como de abogados, magistrados, servidores públicos y profesionales del derecho, está dirigida a todos aquellos juristas que, desde la teoría o la práctica, buscan profundizar, con un enfoque actualizado, el conocimiento del Derecho de Personas y del Derecho de Familia.

Esta séptima versión recoge los resultados de los trabajos de investigación de profesores y juristas nacionales y se encuentra enriquecida con las ponencias presentadas en el Pre Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia organizado por el Colegio de Abogados de Lima en el mes de setiembre del presente año contando con la participación de nuestra casa de estudios. Cabe señalar que en esta oportunidad contamos con la participación de tres destacadas estudiantes de la Escuela Profesional de Derecho.

Tenemos como misión, aportar un valioso instrumento de estudio y reflexión sobre los derechos humanos de las personas a lo largo de su ciclo vital y el rol que el estado juega en efectivizarlos, así como la postulación de la familia como sociedad primordial del Estado. La mirada crítica de algunos autores nos acerca a la realidad de nuestro país, pudiéndose evidenciar que es en el seno de la familia en que se producen grandes vulneraciones a los derechos humanos de sus integrantes, cuestionándose el rol del estado.

Es importante mencionar que en esta edición contamos con la valiosa colaboración de José Jonatan Hernández López, representante de la Red Distrital de Municipios Escolares de Lima Sur.

Olga María Castro Pérez Treviño.

Presidenta del Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho

ARTÍCULOS / ARTICLES

¿TENEMOS UNA ESTRATEGIA NACIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO? ALGUNAS IDEAS PARA SU CONSTRUCCIÓN A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1368.¹

DO WE HAVE A NATIONAL STRATEGY AGAINST GENDER VIOLENCE.? IDEAS FOR ITS CONTRUCTION WITH REGARD TO D. LEGISLATIVE N° 1368

Christian Hernández Alarcón*

Resumen

En el presente texto, se cuestiona la forma en la que el Estado está luchando frente a la violencia que afecta a la mujer y a los integrantes del grupo familiar, la ausencia de una estrategia clara expresada en las marchas y contra marchas que han significado los cambios normativos recientes, dan cuenta de una intención de mejora que no se logra consolidar a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la Ley.

Palabras clave: violencia, mujer.

Abstract:

This text questions the way in which the state is fighting against violence affecting women and members of the family group. The absence of a clear strategy as illustrated by recent advances and setbacks of regulatory amendments, show an intention of improvement that fails to consolidate despite the time elapsed since the entry into force of the law.

In this context, the enactment of Legislative Decree 1368, which creates the Specialized Justice System to address some violence situations, represents a challenge that may serve to achieve the necessary interagency articulation and affectively wage this fight but this is still early considering that we do not even have the basic protocol for joint action, articulation instrument provided by Law 30364.

Keywords: *violence, women.*

* Ponencia presentada en el Pre Consejo Mundial de los Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, organizado por el Colegio de Abogados de Lima y realizado el 7 y 8 de Setiembre de 2018.

¹ Juez Superior de la Corte de Ventanilla, integrante de la Comisión de Género del Poder Judicial, profesor de Derecho de Familia de la PUCP y de la Academia de la Magistratura.

INTRODUCCIÓN

La emisión del Decreto Legislativo 1368, que crea el Sistema Especializado de Justicia, para atender algunas situaciones de violencia, representa un reto que puede servir para concretar la necesaria articulación intersectorial necesaria para la efectividad de esta lucha pero aún incipiente teniendo en cuenta que no tenemos aún ni siquiera el protocolo base de actuación conjunta, instrumento de articulación previsto por la Ley 30364.

PUNTO DE PARTIDA.- JUSTIFICACIÓN DE LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN Y SANCIÓN INTEGRADO Y ESPECIALIZADO.

La erradicación de la Violencia de género y la Violencia que afecta a los diversos miembros del grupo familiar, no depende exclusivamente de leyes; hace falta un esfuerzo conjunto del Estado y la Sociedad Civil, en el que el primero debe asumir un rol articulador y promotor, mientras que a la segunda le corresponde manifestar su cooperación con la administración de justicia y su no tolerancia frente a la violencia familiar.

Lamentablemente el Estado no ha cumplido su rol organizador de los servicios y mucho menos de construir una ruta articulada que brinde a las víctimas de violencia asistencia (psicológica, social, legal etc.) que contribuya con el objetivo de brindarle una protección integral de sus derechos, en especial su derecho a la tutela procesal efectiva (acceso a la justicia, debido proceso y efectividad de las decisiones)

En este contexto, la configuración normativa ha previsto desde hace mucho tiempo la necesidad de esta articulación, por lo que se empezó primero con la creación de una comisión multisectorial de alto nivel y el establecimiento de un plan de acción, intención que ha sido fortalecida con la Ley N° 30364, la misma que en su Título IV, ha previsto de modo expreso la creación de un Sistema nacional para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujeres y los integrantes del grupo familiar, el cual conforme lo prevé el Artículo 33, tiene como funciones planificar, organizar y ejecutar acciones articuladas integradas y complementarias en la prevención, atención, protección y reparación de víctimas, la sanción y reeducación del agresor a efectos de lograr la erradicación de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Sistema que comprende una Comisión Multisectorial de alto nivel (Art. 35) un grupo de trabajo nacional, instancias regionales, provinciales y distritales de concertación, así como instrumentos y mecanismos de articulación, la cual ha considerado de modo expreso como instrumentos y mecanismos de articulación la construcción de un protocolo base de actuación conjunta, el registro único de

víctimas y agresores, el observatorio de violencia, y el centro de altos estudios, muchos de los cuales aún se encuentran en pleno proceso de construcción a pesar del tiempo transcurrido. Lo que evidencia, una seria incapacidad para articular intersectorialmente de modo efectivo

En este contexto, mediante, Decreto Legislativo, 1368, sin que esta norma sea propuesta por el grupo de trabajo nacional, es decir de un instrumento de articulación ni tampoco el resultado de la deliberación del congreso, se crea el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la protección y sanción de la violencia contra las mujeres, e integrantes del grupo familiar, lo que en la práctica es un “subsistema de justicia” para atender algunas situaciones de violencia², las demás situaciones, no elegidas permanecerán a cargo del sistema ordinario.

La implementación y funcionamiento de este subsistema, implica la articulación de modo progresivo y especializado en su actuación de las entidades del sistema de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Mujer) focalizando su intervención en la protección y la sanción.

Sin embargo, la protección y la sanción, que corresponde al sistema de justicia, ya sea ordinario o especializado, como es el caso del sub sistema, no deja de estar vinculado con otras acciones que dependen del sistema nacional en su conjunto. Situación que hace urgente establecer mecanismos de coordinación, sin los cuales no puede esperarse efectividad en su actuación.

El sistema y subsistema articulan de acuerdo a la ley:	Las actuaciones de justicia están vinculadas y deben estar dentro del subsistema
Prevención	Primaria y secundaria
Atención	Derecho a la información, defensa legal y atención integral para el acceso a la justicia.
Protección	X
Sanción	X
Reparación de víctimas	Es derecho de la víctima, implica una restitución de su derecho y al mismo tiempo es considerado medida de protección de tutela estatal.
Reeducación de agresores	Es dispuesto por orden judicial y debe ser supervisado en su cumplimiento.

² Art. 3 del Decreto Legislativo N° 1368, señala que se debe aplicar en los casos de Femicidio, lesiones previstas en los artículos 121-B, 122, 122 B en concordancia con el Artículo 124 –B, Violación sexual, previstos en los Artículos 172, 173, 173-A y 174 y sus formas agravadas comprendidas en el Artículo 177 del Código Penal cuando la víctima es agredida por su condición de tal o son niños, niñas o adolescentes y actos contra el pudor previsto en el Artículo 176-A del Código Penal.

La protección y sanción efectiva depende del acceso a la justicia, y éste de mecanismos de detección precoz de violencia y canales y servicios de atención. Del mismo modo, las decisiones de protección y sanción, deben cumplirse efectuándose un seguimiento de las mismas, cuyo éxito, trasciende el funcionamiento del propio sistema de justicia.

Para ello, debe haberse adoptado de modo previo una ruta de atención, organizándose la oferta de servicios en forma complementaria, integrada y articulada, y luego ésta debe desplegarse en la realidad concreta.

Nada esto pasa, si previamente no construimos un sistema que pase del papel a la realidad. En las siguientes líneas, nos empeñaremos en explicar los elementos componentes de un sistema, y daremos algunas ideas para ir del dicho al hecho.

1. DEBEMOS ENTENDER PRIMERO QUÉ SIGNIFICA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN

La ley crea un marco, importante pero insuficiente. En este contexto, el sistema es la única garantía de que estas previsiones legales se lleven a la práctica, sistema que debe ser la reunión armoniosa e integrada, de todos los elementos y recursos necesarios diseñados para efectivizar que los servicios ofrecidos por las diferentes instituciones funcionen de modo complementario y articulado, para asegurar el derecho de la víctima a la tutela jurisdiccional efectiva, por medio de la tutela protectora, y que respondan de modo efectivo al agresor, con una sanción la cual responde a la legítima aspiración de justicia de la víctima y al mismo tiempo, representa un mensaje claro a la sociedad de no tolerancia frente a la violencia.

La razón de la necesidad de este sistema es que tanto la impunidad como las respuestas no efectivas, generan violencia. De allí, su necesidad de que no sea impuesto sino gestado es decir, construido cooperativamente con el objeto de congrega a todos los actores involucrados, y determinar su nivel de compromiso y actuación concreta, por lo que esta articulación se tenía que haber realizado desde el protocolo base de actuación conjunta, y efectivizado la construcción de protocolos locales de actuación, situación que no se ha efectuado y ojalá con esta norma, se efectivice al fin.

El Sistema debe tener como punto de partida todas las investigaciones disponibles sobre el tema, pues en otras realidades ya se han construido esfuerzos en este sentido. Asimismo, debe retroalimentarse con el análisis de los derechos y necesidades de las víctimas, Sin embargo la clave se encuentra en el análisis concreto de las ofertas de servicios que ofrecen las instituciones y las organizaciones locales, con el fin de establecer una ruta de atención integrada y complementaria hacia la protección y sanción efectiva, evitando, situaciones

críticas: ausencia de oferta, dispersión y superposición de servicios, que generan en las víctimas desánimo, deserción, indefensión en la tutela de sus derechos, medidas de protección inadecuadas, no ejecutadas adecuadamente y sin seguimiento efectivo, lo que aunada a una falta de sanciones efectivas, genera una sensación colectiva de inseguridad e impunidad.

2. LA NECESARIA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOLA VISIÓN DE CONJUNTO SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO PARA LA DETERMINACIÓN DE OBJETIVOS DEL SISTEMA Y DE SUS PRIORIDADES DE ATENCIÓN

Es necesaria una sola visión de conjunto sobre la violencia de género que permita a todos los elementos del sistema intervinientes, tener los mismos objetivos y las mismas prioridades de atención.

En este sentido, consideramos prioritario:

Dar seguridad a la víctima, previa valoración adecuada del riesgo, situación que implica información para ella de todas las opciones a su disposición, mecanismos de priorización de atención de casos y establecimiento de rutas diferenciadas en función del riesgo. Asegurando una medida oportuna, adecuada integral, que además se ejecute y tenga mecanismos de seguimiento. Al respecto, no hemos medido el impacto ni validez de las fichas de valoración, ni tampoco si pueden hacerse valoraciones de riesgo cualitativas, como las que se pretendieron implementar desde el Ministerio Público, el 2009, con la cooperación e Eurosocial JUSTICIA. Hay que analizar todas las posibilidades, incluso habrá que hacerse cargo de los mecanismos que deben implementarse si ella deserta, para que pueda retomar el caso o volver a denunciar.

Efectuar una investigación con debida diligencia que evite la impunidad de los agresores y ponga en claro que no puede burlarse del sistema. Al mismo tiempo, debe contar con opciones de cambio de conducta.

Todos los servicios deben de estar coordinados para complementarse sin repetir innecesariamente esfuerzos. Del mismo modo, debe de potenciarse una intervención interdisciplinaria que permita describir las necesidades individuales de las víctimas, agresores, de sus hijos es decir de las víctimas directas e indirectas.

La oferta de servicios y la ruta de atención debe diferenciar por ejemplo zonas rurales donde la vulnerabilidad e interseccionalidad se manifiestan de modo distinto.

3. UNA LEGISLACIÓN ADECUADA.

El mayor defecto que se está cometiendo en la lucha contra la violencia en nuestra ley es que dicha ley y sus modificatorias, no responden a una visión de conjunto (Estado-Sociedad) sobre la violencia, ni tampoco del establecimiento de un Sistema de Protección frente a ella, con un plan de acción específico y rutas de atención diferenciadas y adaptadas en los distintos entornos locales.

En este sentido, teniendo en cuenta que si bien el aspecto legal es simplemente una herramienta más de todo el Sistema, consideramos que debe tener las siguientes características:

a) La ley debe de responder a un Sistema, es decir a sus objetivos y prioridades.

b) La ley debe tener vocación de permanencia no puede ser modificada a cada rato, y por tanto debe tener mecanismos de seguimiento que permitan retroalimentar el sistema y promover mejoras, pero lo que no puede suceder es que se hagan modificaciones irresponsables que no respondan a estos objetivos de mejora, como por ejemplo que sólo impliquen disminución de plazos sin una base fáctica que sustente estas modificaciones, o que se cambie el enfoque de una ruta penal y civil paralela, luego a la integración de la tutela con la 30364, y recientemente a la separación de ambas. Estas contradicciones, dan cuenta de una falla sistémica: No hemos reflexionado suficientemente para determinar que debemos hacer. Por otro lado, estos cambios repentinos, y no reflexivos, generan confusión en los operadores y se constituyen en un obstáculo para la articulación del sistema pues no son el resultado de su retroalimentación y muchas veces se dan especialmente en el ámbito de justicia de espaldas a los propios operadores.

c) La ley debe de responder a las necesidades de las víctimas y dejando de lado las rutas complicadas como por ejemplo, la división de la defensa respecto de alimentos a cargo del ministerio de justicia y violencia a cargo de los centros de emergencia mujer. Frente a ello, proponemos una ruta simple, no engorrosa, la cual parte del rompimiento de los compartimentos estancos del derecho de familia y penal, por lo que si no hay una sola vía de protección y penal, debe haber suficientes mecanismos de coordinación y contacto que impidan que la víctima sea revictimizada por tener que tocar puertas distintas las cuales, además de ser obligatorias no se encuentran conectadas. La víctima debe tener una ventanilla única, una sola ruta sin perjuicio de que en su interior la administración deba tener diversas conexiones imbricadas para

responderle. Proceso sencillo, expeditivo no dilatorio. Las vías superpuestas no dan buenos resultados porque confunde a las víctimas que no tienen una idea clara de cómo funciona el sistema, ni saben, la ruta a seguir.

4. FORMACIÓN DE REDES DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS EXISTENTES

Es fundamental la formación de Redes de cooperación interinstitucional y el fortalecimiento de las existentes a fin de integrar la intervención fiscal, judicial, con servicios que atiendan integralmente a las víctimas y agresores. Debe saberse donde están los servicios y como se pueden complementar.

Debe de establecerse, asimismo, conexión entre el sistema que protege y sanciona con las redes vinculadas a la prevención entre las instituciones barriales y vecinales con la finalidad de detectar e intervenir en forma inmediata frente a una situación de violencia, así como de canalizar a las víctimas hacia las vías más favorables de acuerdo a su caso.

5. UN TRABAJO COORDINADO

Un trabajo coordinado implica claridad en las responsabilidades y competencias de cada cual, integración de procesos para la atención, estandarización de actuaciones, mecanismos de derivación y seguimiento.

En este sentido, debe evitarse las sucesivas investigaciones que se dan en muchas instancias, con repetición innecesaria de los mismos medios probatorios y de las mismas diligencias. Las actuaciones deben servir para todas las instancias, y todas deben ser retroalimentadas por la información generada en todas las instancias e instituciones.

¿Pueden los jueces ver los reconocimientos médico legales que ya se han actuado, así como los propios fiscales sin necesidad de remitir oficios? No pueden, pero deben. La información y su calidad incide en la calidad de la decisión, la generación de información debe enriquecer la calidad de todos los actores que están encargados de tomar decisiones. La implementación de esta medida no necesita modificación normativa, ni nuevo sistema informático, ni interoperabilidad, solo coordinación concreta plasmada en un protocolo. Ente Coordinador de todo el Sistema que planifique el trabajo, planteándose metas concretas, verifique los resultados, evalúe anualmente la forma como intervienen las diferentes instancias del sistema, que analice los logros obtenidos, promueva el debate y esté abierto a las propuestas de modificatorias retroalimentando el sistema.

6. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS

No podemos pensar en el desarrollo económico, si nos olvidamos del desarrollo social o humano, dentro de éste, debe garantizarse una adecuada participación de la mujer - invertir en las personas promocionando la equidad entre los géneros es la base para el crecimiento económico y un desarrollo sostenido. Es imprescindible “Transformar la relación entre el hombre y la mujer, basándose en la igualdad para lograr un desarrollo sostenible del ser humano”³.

En este sentido, siendo la violencia un problema de desarrollo, de la lucha contra ella depende un mejor nivel de vida de la familia y por ende de la sociedad entera. Un Sistema de Protección, debe también de contar con un presupuesto económico, sin él no podría realizarse todos los objetivos que se plantea. Leyes sin presupuesto son leyes sin posibilidad de implementación. Estados que no invierten en leyes que aseguran ejercicio de derechos son estados que no garantizan el ejercicio de estos derechos.

Estos recursos económicos, deben garantizar recursos humanos especializados: hombres y mujeres que habiendo roto con la espiral de violencia en sus propias vidas y familias, se encuentren capacitados y comprometidos con la lucha contra la violencia, facilitando el acceso a la justicia, a las pruebas y su aseguramiento

Se necesitan entonces, personas que no se conviertan por su actuación revictimizante, en una razón más para la deserción de las víctimas.

Herramienta humana fundamental del Sistema es el juez, quien debe de entender que no es un mero aplicador de la ley, sino un creador de Derecho. Correspondiéndole la habilidad, la intuición y la imaginación creadora necesaria para extraer del texto abstracto y genérico de la ley un mandato legal específico para el caso que resuelve. (Monroy Galvez, Juan, 1995, p.66) Por esta razón, no debe ser dejado de lado en las modificaciones normativas, ni tampoco en las instancias de articulación del sistema de justicia.

7. ARTICULACIÓN DE LAS ACCIONES DEL SISTEMA EN UN PLAN DE ACCIÓN CON NIVELES DE INTERVENCIÓN

Un Sistema de Protección que pretenda ser efectivo, debe contar con la participación de todos los agentes involucrados, integrados en su actuación por medio de un protocolo que permita articular la intervención estatal, para no producir dobles intervenciones e interferencias innecesarias.

³ Objetivo de la Plataforma de las Mujeres de la Conferencia de Beijin, p. 5.

Debe fijarse por ello, niveles de intervención, para que cada elemento del sistema tenga perfectamente delimitada su competencia, pues muchas veces pueden intervenir más de una institución pero debe saberse quien interviene en el caso concreto para hacerlo de modo adecuado.

Es importante, delimitar niveles de intervención:

1. Intervención temprana, la que incluye la detección de los servicios de educación y salud desde donde debe derivarse el caso teniéndose en cuenta la valoración del riesgo y las posibilidades de derivación a las instancias de investigación y decisión, en qué caso (identificación de signos), qué orientación deben dar a las víctimas, y cómo deben derivar debe ser definido.

2. Intervención en crisis, la que implica la denuncia efectuada por la víctima a la policía, u otra institución que implica la búsqueda de una decisión de protección o restrictiva de derechos. Aquí las víctimas deben recibir protección inmediata y efectiva que garantice su seguridad, el agresor al mismo tiempo debe recibir un mensaje claro respecto a la no tolerancia de la violencia. Consideramos situaciones de crisis de especial atención:

- a) Delitos cometidos en agravio de la víctima que merezcan combinación de medidas. Por ejemplo: el agresor no tiene prisión preventiva, y la víctima no puede regresar a su casa, por lo que además de sacar al agresor de la casa se necesitan medidas cautelares de tenencia y alimentos.
- b) La valoración del riesgo es alta y por tanto la orden de alejamiento o salida del agresor es la indicada, así el hecho no sea considerado un delito grave de acuerdo al sistema penal o incluso no sea delito.
- c) Situación de intervención en flagrancia, la cual puede configurarse de dos formas: el agresor se encuentra en flagrancia por haber efectuado un acto de violencia y ha sido detenido en dicha circunstancia o en momento inmediato posterior, o el agresor sin que necesariamente haya efectuado un nuevo acto de violencia, ha quebrantado la medida de protección dictada con anterioridad. En ambos casos, debe ser detenido, y con independencia de la necesidad de revisar la medida de protección dictada para que de ser el caso sea intensificada, debe procederse conforme a las reglas de proceso inmediato y ser sancionado por la conducta cometida. La no sanción inmediata en las situaciones de flagrancia, es una práctica que legitima las situaciones de violencia y debe ser desterrada.

Intervención de Seguimiento de corta duración, de duración media y prolongado, luego de la adopción de las decisiones de protección en situación de crisis, debe efectuarse una prognosis de seguimiento del caso en función de la valoración del riesgo. Debe estandarizarse el tipo de acciones que deben efectuarse en cada tipo de seguimiento y los plazos. La valoración de riesgo en estos casos debe ser efectuada en forma periódica y de su resultado depende el que se terminen los mecanismos de seguimiento. Sin embargo, el sistema debe de entender que no puede asumir compromisos que superen sus fuerzas y recursos; por ello, debe valorar cuantitativamente y cualitativamente el riesgo para quedarse en seguimiento únicamente con aquellos casos que lo ameriten.

Para determinar la actuación específica de las instituciones involucradas dentro de cada nivel de intervención, es necesario saber cuáles son las acciones concretas que desarrollarán el Estado y la Sociedad Civil, los objetivos del Sistema y sus prioridades de atención.

8. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN

8.1. Coordinación y Capacitación

Es fundamental que el diseño e implementación requiera una coordinación no desligada de las necesidades de las víctimas y que recoja todos los aportes de la comunidad en la lucha contra la violencia.

Para la coordinación y capacitación debe funcionar adecuadamente la comisión de alto nivel y el grupo de trabajo nacional.

La falta de una adecuada capacitación es el resultado de una minimización de la labor de los operadores dedicados al abordaje de la violencia. Debe entenderse que, no es la ley el instrumento más importante del sistema, sino el elemento humano formado por los fiscales, jueces de familia y penales, de quienes depende en suma que todo el sistema funcione; sin embargo, sino están entrenados adecuadamente: por ejemplo, conoce la ley pero no la dinámica de la violencia; es decir, su formación debe ser interdisciplinaria.

Desde allí, debe gestarse las acreditaciones de los operadores, por medio de entrenamiento específico para el desarrollo de las competencias requeridas; como por ejemplo, para el tratamiento diferenciado de las víctimas y de los agresores. En el caso de los jueces y fiscales debe analizarse los logros en la detención de la violencia por medio del estudio de casos y su impacto concreto en las víctimas, con el fin de evaluar resultados,

construyéndose un manual de procedimientos para actuar investigar y proteger con perspectiva de género.

Asimismo, para la construcción y consolidación de una visión de conjunto, las capacitaciones deben ser intersectoriales; es decir, de todos los operadores comprometidos en la intervención.

Del mismo modo, las campañas de difusión deben estar dirigidas a dar mensajes claros a las víctimas sobre las posibilidades del sistema en el acceso a la justicia y los servicios disponibles.

8.2. Garantizar la defensa integral de las víctimas

Propiciar que los operadores del estado tengan una buena relación con las víctimas para evitar su deserción implica mucho más que mejorar las competencias en atención; es actuar de modo objetivo y concreto con actos que demuestren un genuino interés por su situación, acompañarla, y proveerle asistencia integral (legal, psicológica y social).

Los servicios deben complementarse para proveer una defensa técnica de calidad y una atención integral a la víctima que le permita dar una salida definitiva a sus problemas y evite el empeoramiento de su situación. Confianza, protección debe sentir la víctima para que el caso no termine generando impunidad.

8.3. Evaluación y Retroalimentación del Sistema

El Artículo 5 del Decreto Legislativo 1368, señala que las entidades que conforman el Sistema deben establecer de modo articulado, mecanismos de monitoreo y evaluación de su implementación y funcionamiento y que los resultados se informan anualmente ante la Comisión Multisectorial de Alto Nivel del Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, a que se refiere la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Consideramos que en el monitoreo y evaluación debe considerarse y valorarse:

- a) Si los objetivos propuestos se han cumplido.
- b) Si responde a las necesidades actuales y a las investigaciones que han medido su impacto.

- c) Sistematizar las buenas experiencias, medir su impacto, consolidarlas evaluarlas y promover su réplica.
- d) Priorizar las soluciones que no impliquen modificación legal a los problemas detectados, para evitar modificar innecesariamente el marco legislativo, lo cual es una mala práctica de abordaje pues genera problemas de adaptación e inseguridad jurídica en todos los niveles.

CONCLUSIONES

Protección y sanción efectiva, impunidad e inercia determinan como abordamos en concreto la violencia. Eso no depende del diseño normativo, sino del modo en el que lo llevamos a la práctica.

La lucha contra la violencia implica una respuesta que no se puede efectuar en solitario desde una sola institución o trabajando de modo aislado. La articulación debe ser concreta, la ruta simple y clara. Del mismo modo que el mensaje dado a la sociedad, a las víctimas y a los agresores.

REFERENCIAS

Monroy Gálvez, Juan (1995). En Busca del Juez Peruano: Hacia una Verdadera reforma del Poder Judicial. Entrevista, *Themis*, Segunda Época, N° 32.

Decreto Legislativo N° 1368 - Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la protección y sanción de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, publicado el 29 de julio de 2018 en el Diario Oficial "El Peruano".

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

LA EDUCACIÓN DESDE LAS VOCES DE LOS Y LAS ADOLESCENTES¹

EDUCATION AS SEEN BY YOUNG VOICES²

Rosa Amelia Vallejos Lizárraga³

Resumen

La educación es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y en las normas nacionales e internacionales. Sin embargo, para esta ponencia, se resaltarán la educación vista principalmente desde la escuela, al constituirse en uno de los espacios en los que los niños, niñas y adolescentes se desenvuelven a lo largo de catorce años de vida.

El fundamento de la educación desde las voces adolescentes toma como base los resultados de la Encuesta Young Voice Perú (voces adolescentes) aplicada por Save the Children Perú y el Informe Young Voice Perú 2017.

Se parte por reconocer la importancia del conocimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y en ese sentido, de sus derechos. La encuesta nos muestra que casi la mitad de los adolescentes nunca fueron informados sobre la Convención y que para variar, existe una confusión sobre el contenido de los mismos.

En esta revisión del tema es importante no perder de vista que los adolescentes perciben el valor de la educación desde su relación con la escuela y, al ser la educación un derecho, esta no se debe vulnerar a través de prácticas que no tomen en cuenta la opinión de los y las estudiantes más aún si en este espacio no se siente seguro y parte de sus preocupaciones fundamentales es cumplir con los deberes escolares que a veces no entienden ni comprenden sumado a que no reciben ayuda en casa.

¹ Ponencia presentada en el Pre Congreso Mundial de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia organizado por el Colegio de Abogados de Lima realizado el 7 y 8 de Setiembre de 2018 y que toma como referencia el Informe Young Voice Perú 2017 de Save the Children.

² Paper presented at the Pre-World Congress on the Rights of Children and Adolescents organized by the Lima Bar Association realized on September 7th - 8th, 2018 and based on the Save the Children's 2017 Young Voice Peru Report.

³ Abogada de la Universidad San Martín de Porres (UPSMP), Magister en Derecho Civil con Mención en Derechos de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Docente en Diplomados de Derecho de Familia y Derechos del Niño, Docente de la Maestría de Sistemas de Protección de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente contra la Violencia de la Universidad Nacional Herminio Valdizán, Miembro de la Comisión Consultiva de Familia, Niño, Niña y Adolescente y Coordinadora de Programas de Save the Children Perú.

Palabras clave: Convención, escuela, voces adolescentes, participación y preocupaciones.

Abstract:

Education is a fundamental right recognized in the Constitution and in national and international regulations. However, this paper mainly considers elementary and high schools, as it is one of the spaces where children and adolescents grow throughout fourteen years of their lives.

From adolescent voices' perspective, the foundation of education is based on the results of the Young Voice Peru Survey (adolescent voices) applied by Save the Children Peru and the Young Voice Peru 2017 Report.

The starting point is to recognize the importance of raising awareness on the Convention on the Rights of the Child and, in that sense, their rights. The survey shows that almost half of the adolescents has never heard about the Convention and, on top of that, there is confusion about its content.

In this review of the subject, it is important not to lose sight of the fact that adolescents attach value to education on the basis of their relationship with their school. Since education is a right, it should not be violated through practices that do not take into account students' opinions, especially if they do not feel safe in this environment or where part of their fundamental concerns is to comply with school assignments that they sometimes do not understand or have no help at home.

Keywords : *Convention, School, Young Voices, Participation and Concerns.*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se preparó para la ponencia del Pre Congreso Mundial por los Derechos de la niñez y la adolescencia organizado por la Comisión de Familia, Niño, Niña y Adolescente del Colegio de Abogados de Lima.

En este sentido, desde Save the Children hemos realizado con esmero esta iniciativa del Young Voice (Voces adolescentes) con la finalidad de impulsar la participación activa de los adolescentes en las decisiones que afectan sus vidas como el conocimiento de sus derechos, las oportunidades que tienen para hacer oír su voz, la seguridad frente a la violencia y cualquier tipo de discriminación, la forma como perciben la escuela y la educación que reciben. Para esta ocasión, hemos considerado desarrollar dos de estas

temáticas del informe, por lo que le hemos denominado: La educación desde las Voces adolescentes.

Para este efecto, se presenta los resultados que se pueden visualizar en el video Young Voice⁴ y luego se podrán apreciar en adelante todo ello con la finalidad de llevarnos a todos los adultos a reflexionar sobre cuánto estamos cumpliendo nuestro rol frente a nuestra niñez y adolescencia, y a tomar medidas urgentes para generar los cambios necesarios que permitan establecer nuevos parámetros sociales basados en la escucha activa, el respeto a los derechos y la tolerancia. Como podemos apreciar, Young Voice Perú nos muestra que aún queda mucho por hacer.

El valor de la educación en el ser humano es incalculable. Para las niñas, niños y adolescentes, el proceso educativo se da en la escuela y para muchos de ellos son sinónimos. El tipo de relación que tienen los adolescentes con la escuela (entendido no solo como espacio físico sino como sistema) influirá en el valor y el lugar que le den a la educación en sus vidas.

Conscientes de que la realidad de la educación es compleja y profunda, la encuesta Young Voice abordó algunos puntos críticos de esta realidad en la vida del adolescente, que serán de gran utilidad para generar estrategias de mejora.

Finalmente, les invitamos a apropiarse de este documento y a quitarse por un momento los lentes de adulto para mirar como niño, niña o adolescente. Busquemos ser innovadores, entender sus motivaciones, acoger sus necesidades y actuar para lograr los cambios que se requieren.

I. YOUNG VOICE PERÚ – 2017

Young Voice Perú es una encuesta realizada a nivel nacional en la que participaron adolescentes de todas las regiones del país. A través de esta iniciativa se busca conocer la opinión y puntos de vista de adolescentes acerca de las cuestiones que les afectan en aquellos escenarios donde se desarrollan, como la escuela, la ciudad, la casa o internet, y realidades con las que conviven, como la seguridad o inseguridad, la participación en la toma de decisiones, las responsabilidades escolares, sus derechos y deberes, su presente y su futuro, entre otros.

⁴ Link del video Young Voice Perú (2017) Disponible en: <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/young-voices-peru-2017>

Como antecedente, la encuesta fue desarrollada originalmente por Save the Children Suecia en 2014. Los resultados se presentaron ante políticos suecos, formuladores de políticas públicas y proveedores de servicios y tuvieron un importante impacto. A partir de dicha experiencia, se ha impulsado la aplicación de la encuesta en Kosovo, Lituania, Mongolia, Armenia y Jordania.

Por su parte, el Perú es el primer país latinoamericano en poner en práctica dicha estrategia para contribuir a generar cambios importantes en nuestra sociedad y dejar un valioso precedente a otros países de la región.

Save the Children Perú decidió llevar a cabo la encuesta Young Voice para contribuir con la promoción y defensa de los derechos de los y las adolescentes. Esto a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que reconoce en su artículo 12, el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes de expresar su opinión y ser escuchados. Y además, a ser tomados en serio, constituye uno de los valores fundamentales de la Convención.

II. CONCIENCIA DE LOS DERECHOS Y DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

**“La libertad es un derecho para el adolescente... en la escuela nos hablan más sobre nuestros deberes”
(Adolescente de Callao)**

La encuesta Young Voice Perú empieza explorando un aspecto fundamental de los y las adolescentes: la realidad sobre el conocimiento y reconocimiento de los derechos de los que son portadores. Los derechos de los adolescentes son un reflejo de su dignidad y valor. Frente a estos derechos, surgen las obligaciones del Estado, de los adultos y responsables, comenzando por la responsabilidad de “dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”, mandato recogido en el artículo 42° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los primeros resultados nos muestran que el 46.4% la mitad de los encuestados no ha recibido información sobre la Convención en el último año escolar, y un 37.7% no ha recibido nunca información al respecto.

Junto a estos valores, aparece otro igual de preocupante: un 16.3% de los encuestados no sabe si se expuso sobre la Convención en su escuela (en el último año), lo cual es muestra de un total desinterés de este nada desdeñable porcentaje de adolescentes.

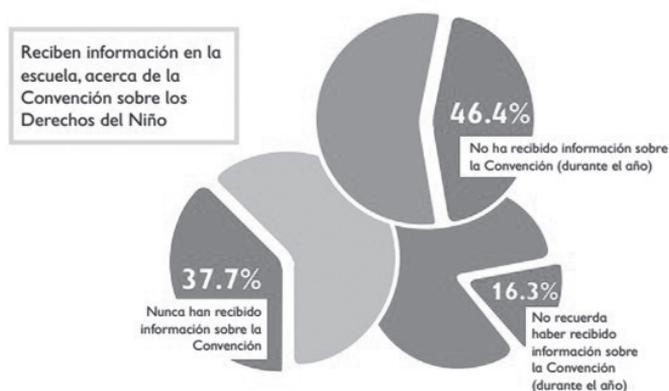


Figura 1. Encuesta Young Voice Perú.
Fuente: Young Voice Perú, 2017

Otro aspecto que llama la atención es el que los adolescentes reciben mayor información sobre sus derechos de manera general, y no dentro del contexto de la Convención. Solo un 37.4% de los encuestados ha recibido información sobre la Convención sobre los Derechos del niño durante el año escolar anterior, frente a un 51.4% que recibió información sobre sus derechos en general en el mismo lapso.

Durante los talleres con grupos focales, los adolescentes mostraron desconocimiento sobre la diferencia entre la información contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño y los derechos del niño difundidos en un contexto general. Muchos de ellos se mostraban confundidos y señalaban que en el colegio les han enseñado que son 10 sus derechos, mientras que los que conocían sobre la Convención indicaban que habían recibido esta información en la organización (civil) a la que pertenecen.

III. INFLUENCIA DE LA ESCUELA EN LA VIDA DEL ADOLESCENTE

**“Yo conozco un colegio en la que te preparan para ser ama de casa”
(Adolescente de Huancayo)**

El valor de la educación en el ser humano es incalculable. Para las niñas, niños y adolescentes, el proceso educativo se da en la escuela y para muchos de ellos son sinónimos. El tipo de relación que tienen los adolescentes con la escuela (entendido no solo como espacio físico sino como sistema) influirá en el valor y el lugar que le den a la educación en sus vidas.

Conscientes de que la realidad de la educación es compleja y profunda, la encuesta Young Voice abordó algunos puntos críticos de esta realidad en la vida del adolescente, que serán de gran utilidad para generar estrategias de mejora.

Respecto a las labores escolares que son las responsabilidades cotidianas que los adolescentes deben asumir. El 65.1% de adolescentes señalaron que se sienten estresados siempre o a veces con las labores escolares. Pero ¿Cuáles podrían ser los motivos?

El 53.9% comprende siempre o casi siempre las tareas que les dejan sus profesores, lo que significa que el otro 46.1 % no las comprende o solo lo hace a veces.

Esta situación se vuelve aún más difícil cuando no reciben la ayuda necesaria para realizarlas. Más de la mitad (56.2%) afirma no recibir, o solo a veces, ayuda en la escuela para realizar las tareas que la misma escuela les deja. Y en casa, el panorama se muestra muy similar: solo el 20.6% afirma recibir ayuda permanente en casa para cumplir con las tareas de la escuela, lo cual es bajo, frente a un 37.4% que solo a veces recibe ayuda o un 23.8% que nunca la recibe.

Es de esperar que estas condiciones generen un impacto considerable de angustia y preocupación en los adolescentes: el 62.2% manifiesta haberse sentido preocupado durante el año por no poder cumplir con las tareas. Por último, el 44.1% se siente estresado debido a sus calificaciones.

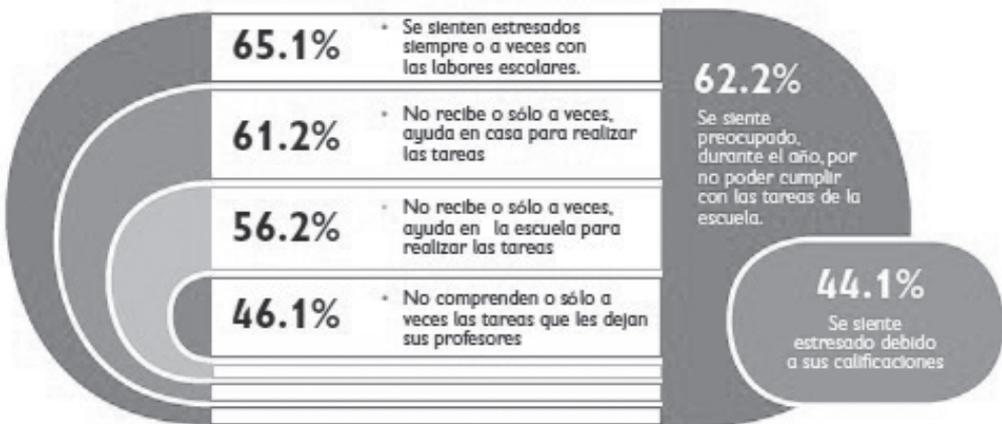


Figura 2. Encuesta Young Voice Perú sobre la realidad de la educación.
Fuente: Young Voice Perú, 2017

En relación a la opinión del adolescente relacionado al tema de educación es el tema en el que mayor cantidad de adolescentes ha brindado opinión (10.5%), pero a la vez es el tema en el que menos les gustaría brindar opinión (6%). Solo el 8.9% ha podido dar opinión sobre asuntos que consideran importantes en

la escuela. Sumado a que el 17.3% ha participado en la elaboración del Plan de Convivencia Democrática en su escuela.

Complementariamente, el 42.3% afirma que algún profesor (o alguien más en la escuela) le ha solicitado llevar dinero para participar en un paseo a realizarse fuera de la escuela. El 14.3% ha dejado de participar de alguna actividad escolar porque ha costado dinero. A lo que se suma, que el 29.9% conoce del caso de una compañera de la escuela que ha dejado de estudiar por estar embarazada.

Al ser consultados sobre ciertos motivos que están detrás de la preocupación y el estrés por las labores escolares y las calificaciones, los adolescentes destacaron dos:

- a) Existe más el miedo al juicio del adulto que a sentirse mal con ellos mismos por desaprobado.

En la casa, existe el temor de que los padres y madres se decepcionen de ellos o los castiguen. Se producen problemas familiares y hay distanciamiento entre padres, madres e hijos. El 67.3% no saben adónde ir cuando necesitan hablar con alguien o pedir ayuda si tienen problemas familiares.

En la escuela, hay las diferencias en el trato que reciben los estudiantes que desaprueban. Los adolescentes notaron cierta preferencia en el aula por los "más aplicados"; los estudiantes con las mejores notas representan al colegio y son más escuchados. Muchos profesores se muestran más intolerantes con los que desaprueban.

- b) Existe temor a no tener un buen futuro al terminar el colegio si no sacan buenas notas.

IV. LA ESCUELA ME AYUDA

El 25.3% se ha sentido preocupado el presente año por no recibir suficiente ayuda en la escuela. El hecho de que la cuarta parte de los encuestados tenga esta percepción de su institución educativa lleva a cuestionarnos el nivel de cercanía, promoción, protección o apoyo que la escuela debería tener con los estudiantes.

En los siguientes cuadros, se recopilan las opiniones de los adolescentes sobre muchos de estos temas:

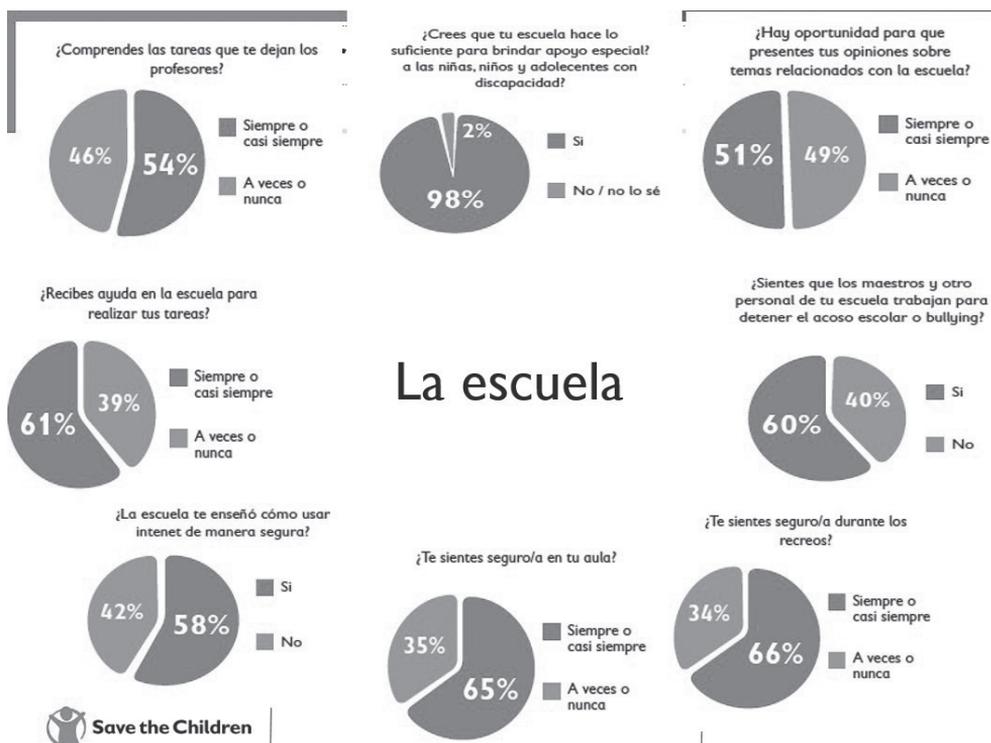


Figura 3. Temas sobre la escuela.
Fuente: Save the Children, 2017

Además, hay un punto que preocupa de manera particular: el 28.3% se ha sentido preocupado durante el último año por la posibilidad de abandonar la escuela y no terminar los estudios. Si se contrasta esta información con las preocupaciones que tienen los adolescentes por la situación económica de su familia (32.2%), el ser víctimas de bullying (22%) o ser víctimas de violencia por parte de otros niños, niñas o adolescentes (24.1%), el haber huido de casa o haber sido expulsados de ella (25.2%), el experimentar violencia por parte de un adulto (21.4%), que no sepan a quién acudir si se sienten mal mentalmente (53.1%) y un largo etcétera, se encontrarán muchas respuestas e insumos para que las autoridades puedan actuar.

Para concluir este tema, los adolescentes expresan su nivel de satisfacción sobre la enseñanza que reciben en la escuela. Esta pregunta va más allá de las materias o contenidos recibidos; cuestiona el nivel de pérdida-beneficio de asistir a la escuela con todo lo que esto trae consigo, y que hemos desarrollado líneas arriba. El 61.8% se siente siempre (37.3%) o casi siempre (24.5%) satisfecho por la enseñanza recibida en la escuela, y el 38.2% a veces (26.15) o nunca satisfecho (12.1%). Si tradujéramos esto en una nota o calificación, los adolescentes le habrían puesto un 12 a la enseñanza que reciben en su centro de estudios.

Nota de satisfacción respecto de la enseñanza



Figura 4. Nota de satisfacción respecto de la enseñanza.

Fuente: Young Voice Perú, 2017

Ahora bien, si vemos que al 99.4% no le gustaría dar opinión sobre educación en caso de tener la oportunidad de influir sobre sus autoridades, se entenderá que la nota que los adolescentes pondrían al binomio educación/escuela sería abultadamente menor.

V. CONCLUSIONES

- Para garantizar el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes es fundamental conocerlos. En el Perú, el 46.4% de los y las estudiantes adolescentes no han recibido información sobre la Convención sobre los Derechos del Niño en el último año escolar y un 37.7% no ha recibido nunca información al respecto. Siendo más grave aún que se haya podido comprobar que los que sí recibieron información sobre sus derechos no conozcan la diferencia entre los derechos contenidos en la Convención y los derechos del niño difundidos en un contexto general sumado a que en su mayoría señalaron que solo tenían diez derechos, clara referencia a la Declaración Universal de los Derechos del Niño.
- Una labor pendiente y urgente para el país es asegurar el conocimiento y ejercicio de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, comenzando por los de los niños, niñas y adolescentes, jugando un rol importante en esta tarea los maestros y maestras, las autoridades educativas y el Estado que tiene la obligación de difundir la Convención.
- Es importante no perder de vista que los adolescentes perciben el valor de la educación desde su relación con la escuela y, al ser la educación un derecho, esta no se debe vulnerar a través de prácticas que no tomen en cuenta la opinión de los y las estudiantes.

- La realidad mostrada a través del Informe Young Voice Perú genera preocupaciones toda vez que la tercera parte de estos no se sienten satisfechos con la enseñanza que reciben y el 6% prefiere no participar para brindar su opinión sobre la educación.
- Es necesario reevaluar el protagonismo que se le otorga a los deberes escolares y a las calificaciones, considerando el nivel de preocupación y estrés que generan en los estudiantes y el poco apoyo que se les brinda en la escuela para comprenderlos y cumplir con ellos.
- Debiendo considerarse que más de la cuarta parte de los estudiantes se ha sentido preocupado durante el último año por la posibilidad de abandonar la escuela y no terminar los estudios. Siendo que casi la tercera parte de estos, conoce del caso de una adolescente que ha dejado de estudiar por estar embarazada.

VI. REFERENCIAS

MIMDES (2007) *Convención sobre Derechos del Niño*. Lima, Perú: Hilmart SA.

SAVE THE CHILDREN (2017) *Informe Young Voice Perú 2017*. Lima, Perú: Ediciones Nova Print SAC.

Fecha de recepción : 28 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 23 de octubre 2018

¿DEVELANDO EL LADO OSCURO?: LA NUEVA TECNOLOGÍA, LA INTERNET, LAS REDES SOCIALES SUS RIESGOS EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES¹

UNVEILING THE DARK SIDE? RISKS OF NEW TECHNOLOGIES, THE INTERNET, SOCIAL NETWORKS USE IN CHILDREN AND ADOLESCENTS.

Juan J. Blossiers Mazzini²

La computadora a la venta en 1980, internet comercial con correo electrónico en 1990, tiendas virtuales en 1990, son algunos pasos de la internet. Sin embargo, sin necesidad de tecnología avanzada se ha sancionado a la televisión, y no es necesario mirar las “nuevas tecnologías” para poner en riesgo a los niños y las niñas; tan accesible ahora con los Smart o teléfonos inteligentes.

La televisión ha sido multada por no respetar el horario de protección al menor en los programas inusuales en otras latitudes como: “Tengo algo que decirte” y en un programa en que se utiliza el nombre de Dios en vano, denominado “Válgame Dios”.

De manera que, las nuevas tecnologías no son la única forma de poner en riesgo a nuestros menores. Pensémoslo bien.

¿A quien consideramos niños en la ley peruana? Según el artículo primero del Título Preliminar se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y será adolescente quien tenga de doce a dieciocho años. Como tales, son sujetos de derecho, con libertades y protección específica en base a políticas públicas buscando el interés superior del niño.

En el Perú, según el último censo del 2017, son niños y niñas 9'204,329 millones entre 0 y 17 años. De ellos 50.9 % son niños y 49.1 % niñas.

¹ Ponencia presentada en el Pre Congreso Mundial de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia organizado por el Colegio de Abogados de Lima y realizado el 7 y 8 de Setiembre de 2018.

² Abogado por la PUCP. Especializado en Derecho Informático, y delitos informáticos, Pionero en Investigación Premio Internacional de la Federación Interamericana de Abogados con sede en Washington EEUU, 18 años de profesor en ingeniería, negocios y derecho.

Veamos un poco de cifras: el 32.7% de 0 a 5 años son de la primera infancia; el 34.5% de 6 a 11 años están en la niñez; el 35.8% de 12 a 17 años son adolescentes.

En cuanto a la penetración del internet en los hogares, el censo de 2017, dio como resultados lo siguiente: el 50.5% de los niños, niñas y adolescentes entre 6 y 17 años de edad usan internet. De ellos 52.4% son hombres y el 48.5% mujeres.

Además, el uso en zonas urbanas es de 64.2%.

En cuanto a la diferencia de sexo: 66.1 % hombres y 62.2% mujeres.

Mientras que en las zonas rurales el acceso a internet es: 18.1% hombres y 20.4 mujeres, 15.8%.

Algunas aplicaciones más usadas por nuestros niños y adolescente tenemos:

Hi 5, Facebook, Twiter, Instagram, you tube, snap chat, whatsApp

Algunas palabras o cosas nuevas que tuvimos que aprender de nuestros niños:

Muro, Perfil, Trolea, Stokear, Fake, Follow, Friday, Meme, Cambiar de Estado, Snapchat, Youtubers, Influencers, Evento, Google Play, Hashtag, Trending Topic, Bajar videos, música, ver you tube, etc....

La pregunta que nos hacemos es: ¿dónde se presentan riesgos informáticos en los niños? La respuesta nos indica que la adicción se presenta en los juegos en línea, juegos interactivos con participantes remotos, en las cabinas de internet o en el hogar.

En cuanto a temas de índole sexual, podemos recordar el viejo dicho que se encuentra vigente: “no hables con extraños”.

Nos preguntamos también si las redes sociales son una oportunidad o más bien un peligro como si se tratara de caminar rápido sobre piso mojado y resbaloso.

Se presenta también que se aprovecha de la inocencia e ignorancia de los niños que registran información e imágenes en las redes y existe, por lo tanto, peligro al publicar su intimidad.

Muchos autores y expertos sustentan que el lado bueno, está en permanecer hiperconectados y su lado peligroso que escape del control del usuario.

Por ello, hay que enseñarle a los niños y adolescentes a usar la tecnología con prudencia.

I. OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA:

En la Doctrina especializada encontramos opiniones a favor y en contra:

Algunas ideas a favor:

Fernando García autor de la “Familia en el Ciberespacio”, dice que debe haber un pacto, un acuerdo entre padres e hijos para su buena utilización.

Las redes sociales nos han cambiado. Se dice que lo que se definió en el cerebro digital fue una explosión, una eclosión de tecnología que no solo ha cambiado la forma de vivir sino de comunicarnos e inclusive altera nuestro cerebro a nuevas oportunidades que no deberíamos desaprovechar: información, la comunicación, las relaciones humanas, la economía, la educación.

Por ello, deben darse normas por los padres en el hogar, y autoridades educativas en los colegios, cuando, como, cuánto, y para que se usa la tecnología.

Opiniones en contra:

El neuropsicólogo Álvaro Bilbao en su exitoso libro “El Cerebro del Niño explicado a los padres”, señala que los padres pueden permitir conscientemente o no la utilización excesiva de las redes sociales que crean infinita adicción lo alejan de la vida real, al punto que el niño percibe y cree más al mundo virtual que al real.

Ciertamente parece imposible frenar a un niño preadolescente de estar conectado a través de las redes sociales; porque en un niño de 10 a 13 años su cerebro comienza a experimentar una serie de estímulos y sensaciones, así como a disfrutar de la tecnología.

En casi todos los casos y con mayor precocidad, las chicas desean ser parte de un grupo y gustar del otro sexo, y es una parte fundamental de su identidad personal y social; por tanto, los niños quieren estar presentes en el mundo digital. Buscando aceptación en el grupo.

Por ello, hay que buscar un punto de equilibrio; porque puede generarse la adicción que a simple vista no se nota.

Dentro de lo negativo del uso exagerado del internet es que les roba tiempo al estudio, a las tareas académicas, o al descanso.

Varios estudios serios han demostrado que estas tecnologías son adictivas.

Generan problemas de concentración, comportamiento, autocontrol, fracaso escolar. Pero tenemos que tener en cuenta que el empuje de la tecnología es imparable e incontestable.

Por ejemplo, uno de cada tres usuarios son niños. En el Perú 6 de cada 10 están expuestos a algún peligro en internet. Asimismo, también en Perú es posible que el 64% esté expuesto mientras que a nivel global la cibercriminalidad es de 47%.

II. PELIGROS DIGITALES

Existen tres categorías de riesgos bien definidos:

- a) Riesgos de contenidos, cuando un menor está expuesto a un contenido no deseado o inapropiado. Por ejemplo, imágenes sexuales, pornográficas, violentas, poco saludables o peligrosas.
- b) Riesgos de contacto, cuando un menor participa de una comunicación arriesgada; por ejemplo, un adulto haciéndose pasar por menor o por un sexo diferente busca contacto inapropiado o se dirige a un niño para fines sexuales o que participe en conductas poco saludables o riesgosas.
- c) Riesgos de Conducta, cuando el niño se comporta de manera que contribuye a que se produzca un contenido o contacto riesgoso como material inadecuado o publiquen imágenes de contenido sexual o material que ellos mismos reprodujeron.

Las TIC han ampliado los peligros tradicionales y creado nuevas formas de abuso y explotación infantil.

Por otro lado, es bueno señalar que los niños están desproporcionadamente afectados por los peligros en línea, incluida la pérdida de privacidad.

III. RIESGOS DE LOS NIÑOS EN LA INTERNET DE CARÁCTER SEXUAL

Existen los siguientes:

a) Grooming:

Es una nueva forma de comunicarse a través del cual un adulto se gana la confianza de un niño o de un adolescente con propósitos sexuales e inclusive sustituye su personalidad informática. Es un acoso sexual pero de manera lenta y progresiva.

Se gana la confianza, se involucra en situaciones de connotación sexual.

Se crean perfiles falsos. Se realizan chats, foros para buscar amistad, para buscar la confianza, es una estrategia de obtener concesiones de índole sexual. Proviene de groom que significa acicalar, preparar para minarlo psicológicamente al niño para conseguir el control emocional para un abuso sexual.

b) Sexting o Sexteo

Es el intercambio de fotografías, imágenes, o videos de contenido erótico entre los propios adolescentes o de un mayor de edad que finge ser adolescente para luego chantajearlo o extorsionarlo causando daños psicológicos importantes en el menor. E inclusive pidiendo intercambio de imágenes.

c) Cyberbullying o Ciber Acoso

Es el acoso entre menores en la internet con carácter local o global, supone un alcance que puede llegar a generar mucho daño no solo al menor sino a su familia y amigos.

d) Pornografía infantil

Redes internacionales que captan y filman material pornográfico con menores de edad con finalidad de comercio, exposición y distribución global.

e) Usurpación de identidad o Impersonation.

Reemplaza la personalidad digital de un niño, de un adolescente con el propósito de captar a la víctima con propósitos de atentar contra la indemnidad sexual y su libertad sexual.

En nuestra legislación es regulada en el Artículo 5° de la Ley N° 30096 donde el sujeto pasivo son niños, niñas y adolescentes, en donde además debe probarse el dolo, conciencia y voluntad para lograr una sentencia condenatoria.

f) Pedófilos on line

Utilizan el mail, el video llamado, el chat, el Whats App, videos con propósitos o contenidos sexuales.

g) Paliza Feliz

Situaciones en que se agrede a un niño niña; violentamente se graba y se sube al ciberespacio o se transmite en vivo.

IV. EN EL DERECHO COMPARADO

Existe el siguiente tratamiento normativo:

1. La Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 que señala la protección de los menores contra los abusos sexuales.
2. Las Naciones Unidas en la protección de la infancia, donde la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 explica sobre la doctrina de la protección integral y la doctrina de la situación irregular del menor.
3. La Recomendación N° 1065 de 1987 del Consejo de Europa sobre el tráfico de niños y otras formas de explotación infantil.
4. La Convención del Derecho de los Niños de 1989, que en su artículo 1° protege al menor de 18 años, incluyendo pornografía infantil, cualquier trabajo peligroso o que entorpezca su educación, su salud, su desarrollo físico, mental, espiritual o moral, así como el uso de estupefacientes y psicotrópicos.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En ese sentido, la tarea del derecho no es quedarse atado a las viejas categorías teóricas, sino más bien adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección de la sociedad.

Así, cobra completa vigencia las ideas del jurista, ex juez de menores, vocal superior Fermín Chunga Lamónja pionero en el derecho de familia que dijo: “Invertamos en los menores, son el presente y no el futuro”. “Si uno lo hace, serán útiles a la patria y a la sociedad.”

Demos tiempo y conciencia de este grave problema silencioso ya que estar vigilantes porque en internet no hay lugar seguro ciento por ciento. Nuestros niños nos lo van a agradecer.

VI. REFERENCIAS

Barletta, María (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*; Lima: PUCP

Bilbao, Álvaro (2015). *El Cerebro del Niño explicado a los padres*. Plataforma Editorial. Barcelona

Chunga, Fermin, Chunga; Carmen, Chunga, Lucía (2016). *Comentarios al Código del Niño y Adolescentes*: Lima: Grijley

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2017). *Niños en un Mundo digital*. Nueva York: UNICEF

García Fernández, Fernando; Brindué Salo, Xavier (2002). *La Familia en el Ciberespacio*, Edit. Edu.com

Lins e Silva Paulo (2015). El Estatuto de la Familia en el Derecho Comparado. *Revista Interamericana de Derecho Internacional y Comparado*. Lima: AIDIYC

Save the children Perú (2017). *Informe Young Voice Perú 2017*, Lima, Perú: Ediciones Nova Print S.A.C.

Valencia, Jorge (2009). *Justicia y Derechos del Niño*. Chile: UNICEF

Fecha de recepción : 28 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 26 de octubre 2018

LA TECNOLOGÍA, INTERNET Y REDES SOCIALES EN LA VIDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.¹

TECHNOLOGY, THE INTERNET, AND SOCIAL NETWORKS IN THE LIVES OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

José Jhonatan Hernández López*

Resumen:

El autor de esta ponencia es una adolescentes quien desde su propia perspectiva comparte su visión al mundo sobre cómo la tecnología y las redes sociales influyen en la familia, el rol de los padres y sobre todo en los niños, niñas y adolescentes.

Palabras Claves: familia, tecnología, redes sociales, niños, niñas y adolescentes.

Abstract

The author of this presentation is a teenager who from his own perspective shares his vision to world how technology and social networks influence the family, the role of the parents and especially the childrn and teenagers.

Keywords: family, technology, social networks, children, teenagers.

¹ Ponencia presentada en el Pre Congreso Mundial de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia organizando por el Colegio de Abogados de Lima y llevado a cabo el 7 y 8 de setiembre de 2018.

* Representante de la "Red Distrital de Municipios Escolares de Lima Sur". Conductor del Programa Radial Distrital "Sin Rollos ni Paltas" / Villa El Salvador / 2013-2017.

El ser humano ha ido evolucionando a lo largo de su vida, implicando cambios en su misma convivencia y en el modo de captar la sociedad.

En la era antigua los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante los NNA) osaban jugar con algunas piedras, huesos y animales.

En la era intermedia los NNA se entretenían con juegos físicos de colores llamativos o con objetos ruidosos.

En la era actual los NNA han dejado atrás todo esto para someterse al mundo de la ciencia, no solo dejando el mundo físico sino también causando un desapego social (familia, amigos, etc.).

Los padres, quienes supuestamente son el primer factor de desarrollo para los NNA (educación, moral, espiritual, social, etc.), no están cumpliendo con su real función; sino que piensan que los “aparatos del futuro” pueden reemplazar sus funciones. “Ahora nos dan un teléfono celular o una Tablet para no fastidiarlos cuando están ocupados”. “Ahora solo nos dicen que nos quieren por nuestras redes sociales”. “Ahora demuestran lo que sientes con emoticonos”. “Ahora solo interactuamos con las cosas y animales mediante videos”; dejando de lado los cuidados y la protección que nos merecemos.

Está de más mencionar los beneficios que nos trae todo esto, porque lo pueden buscar por el mismo internet; en cambio, nuestra realidad no. Lo que pensamos y sentimos los NNAs no se encuentra allí.

En la tecnología, internet y redes sociales encontramos muchos peligros, de los cuales estamos vulnerables: desde desapego hasta violación y muerte (bullying, cyberbullying, acoso sexual, trata de personas; baja autoestima por falta de atención, falta de cuidados, desprotección, falta de educación de valores morales, inserción de ideologías ajenas, etc.) y muchos más.

El Estado, cumple un rol muy importante al ser el principal velador de los derechos humanos, los derechos del ciudadano, los derechos de los NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Sin embargo, lamentablemente no los cumple a totalidad, El Estado debe ser el mayor regulador de las informaciones que se exponen en la internet y en las redes sociales, y brindar severos castigos para quienes las usen con otros fines; debe crear políticas públicas de prevención, detención y sanción, para llegar a los NNA desde los colegios informándonos los peligros que contrae el mal uso de éstas, y a los adultos para que puedan detectar y ayudarnos.

La tecnología, internet y redes sociales van en progreso y lo seguirán haciendo; mientras que nosotros estaremos dependiendo de ellas cada vez más; no perdamos la esencia de ser padres, de ser familia, de ser amigos, de ser hijos, de ser ciudadanos, porque si lo hacen el mundo estaría perdido; y nos preguntaremos ¿conectados o atrapados?, ¿en avance o en retroceso?

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES TE QUEREMOS... Y TÚ ¿TAMBIEN?

Fecha de recepción : 27 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 26 de octubre 2018

DAÑOS OCASIONADOS A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS ¿QUIÉN SE RESPONSABILIZA?

WHO IS LIABLE FOR ANY DAMAGE CAUSED TO CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN SCHOOLS?

Ocner Córdova López¹

Resumen

En este artículo analizamos de manera sucinta la responsabilidad civil que debe asumir la institución educativa respecto de los daños sufridos por los niños y adolescentes (en su condición de alumnos) cuando éstos se encuentran dentro de la institución educativa o bajo su autoridad; advertimos que, a pesar de existir instrumentos internacionales y nacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño del cual el Perú es parte y la Constitución Política del Estado, que establecen un deber del Estado de brindar protección especial al niño y al adolescente, éstos vienen sufriendo daños dentro de las instituciones educativas o bajo su autoridad. En nuestro medio no se ha establecido una responsabilidad civil frente al incumplimiento de este deber de protección que genera daños a los menores en las instituciones educativas.

Palabras clave: Institución educativa, deber de protección, responsabilidad civil, daños sufridos por los niños y adolescentes.

Abstract

In this article, we briefly analyze the civil responsibility that the educational institution must assume regarding the damages suffered by children and adolescents (as students) when they are inside the educational institution or under its authority; we warn that, in spite of existing international and national instruments, such as the Convention on the Rights of the Child of which Peru is a party and the Political Constitution of the State, which establish a duty of the State to provide special protection to children and adolescents, they are suffering damages within educational institutions or under their authority. In our environment, no civil liability has been established against the breach of this duty of protection that causes harm to minors in educational institutions.

¹ Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Este –Poder Judicial del Perú. Magíster en Derecho Civil; Juez titular del Segundo Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho.

Keywords: *Educational institution, duty of protection, civil liability, damages suffered by children and adolescents.*

I. INTRODUCCIÓN

Partimos del conocimiento de que tanto la Convención sobre los derechos del niño como la Constitución Política del Estado estatuyen un deber del Estado de proteger especialmente al niño y adolescente. Este deber de protección se debe realizar en cualquier ámbito en que se encuentre el niño o adolescente; así por ejemplo, cuando se encuentra dentro de las instituciones educativas o bajo su autoridad; sin embargo, existen estadísticas que demuestran una realidad distinta, que revelan que se viene incumpliendo, por las personas responsables de dirigir las instituciones educativas, con este deber de protección y cuidado que se le debe brindar al menor en su condición de alumno. Las más recientes estadísticas nos demuestran que los niños y adolescentes, cuando están dentro de una institución educativa o bajo su autoridad, en su condición de alumnos, vienen sufriendo daños de todo tipo, físico, psicológico, moral, sexual, etc. Se ha determinado que en los últimos cinco años se han registrado 19,157 casos de violencia contra los niños y adolescentes ocurridos en las instituciones educativas debidamente registrados, lo que nos permite concluir que el Estado, a través de las instituciones educativas públicas o privadas no está cumpliendo con su deber de protección. No obstante que existe una obligación de protección que corresponde asumir, en este caso a las instituciones educativas, a través de sus titulares; sin embargo, no existe una consecuencia cuando se incumple con esta obligación; no se ha legislado en forma específica quién responde por el daño que han sufrido el niño y el adolescente cuando se encuentran dentro de las instituciones educativas o bajo su autoridad.

En efecto, las instituciones educativas, a través de sus titulares (*El Estado cuando es una institución educativa pública y la persona natural o jurídica cuando es una institución educativa privada*), no solo asumen una obligación de enseñar conforme a la malla curricular dictada por el Ministerio de Educación, sino que, junto a esta importante obligación también existe otra de igual importancia, **esto es la obligación de protección y cuidado**, que viene impuesta nada menos que por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado. Así como existe una responsabilidad por la omisión del primero de los deberes, también debe existir una responsabilidad civil por la omisión del deber de protección y cuidado. Por tanto, los titulares de las instituciones educativas resultan ser los responsables civilmente cuando se produce un daño al niño o adolescente (salvo caso fortuito o fuerza mayor) dentro de la institución

educativa y bajo su autoridad, pues habrían incumplido con su obligación de protección y cuidado. Sin embargo, ante la ausencia en nuestro Código Civil de una norma jurídica que regule en forma específica respecto de la persona que asume la responsabilidad civil de resarcir los daños, se produce muchas que la víctima no sea reparada de modo integral o no sea resarcida como corresponde, máxime si se trata de un menor de edad.

Resulta importante que se dicte una disposición normativa en nuestro Código Civil que regule específicamente este tipo de responsabilidad, ello contribuiría a que las instituciones educativas, a través de sus titulares, tomen medidas de precaución para evitar el daño y con ello evitar resarcir, cumpliéndose así una de las modernas funciones de la responsabilidad civil, esto es la función preventiva; también ayudaría a las víctimas a saber con certeza ante quién dirigirán su pretensión resarcitoria por el daño sufrido; y ayudaría a los jueces a resolver de manera más pronta los casos sometidos a su jurisdicción. La institución educativa es un lugar en donde se encuentran múltiples actores bajo los cuales se encuentran sometidos los alumnos menores de edad, tales como el director, sub director, profesores, auxiliares y principalmente el titular de la institución educativa (el Estado o persona natural o jurídica), entre otros, cualquiera de ellos puede producir un daño, por omisión o por comisión, por un defecto en la infraestructura, o puede que el daño sea producido por otro menor o no se tenga conocimiento de quién produjo el daño.

Todo niño y adolescente tiene el derecho de recibir una educación libre de violencia y el Estado, a través de sus instituciones educativas públicas y privadas, tiene la obligación de brindárselas, esta obligación viene impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la Constitución Política del Estado; en consecuencia, su omisión, que se produce cuando ocurre un daño al niño, debe generar responsabilidad civil consistente en la obligación de reparar ese daño de modo integral; en este sentido, a efectos de garantizar el derecho al resarcimiento por el daño sufrido, teniendo en consideración el interés superior del niño, se deben dictar las disposiciones normativas que lo aseguren o como bien lo precisa el artículo 3° de la Convención, el Estado para cumplir con el rol protector “tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

II. ÁMBITO LEGAL DE PROTECCIÓN A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Nuestra Constitución Política del Estado establece en su artículo 4° que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente

(...)”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño² en su artículo 3° establece que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas; asimismo, preceptúa que los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño, estableció como el segundo de sus principios, que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”. También nuestro Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 4° precisa que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

II. NUESTRA REALIDAD PROBLEMÁTICA, VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

Si bien existen disposiciones normativas de ámbito internacional y nacional que imponen al Estado el deber de proteger y garantizar dicha protección al niño y adolescente, en su integridad moral, psíquica y física, así como en su libre desarrollo y bienestar en el lugar donde se encuentre, sin embargo, pareciera que dichas disposiciones normativas resultan insuficientes para evitar que los niños y adolescentes sufran daños en su persona (daños físicos, psíquicos, morales, etc.) precisamente en las escuelas o instituciones educativas, que es el lugar en donde se debe garantizar una protección integral y plena, pues la institución educativa debe ser un espacio seguro en donde el niño y adolescente va a aprender y a formarse tanto intelectual como emocionalmente en las primeras etapas de su vida, es el lugar en donde transcurre parte de su vida.

En efecto, según el portal Si SeVe (Plataforma de denuncias sobre violencia escolar del MINEDU), en los últimos cinco años (2013 -2018) se reportaron 19,157 casos de violencia contra los niños y adolescentes en las instituciones

² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.° 25278.

educativas, la mayoría se registró en Lima, Piura y Junín. Se registró que 10,530 casos se refieren a violencia física, 8,860 casos se refieren a violencia verbal, 7,437 a violencia psicológica, mientras que 2,545 son por violencia sexual. Lo más preocupante, sin embargo, es que, en el 44% de los casos, los agresores fueron docentes o el personal del centro educativo. Se anota también que del cien por ciento de los casos de violencia registrados, se ha determinado que el 84% ocurre en colegios del Estado y el 16% en colegios privados (www.siseve.pe).

Esta cifra de casos de violencia en contra de nuestros niños y adolescentes es preocupante, y solo estamos antes casos que han sido denunciados, porque es verdad que también existen casos de violencia escolar que no son denunciados por los menores víctimas de violencia, quizás por temor a represalias u otros motivos, lo que indudablemente aumentaría la cifra de violencia.

IV. ¿QUIÉN SE RESPONSABILIZA POR LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO SUFRIDO POR EL MENOR?

La violencia ejercida contra un niño o adolescente en la institución educativa genera daños ¿Quién responde civilmente por ese daño? ¿A quién corresponde su resarcimiento?

En una institución educativa –de nivel inicial, primario o secundario– existen un amplio número de personas que la dirigen en diferentes niveles; así encontramos, por ejemplo, al titular o dueño del centro educativo en colegios privados (que puede ser una persona natural o una persona jurídica) y que en los colegios públicos sería el Estado; el director de la escuela, el subdirector, el profesor, el auxiliar, el asistente, el vigilante, etc., todos ellos ejercen de alguna manera autoridad sobre el menor.

¿Qué es lo que ocurre cuando el daño ha sido producido por alguien que pertenece a un conjunto más o menos amplio de personas, cuando no es posible determinar cuál de ellas es la verdadera causa del daño?

Cuando un menor de edad asiste a una institución educativa, de nivel primario o secundario, con la finalidad de que esta le brinde un servicio de enseñanza, puede ocurrir que, en el transcurso de su formación educativa, cuando se encuentra dentro de la institución educativa o bajo el control de la autoridad educativa, el menor sufra un daño (daño moral, físico, sexual, psicológico, etc.), cuyo origen del daño puede ser diverso, esto es puede resultar como consecuencia de la agresión física u hostigamiento constante (bullying por ejemplo) de otro estudiante o un grupo de estudiantes hacia el menor, el daño también lo puede hacer un personal de la institución

educativa o provenir de una deficiente estructura del centro educativo, daño producido por un tercero que ingresa a la institución educativa, o el daño resulta como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, etc., o incluso no se tenga conocimiento de quién produjo el daño al menor. El acto dañoso del menor puede también producirse a causa de un defecto en las medidas de organización adoptadas por el centro educativo.

Nadie espera que su hijo menor de edad que llega sano a la institución educativa sufra dentro de ella un daño (físico, psíquico, moral o sexual); sin embargo, es una realidad que existe y que suele ocurrir conforme a las estadísticas reportadas por el MINEDU (www.siseve.pe). Por tanto, una vez comprobada la existencia del daño en el menor, existe un deber de reparar ese daño, deber de reparar que se vuelve más exigente cuando se trata de los intereses de un menor de edad. Entonces, ante la existencia del daño y el deber de repararlo, corresponde preguntarse ¿Quién debe responder civilmente por el daño ocasionado o sufrido por el menor cuando este se encuentra dentro de las instalaciones de la institución educativa o bajo la autoridad de la referida institución?

Actualmente, en nuestro Código Civil no existe una norma jurídica que regule específicamente este tipo de responsabilidad civil, una norma civil que determine a quién corresponde resarcir el daño producido a un menor cuando éste se encuentre dentro de las instalaciones educativas o bajo el control de la autoridad educativa. Fácilmente podría argumentarse que responde quien produjo el daño; sin embargo, estando a la especial vulnerabilidad del niño, puede suceder que no se pueda determinar quién realmente produjo el daño (pero el niño resultó dañado) ¿quién se responsabiliza? o que el daño lo ocasionó otro niño ¿podría responsabilizarse civilmente en este caso al niño agresor? ¿Tiene capacidad para asumir una responsabilidad de esa naturaleza? O ¿A sus padres del niño agresor que no estuvieron presentes para vigilar al menor? ¿No tendría acaso ninguna responsabilidad la institución educativa a través de su titular? ¿Acaso no correspondía a la institución educativa la obligación de brindar protección y cuidado al menor, lo que significaría que no se produzca ningún tipo de daño? ¿No habrá una consecuencia de resarcir el daño por quien no cumplió con su obligación de protección?

V. LA OBLIGACIÓN DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA NO SOLO ES DE ENSEÑAR

¿Acaso la obligación de la institución educativa es solo de enseñar a leer y a escribir y dictar los cursos conforme a la malla curricular? Si respondemos afirmativamente esta pregunta estaríamos desconociendo lo

que textualmente nos dice la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 3° señala: “*Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado ...*” y la Constitución Política del Estado, que en su artículo 4° establece: “*la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...*”; y en este mismo sentido, La Declaración de los Derechos del Niño establece como uno de sus principios: “*El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño*”.

Si bien uno de los deberes que asume la institución educativa, ante los niños matriculados en su institución, es enseñar conforme a la malla curricular que establece el Ministerio de Educación; sin embargo, junto a este importante deber, existe otro de la misma importancia y categoría, cual es el deber de protección del niño mientras esté bajo su autoridad. Este deber de protección y cuidado viene impuesto por normas supremas, como son la Convención de los derechos del niño y la Constitución Política del Estado. Esta obligación de protección se traduce en una obligación de vigilancia y supervisión constante hacia el menor. En este sentido, la doctrina italiana ha señalado que: “la supervisión de los niños es una de las llamadas ‘obligaciones implícitas’, las que no están expresamente previstas en una norma, pero existen” (Tovani, 2012, p. 56).

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que existe un deber especial de protección de los derechos del niño y adolescente y es un deber del Estado y de toda la comunidad velar por su vigencia, así nos indica que:

El deber de protección sobre los derechos del niño vincula no solo a las *entidades estatales* y públicas sino también a las *entidades privadas* e inclusive a la comunidad toda, a fin de que cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, *constituye un deber velar por la vigencia de los derechos del niño y de sus intereses. (...) Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad(...)* [cursivas añadidas]. (Expediente 2079-2009-PHC/TC).

Así, también ha señalado el máximo intérprete constitucional, que: “El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas” (Exp. 3330-2004-AA/TC).

Respecto del deber de protección que deben asumir las instituciones educativas, la doctrina española ha señalado que: “Es a los centros docentes

durante las horas lectivas a quienes corresponde vigilar a los menores para evitar cualquier acto lesivo para la víctima y adoptar las medidas protectoras necesarias” (Mondéjar, 2011, p. 553). También se señala que: “Para acreditar su existencia hay que evidenciar que hubo una falta de atención, **vigilancia, cuidado** y respuesta inmediata y contundente por parte del centro escolar. El colegio tiene una función de **garante de seguridad** y bienestar físico y psíquico de sus alumnos que los obliga a actuar de manera efectiva” (Goenaga, 2015). Asimismo, en Argentina existe una corriente doctrinal uniforme que determina que la institución educativa asume un deber de seguridad frente al niño y adolescente, así se indica: “... los establecimientos educativos asumen contractualmente junto con la obligación principal de prestar educación, una obligación de seguridad cuyo incumplimiento hace nacer una responsabilidad directa y que la asunción de la misma significa garantizar la indemnidad del alumno en su integridad física y moral” (Kemelmajer, 1998, p. 1047).

Por su parte la doctrina colombiana también ha advertido la existencia de una obligación de cuidado a cargo de las instituciones educativas frente a los estudiantes menores de edad, de esta manera ha dicho: “Es así como la obligación de ser garantes de cuidado, propia de las instituciones educativas se concreta en una categoría conocida en la jurisprudencia colombiana como deber de cuidado que no es otra que la obligación que tiene la institución educativa de proteger la integridad física, emocional y moral de los estudiantes...” (Martínez, 2012, s/p).

En consecuencia, conforme a la doctrina más reciente, las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tienen la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar; obligación que se hace efectiva a través de un adecuado deber de cuidado y vigilancia.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA FRENTE AL DAÑO SUFRIDO POR UN NIÑO Y ADOLESCENTE

Si bien existe un **deber de protección**, que se traduce o concreta en un deber de vigilancia, supervisión, de cuidado, de seguridad, que deben asumir nuestras instituciones educativas cuando tengan bajo su autoridad a los niños y adolescentes; sin embargo, las estadísticas nos demuestran que este deber de protección no se está cumpliendo. Es lamentable que en los últimos cinco años 2013 al 2018 se hayan denunciado 19,157 casos de violencia contra los niños y adolescentes en las instituciones educativas públicas y privadas; y solo estamos ante casos denunciados, porque existirán muchos casos de violencia contra los

niños que no fueron denunciados y por ende no registrados estadísticamente. En efecto, existen muchos casos que no se denuncian ante las autoridades por temor a represalias a sus agresores, por desconocimiento ante quien denunciar o cuando se denuncia ante el mismo director del colegio o profesor, este los ignora o a veces el padre opta por cambiar de colegio a su niño.

Ya hemos establecido que las instituciones educativas (primaria y secundaria) tanto estatales como privadas, tienen un ineludible deber de protección; este deber de protección impuesto por las normas supremas (Constitución y Convención), se traduce en un deber de vigilancia y de establecimiento de medidas internas que eviten cualquier tipo de daño a la integridad del menor. Así la doctrina italiana señala que: “El deber de educación está en correlación con el deber de vigilancia” (Alpa, 2006. p.849). El incumplimiento de este deber de vigilancia debe generar responsabilidad en las instituciones educativas; la institución educativa debería ser responsable civilmente de los daños causados a sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo su cuidado y atención, por tanto debería resarcir a la víctima.

Como ya se ha dicho y es bueno reiterarlo, en la institución educativa de menores existe un conjunto más o menos amplio de personas que están a cargo de la conducción de la institución en diferentes cargos. Así, tenemos por ejemplo, en un centro educativo privado al titular del centro educativo (persona natural o jurídica), director, subdirector, profesores, auxiliares, tutores, vigilantes, etc.; igualmente en un colegio estatal, el titular del centro educativo es el Estado y dentro de la institución encontramos al director, sub director, profesores, auxiliares, tutores, vigilantes etc. Ahora ¿quién de estas personas responde civilmente frente al daño ocasionado a un menor de edad? Si se lograra identificar que el daño lo produjo un profesor o auxiliar del centro, se atribuiría una responsabilidad civil individual conforme a lo previsto en el artículo 1969° del Código Civil, el cual establece que: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Sin embargo, también puede suceder que no se pueda determinar quién ocasionó el daño al menor ¿se quedará el menor sin reparación de ese daño? O también que, quien produjo el daño se fugó o desapareció ¿quedaría sin reparación integral este niño? Cabe precisar, que al margen de la responsabilidad penal que pudiera haber, en caso que el acto sea considerado un delito, tendría que haber también una responsabilidad civil que dé origen a un resarcimiento económico a favor del menor víctima del daño.

Habrán ocasiones en que el daño que ha sufrido un niño o adolescente fue ocasionado por otro u otros niño ¿Cabe aquí atribuir responsabilidad civil al niño que ocasionó el daño?

También pensemos que en el caso que el daño lo haya producido el profesor u otro dependiente de la institución educativa, ¿no tendría ninguna responsabilidad civil el titular de la institución educativa? Nos referimos como titular de la institución educativa al dueño del colegio privado o al Estado en caso de instituciones educativas estatales. ¿No es acaso el titular de la institución educativa quien para cumplir con su obligación de enseñanza y de protección se vale de los profesores y más dependientes? ¿No es acaso el titular de la institución educativa quien selecciona o tiene la responsabilidad de seleccionar a sus profesores y demás dependientes?

Si bien en las instituciones educativas existen directores y subdirectores que la dirigen, sin embargo, dicha dirección la hacen bajo las políticas y lineamientos establecidos por el titular de la institución educativa. En este sentido, se ha señalado que “aunque los directores de los colegios y otros próximos (como el jefe de estudios) pueden adoptar medidas de organización, lo hacen sobre la base de las líneas directrices marcadas por el titular del centro de enseñanza que es quien tiene el poder de organización de las actividades que en el mismo se realizan” (Atienza, 1999, p. xxx). También es bueno tener en consideración, por el principio del interés superior del niño que, quien está en mejores condiciones económicas para reparar integralmente el daño sufrido es el titular de la institución educativa, quien podría repetir contra el docente o auxiliar si estos fueran los responsables directos; lo importante es asegurar la reparación integral del daño al menor.

En consecuencia, en mi opinión, en todos los casos en que se produzca un daño al niño y adolescente dentro de la institución educativa o bajo su autoridad, debe responder civilmente el titular de la institución educativa, sea pública (El Estado) o privada aun cuando el daño lo haya producido el profesor u otro dependiente u otro niño y con mayor razón cuando no se tenga conocimiento de cómo se produjo el daño o cuando el daño se produjo por un defecto de la infraestructura; a menos que, se trate de un caso fortuito; responsabilidad que tiene su fundamento en el ineludible deber de protección y seguridad que deben brindar las instituciones educativas a los menores.

VII. DAÑO OCASIONADO AL MENOR POR OTRO NIÑO O ADOLESCENTE

No se puede atribuir responsabilidad civil u obligación de resarcir a un niño o al padre de éste por el daño que cause a otro niño **estando dentro** de la institución educativa **o bajo su autoridad**, por las siguientes razones:

En principio, porque estamos ante menores de dieciséis años y de acuerdo con el artículo 43° de nuestro Código Civil, los menores de dieciséis años son considerados “absolutamente incapaces”; en este sentido, se ha señalado que: “A la incapacidad absoluta se suele denominar ‘incapacidad natural de obrar’ por derivarse de una situación de hecho, de la naturaleza, en que se encuentra la persona, debido: 1) a que todavía no ha alcanzado un suficiente desarrollo mental como ocurre generalmente con los menores de 16 años” (Torres, 2016, p. 260).

Respecto a la responsabilidad de los incapaces el profesor Leysser León ha señalado que: “No sería admisible, desde ningún punto de vista, atribuir una “culpa” a los sujetos incapaces de discernimiento (...) para que se pueda verificar una antijuricidad semejante sería necesaria la posibilidad de referir al incapaz la violación de la ley, y ello no cabe, porque la norma jurídica está dirigida solo a los sujetos que están en condición de comprender y observar su contenido” (León, 2017, p. 615 y 616).

Los padres del niño que ha causado un daño tampoco podrían ser responsables civilmente, pues, si bien el artículo 1976° del Código Civil establece que cuando el daño lo causa el incapaz de discernimiento responde su representante legal; sin embargo, debe entenderse esta norma jurídica que el representante legal del menor (los padres), responden siempre y cuando el daño se haya producido cuando el menor esté bajo su vigilancia y autoridad, y no cuando el menor está bajo la vigilancia y autoridad de otra persona como es la institución educativa ¿Cómo podría el padre vigilar y establecer autoridad sobre el menor cuando éste se encuentra lejos de su esfera de control? ¿Cómo podría ser responsable el padre del menor agresor cuando dicho menor está bajo la vigilancia y autoridad de una institución? Así se ha señalado que: “no se puede exigir a los padres, por los daños que sus hijos ocasionen durante esos periodos de tiempo en los que no puede hacer efectivas sus obligaciones de guarda” (Mondéjar, 2011, p. 550). Con más precisión se ha indicado que: “Los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores, la misma cesa cuando los coloca en un establecimiento educativo, trasladándose la responsabilidad a quien desde entonces los tiene bajo su custodia, guarda y vigilancia” (Albornoz, 2017). Asimismo, se ha señalado que: “si un niño está en el colegio sus padres no pueden hacer nada para impedir que observe una conducta inadecuada que produzca un daño. (...) la ley no acepta que los padres respondan sin más y por el hecho de serlo” (Ramón, 2012, p.21).

El fundamento de la responsabilidad de los padres por los hechos, daños de sus menores hijos no está en el hecho ser padres o en el mero vínculo parental, sino en el descuido del deber de vigilancia y de autoridad que todo

padre debe tener hacia sus hijos menores. La responsabilidad de los padres es por hecho propio y no por el solo hecho de ser padres. La doctrina italiana ha establecido que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos radica en el deber de vigilancia y educación, y no en el mero vínculo parental, así se indica: “la responsabilidad del artículo 2048 del Código Civil es una responsabilidad culposa por un hecho propio de los padres. Tal orientación encuentra su fundamento en la convicción de que los padres responden en virtud de dicho precepto, no en función del mero vínculo parental que los une con el menor autor del hecho, sino por el contrario en razón de las obligaciones de vigilancia y educación que incumbe a quienes ejercitan la potestad sobre él; solo la obligación por parte de los progenitores de estas obligaciones puede determinar el nacimiento de responsabilidad” (Berti, 2014, p. 316).

En consecuencia, si el fundamento de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores radica en el deber de vigilancia y educación, los padres no tendrán responsabilidad ante el hecho producido por su hijo cuando éste no está en la esfera de su vigilancia y cuidado; si el hecho se produjo cuando el niño se encontraba bajo la vigilancia y autoridad de la institución educativa, es evidente que es ésta quien asume la responsabilidad total por el daño y no el padre.

VIII. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS O SUFRIDOS POR LOS MENORES EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

En nuestro Código Civil no existe una norma jurídica que regule específicamente el daño sufrido por un menor en la institución educativa o cuando se encuentre bajo su autoridad. ¿Es necesario hacerlo? El problema de la falta de una regulación especial sobre el tema afecta directamente a la víctima menor de edad, pues éste no tiene la certeza de definir contra quien va a dirigir su pretensión de resarcimiento ante el daño sufrido; si como ya se ha dejado establecido, las instituciones educativas se encuentran obligadas a brindar protección y cuidado a los menores, la violación de esta obligación que se produce cuando ocurre el daño, debe generar una responsabilidad civil en dicha institución educativa (en su titular), al margen de qué persona específicamente produjo el daño al niño. Si uno de los objetivos de la responsabilidad civil es la reparación integral del daño sufrido, se lograría mejor este objetivo si normativamente establecemos la obligación de reparar el daño al titular de la institución educativa (persona natural o jurídica en las instituciones educativas privadas y el Estado en las instituciones educativas públicas). El titular cuenta con los medios económicos suficientes para reparar el daño; el titular en todo

caso, podría repetir contra el profesor causante del daño cuando éste haya causado el daño como sucede por ejemplo en otras legislaciones; también podría establecerse que la víctima del daño pueda dirigir su pretensión de resarcimiento indistintamente contra el titular de la institución educativa y/o contra el profesor, aunque este último sí respondería bajo la regla establecida en el artículo 1969° del Código Civil en los casos en que se determine que éste de manera dolosa o culposa causó el daño al niño.

Debemos tener en cuenta que por encima de cualquier interés que puedan tener los titulares de las instituciones educativas o que se les pueda afectar, está el interés superior del niño que implica que en todas las decisiones que se tomen y conciernan a los niños, se tomará en cuenta siempre de manera prioritaria su bienestar.

Lo importante es que el niño víctima del daño ocurrido dentro de la institución educativa no quede sin reparación, que su reparación sea íntegra y no a medias; que las instituciones educativas sepan que el no brindar una protección y seguridad a los niños que tiene matriculados constituye un responsabilidad civil.

Si bien en nuestra legislación civil no se encuentra regulada la responsabilidad civil que se pueda originar ante los daños ocasionados o sufridos por los menores de edad cuando estos se encuentran dentro de las instituciones educativas o bajo la autoridad, sin embargo, sí existen en el derecho comparado legislaciones civiles de otros países latinoamericanos y europeos que sí regulan específicamente este tipo de responsabilidad, como a continuación veremos:

Argentina: El “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en su artículo 1767° se establece lo siguiente: “**El titular de un establecimiento educativo** responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

Colombia: El Código Civil de Colombia en su artículo 2347° indica lo siguiente: “Así, **los directores de colegios** y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el

mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Chile: El Código Civil chileno en su artículo 2320° estipula que: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. (...). Así **los jefes de colegios y escuelas** responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; (...). Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Paraguay: El Código Civil paraguayo en su artículo 1843° establece lo siguiente: “(...). **Los directores de colegios** y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. (...)”.

Costa Rica: El Código Civil de la república de Costa Rica, establece en su artículo 1048° lo siguiente: “**Los jefes de colegios o escuelas** son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. (...). Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria.”

España: El artículo 1903° del Código Civil español establece que: “Las personas o entidades que sean **titulares de un centro docente de enseñanza** no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. (...)”.

Italia: El artículo 2048° del Código Civil italiano, estipula lo siguiente: “(...). **Los preceptores y aquellos que enseñan** un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus **alumnos** y aprendices en el tiempo en que han estado bajo su vigilancia. Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el daño”.

Francia: El artículo 1384° del Código Civil francés preceptúa que: “(...) Los **maestros** y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices mientras estuviesen bajo su supervisión. (...). En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso deberán ser probadas, con arreglo al derecho común, por el demandante en la instancia”.

Del repaso de los códigos civiles tanto europeos como latinoamericanos, encontramos dos tendencias en cuanto a atribuir responsabilidad civil por el daño sufrido por los alumnos en las instituciones educativas. Por ejemplo, en los códigos civiles de Argentina y España establece la responsabilidad en el **titular** de la institución educativa. Así, el primero dice: “El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad...” y el segundo señala: “Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos...”. Por su parte, Colombia y Paraguay en sus respectivos códigos civiles se establecen específicamente que son responsables los “directores de colegio” mientras que en Chile y Costa Rica atribuye responsabilidad a los “Jefes de Colegio”, debiendo entenderse a éstos como los directores de los centros educativos.

En nuestro Código Civil no existe una disposición normativa que regule específicamente la responsabilidad civil por los daños sufridos u ocasionados a los menores cuando éstos se encuentran dentro de la institución educativa o bajo su autoridad. Debiera existirlo, ello, como ya se dijo, facilitaría a las víctimas -niños y adolescentes- a recibir una reparación integral por daños sufridos; asimismo, ayudaría a los jueces a resolver con prontitud y certeza cuando llegue a sus despachos una demanda de esta naturaleza sin entrar en la discusión y probanza de quién es la responsabilidad. Una disposición normativa de esta naturaleza también contribuiría a que los titulares de los centros educativos sean más cuidadosos y conscientes en cuanto al deber de protección y vigilancia hacia el menor, debiendo dictar políticas y medidas de organización a efectos de evitar y prevenir cualquier tipo de daño contra el niño y el adolescentes; y es que, precisamente, una de las nuevas funciones que destaca la doctrina moderna de la responsabilidad y que ha cobrado protagonismos es la función preventiva (León, 2017, p. 28); a través de esta función se busca que el ente responsable ante un posible daño tome las medidas preventivas y de seguridad para evitar el daño, puesto que de ocurrir el daño responderían civilmente.

IX. EL ESTADO ASUME UNA POSICIÓN DE GARANTE

El Estado está en la obligación de garantizar a los niños y adolescentes a recibir una educación libre de violencia, “esta posición de garante viene impuesta al Estado también, por la Convención sobre los derechos del Niño, la cual, al ser ratificada por la asamblea legislativa, tiene fuerza superior a ley. De conformidad con dicha Convención, los Estados partes se comprometen, de manera indeclinable, a respetar los derechos de los niños en ella enunciados” (Bolaños, 2002, p, 135). La Convención sobre los Derechos del Niño impone a los estados partes el compromiso de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar así como la obligación de asegurarse de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados de cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas en materia de seguridad, sanidad, personal y existencia de una supervención adecuada.

Es obligación de Estado convertirse en un garante de la seguridad y protección de nuestros niños y adolescentes, para ello tiene el deber de dictar las disposiciones normativas dirigidas a erradicar y prevenir este tipo de daños en nuestros menores y cuando esto ocurra que sean debidamente resarcidos. Así, se ha dicho que “un Estado pasivo frente a estos fenómenos de violación de derechos puede constituirse –internacionalmente- en responsable. Y no solamente responsable de lo que hace o no hace directamente, sino de lo que terceros, particulares, agresores, que lesionan a los niños y por cuyas conductas el Estado también debe responder, evitándolas o previniéndolas” (García, 2015, p.143). También se ha puntualizado que: “Un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional, por violación de sus obligaciones de garantía ¿garantía de qué? De los derechos y de las libertades ¿a quiénes? De todos los que se hayan bajo su jurisdicción; pero muy especialmente de aquellos que no pueden garantizar por sí mismos esos derechos y libertades. Los niños son débiles, por antonomasia, los que no pueden por si mismos garantizar la observancia de sus derechos” (García, 2015, p.144).

En mi consideración lo dispuesto por los Códigos Civiles de Argentina y España son las mejores disposiciones que regulan la responsabilidad por los daños ocurridos a los menores en las instituciones educativas, pues ellas atribuyen responsabilidad a los titulares de los centros educativos, son los titulares quienes escogen su personal, son ellos quienes deben dictar las medidas de seguridad, y en el caso de una institución educativa privada, son los titulares quienes se benefician económicamente y en el caso de instituciones educativas de carácter público es el Estado quien asume una posición de garante de una educación sin violencia.

CONCLUSIONES

1. Existe un deber de protección y cuidado impuesto por la Convención sobre los derechos del niño y la Constitución Política del Estado, a favor de los niños y adolescentes, es por ello que las instituciones educativas, a través de sus titulares, asumen una responsabilidad civil cuando omiten este deber de protección.
2. Generado el daño al niño y adolescente cuando están dentro de las instituciones educativas o bajo su autoridad, debe existir una correspondiente obligación de reparar de modo integral ese daño sufrido, responsabilidad que debe asumir necesariamente el titular de la institución educativa.
3. La ausencia en nuestro Código Civil de una disposición normativa que regule específicamente la responsabilidad de las instituciones educativas por los daños sufridos por los menores cuando se encuentran bajo sus instalaciones o bajo su autoridad, genera que muchas veces el daño sufrido por el menor no sea resarcido o reparado integralmente, y que las instituciones educativas no tomen las medidas necesarias para prevenir el daño.
4. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, en plena etapa de formación integral.
5. El Estado es garante de la integridad (moral, física, psíquica) y de la educación de nuestros niños y adolescentes; por tanto, puede incurrir en responsabilidad por acción o por omisión.

REFERENCIAS

Albornoz, Marcelo E. (2017). *La violencia escolar y los maltratos*. Recuperado de <https://mayeuticaeducativa.idoneos.com/353802>.

Alpa, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Jurista Editores E.I.R.L.

Atienza Navarro, María Luisa (1999). Responsabilidad por hechos dañosos de los alumnos. Proceso de configuración de los criterios vigentes. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 17.

Berti de Martins, Giovanni (2014). Educación de la prole y responsabilidad civil por los daños ocasionados por el hijo menor en el derecho italiano. *Revista boliviana de Derecho*, N° 17, pp. 316-332. Fundación *iuris tantum*. Santa Cruz Bolivia.

Bolaños Gonzales, Jimmy (2002). La responsabilidad de los directores de centros educativos por daños ocasionados por sus alumnos. *Revista Educación*, volumen 26, número 1-2002, pp. 135-146. Universidad de Costa Rica

García Ramírez, Sergio Junio (2015). Bullying, desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Cátedra Magistral. *Revista de derecho privado*. Cuarta Época, año IV, número 7.

Goenaga Llorca, Arantxa (2015). *La responsabilidad civil de los centros escolares en los casos de bullying o acoso escolar*. Recuperado de: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/segurosmayo2015.pdf>.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (1998). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en la Argentina después de la reforma de 1997 *La Ley*, 1998-B-1047. 1998-B, 1047.

León Hilario, Leysser (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales*. Tercera Edición. Editorial Pacífico.

Martínez, Rojas, José Guillermo (2012). *El deber de cuidado y la responsabilidad civil de las instituciones educativas*. Recuperado de: <https://todosobrelaley.wordpress.com/2012/05/18/propuestas>.

Mondéjar Peña, María Isabel (2011). La responsabilidad civil de los centros docentes por los daños causados por los alumnos menores de edad. *Derecho de daños. Una perspectiva contemporánea*. Motivensa Editores.

Ramón Fernández, Francisca (2012). Responsabilidad civil en el ámbito de los menores. *Revista sobre la infancia y adolescencia* N° 3. Universidad Politécnica de Valencia. Recuperado de: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1118/1330>.

Torres Vásquez, Aníbal. (2016). *Código Civil comentado*. Octava edición. Editorial IDEMSA.

Tovani, Flavio (2012). *La responsabilidad de los padres en Italia*. Aletheia. Cuadernos críticos del derecho. Liberlex. Recuperado de: http://www.liberlex.com/archivos/rpater_it.pdf.

Fecha de recepción : 28 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

INCORPORACIÓN LEGAL DE LA CONSEJERÍA MATRIMONIAL OBLIGATORIA PREVIA AL DIVORCIO EN EL PERÚ

LEGAL INCORPORATION OF MANDATORY MARRIAGE COUNSELING PRIOR TO DIVORCE IN PERU

Rocío del Pilar Eyzaguirre Rivas de Larios¹

Resumen:

La presente comunicación tiene por objetivo determinar la idoneidad e importancia de incorporar legalmente la Consejería Matrimonial Obligatoria como requisito previo al trámite de divorcio en Perú. Para ello es necesario definir la situación del divorcio en el país, sobre la base de los reportes estadísticos publicados por las entidades oficiales y la tendencia legislativa durante las últimas décadas respecto a las figuras jurídicas relativas a la separación y disolución del vínculo matrimonial; señalaremos también las consecuencias que la ruptura produce en la vida de los cónyuges, sus hijos, el Estado y la sociedad en su conjunto. Seguidamente, analizaremos la figura de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa, como un mecanismo de ayuda para las parejas en crisis; detallando sus efectos positivos y exponiendo los criterios que avalan su incorporación en nuestro ordenamiento legal.

Palabras clave: divorcio, crisis matrimonial, Consejería Matrimonial Obligatoria

Abstract:

This document aims to determine the suitability and importance of incorporate legally Mandatory Marriage Counseling as a prerequisite to the process of divorce in Peru. For this reason it is necessary to define the situation of divorce in the country, on the basis of statistical reports published by official entities and the legislative trend during recent decades regarding the legal figures relating to the separation and dissolution of the marriage; We will also indicate the result that a breakup generate in the life of the spouses, their children and the state and society as a whole. Finally, we'll look at the figure of the previous mandatory marriage counseling, as a mechanism of support for couples in crisis; detailing its positive effects and exposing the criteria that guarantee its incorporation into our legal system.

Keywords: *divorce, matrimonial crisis, Mandatory Marriage Counseling*

¹ Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFE, especialista en Derecho Civil. Estudios de Maestría de Persona, Matrimonio y Familia en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Consejero Familiar.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años se ha producido en nuestro país un incremento en el número de divorcios inscritos ante las entidades competentes para registrar tales actos, como son el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). A pesar que la Constitución Política del Perú regula el principio de protección a la familia, en la práctica ninguna autoridad o institución gubernamental ha planteado ni implementado mecanismos concretos que permitan revertir el índice de rupturas en el país; sin embargo, experiencias desarrolladas por algunas organizaciones e instituciones privadas nos vienen demostrando que si las parejas reciben orientación conyugal y familiar de manera oportuna estarán en condiciones de superar sus crisis y continuar juntos

Por lo expuesto, resulta necesario analizar la importancia de que se implementen en nuestro país, mecanismos legales y sociales destinados a prevenir y evitar las rupturas matrimoniales; ante lo cual se presenta el siguiente problema: ¿Cómo se planteará la incorporación legal de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio en el Perú?

Para responder a este interrogante, establecemos como objetivo de esta comunicación el proponer la incorporación legal de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio en el Perú, como un mecanismo de ayuda para las parejas que se encuentran atravesando una crisis; contribuyendo de este modo a disminuir el índice de las rupturas matrimoniales, en beneficio de los propios cónyuges, sus hijos y la sociedad en su conjunto.

DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación es de tipo cualitativa, correspondiente al área de las humanidades, que aplica la descripción e interpretación como procedimientos y analiza el desenvolvimiento de la institución matrimonial en nuestro país y las dificultades por las que viene atravesando, tanto a nivel legal como social, haciendo énfasis en la importancia de la Consejería Matrimonial Obligatoria. El abordaje metodológico ha permitido recabar la información necesaria de la bibliografía obtenida en bibliotecas universitarias y virtuales, librerías especializadas y repositorios de tesis. Los sujetos de la investigación son los cónyuges que atraviesan crisis matrimoniales en el Perú. Las principales técnicas empleadas han sido la observación de documentos, el fichaje y el análisis normativo. Los instrumentos utilizados han sido las fichas de recolección de datos bibliográficas, de resumen, de normas legales y de análisis y comentarios de documentos.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

A continuación desarrollamos la investigación definiendo la situación actual del divorcio en el Perú, analizamos la figura de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa, como un mecanismo de ayuda para parejas en crisis y explicamos las razones por las cuales la implementación de esta figura contribuiría a la disminución del índice de divorcios en nuestro país.

1. EL DIVORCIO EN EL PERÚ.

Entre el año 2011 y el primer semestre del año 2017 el número de divorcios inscritos ante las oficinas de RENIEC prácticamente se ha triplicado, ya que pasaron de 5,625 a 15,109 según los informes oficiales del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), publicados en diciembre del 2016 y 2017 respectivamente. Esta es una realidad que está afectando a las parejas, sin distinción de edad, estrato social, religión o lugar de residencia, ya que los departamentos en los que se inscribieron más divorcios durante el año pasado fueron Lima (4,880), Arequipa (649), La Libertad (641), Lambayeque (524), Piura (314), Junín (199), Ica (193), Cusco (169), Áncash (131) y Cajamarca (119), de acuerdo a la información proporcionada en enero de este año por la Oficina General de Comunicaciones de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

1.1 Tendencia normativa relativa al divorcio en el Perú.

La realidad descrita en el acápite anterior debe ser analizada a la luz de la tendencia normativa desarrollada por los legisladores nacionales en torno a la figura jurídica del divorcio; por cuanto su regulación ha ido variando considerablemente desde que se produjera su incorporación en nuestra legislación el siglo pasado durante el gobierno de Luis Miguel Sánchez Cerro. Efectivamente, el divorcio absoluto se incorporó en el Perú mediante la Ley de Divorcio y Matrimonio Civil Obligatorio (Decreto Ley N° 6889 del 04 de octubre de 1930) y su reglamento (Ley N° 6890 del 08 de octubre del mismo año), la cual estableció las causales por las que el divorcio producía los mismos efectos que la nulidad (Calisaya Márquez, Angel, 2016 p. 17); posteriormente, la Ley N° 7893 del 22 de mayo de 1934, incorporó tres nuevas causales de divorcio, entre las que se encontraba la de mutuo disenso² y la Ley N° 7894 estableció los requisitos que debían cumplir los cónyuges para poder invocar esta causal: contar con la mayoría de edad y tener, como mínimo, tres años de casados³.

² CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. Ley N° 7893, 2017 [ubicado el 21.VII 2018]. Obtenido en <https://peru.justia.com/federales/leyes/7893-may-22-1934/gdoc/>

³ CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. Ley N° 7894, 2017 [ubicado el 21.VII 2018]. Obtenido en <https://peru.justia.com/federales/leyes/7894-may-22-1934/gdoc/>

Dos años después, el Código Civil de 1936 reguló la figura del divorcio dentro del Libro II, titulado “Del Derecho de Familia”, en los artículos 247 al 291; específicamente, en el artículo 247 se detallaron las causales de divorcio (incluyendo el mutuo disenso) y en el artículo 253 se estableció que el divorcio producía la disolución del vínculo matrimonial⁴. Casi medio siglo después, el Código Civil de 1984 reguló en el Título IV de la Sección II del Libro III todo lo relativo al decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, desde el artículo 332 hasta el 360, manteniéndose la regulación del divorcio absoluto en el artículo 348. A inicios de este siglo, la Ley N° 27495 del 07 de julio de 2001, incorporó la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, eliminando la prohibición de alegar hecho propio en este caso; por lo que al haberse incluido el inciso 12 en el artículo 333 del Código Civil “cualquiera de los cónyuges puede invocar haber sido él o ella el autor/a de tal separación de hecho, esto es su propia conducta” (Cornejo Fava, María Teresa, 2014, p.29). Hace una década, la Ley N° 29227, publicada el 15 de mayo de 2008, reguló el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, a través del cual se abrió el camino para que los cónyuges que tienen dos años de casados o más, puedan solicitar ante las instancias acreditadas, la declaración de la separación convencional y luego de dos meses de producida ésta, solicitar también la disolución de su vínculo matrimonial.

1.2 Consecuencias del divorcio.

Esta tendencia normativa está generando en nuestra sociedad que las parejas vean al divorcio como la única o más rápida solución a sus problemas conyugales y familiares; sin advertirles sobre las consecuencias que toda ruptura produce en la vida de los cónyuges, sus hijos y también para el Estado y la sociedad en su conjunto. La consecuencia legal inmediata del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial entre marido y mujer (Art. 348 C.C.); pero también se producen otros efectos legales: extinción de la obligación alimenticia entre ellos (salvo las excepciones establecidas en el Art. 350 C.C.); fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales (Art. 318 inciso 3 C.C.) y el cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales que procedan de los bienes del otro (Art. 352 C.C.); los cónyuges pierden el derecho a heredar entre sí (Art. 353 C.C.); la mujer pierde el derecho a llevar el apellido de quien fuera su marido agregado al suyo (Art. 24 C.C.). A nivel personal los cónyuges también sufren crisis psicológicas y es por ello que durante los últimos años los profesionales se han visto en la necesidad de implementar terapias para atender a personas divorciadas que no pueden “manejar la

⁴ CÓDIGO CIVIL DE 1936, promulgado por Decreto Supremo del 20 de agosto de 1936 [ubicado el 21.VII 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>

nueva situación de soledad, retorno al hogar de sus padres o, sobre todo, para manejar la situación educacional con los hijos” (Cano, Adrián; Laspra Carme, Marin Raquel y Beuzna Maribel, 2013, p. 9); asimismo, tienen que desarrollar habilidades para ayudarlas a atravesar adecuadamente el proceso de duelo que se origina por la ruptura, el cual muchas veces conlleva “depresión, angustia, pérdida de energía vital, impotencia, desilusión, decaimiento, falta de estímulos reforzantes, subestimación, alteración perceptual y atencional” (De la Parra García, Jorge, 2008, p. 25 – 40)

En cuanto a los hijos, la disolución del vínculo matrimonial les afecta en diversas áreas de su vida y su desarrollo por la desintegración familiar que se origina; a largo plazo, muchas veces su proyecto de vida no llega a concretarse del todo o se ve alterado, debido a que no cuenta con las condiciones necesarias para tomar las decisiones adecuadas en cada etapa de su vida (Ortiz Castañeda, Carla, 2017 p. 44). Entre las consecuencias que se derivan de los procesos de divorcio están las cuestiones relativas a la tenencia, el régimen de visitas y la pensión de alimentos para el o los hijos procreados durante el matrimonio; temas que son muy delicados y normalmente generan situaciones tensas entre los padres que muchas veces no logran ponerse de acuerdo fácilmente respecto a la cantidad de días y los horarios para las visitas o el importe necesario para la manutención; y en otros casos, exigen de los jueces un análisis adecuado de los hechos en los que el menor presenta, por ejemplo, determinadas características de alienación parental, un trastorno no contemplado en nuestra legislación, pero que puede ser detectado con ayuda de un informe psicológico (Peña, María Irene, 2016, p. 111). Respecto a las consecuencias psicológicas y psiquiátricas que sufren los hijos tras la ruptura, puede presentarse estrés, trastorno disocial, trastorno de ansiedad de separación, trastorno de atención, depresión, entre otros; por ello en Perú, el Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, a través de la Dirección Ejecutiva de Investigación, Docencia y Atención Especializada de Niños y Adolescentes, cuenta desde hace dos décadas con el Programa Terapéutico de Ansiedad a cargo de un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, que atiende, diagnostica y brinda tratamiento a niños y adolescentes que sufren trastornos de ansiedad, entre los cuales se encuentra el de ansiedad de separación; al constituir este tipo de trastornos un gran problema de salud pública en dicha población, de acuerdo a los estudios epidemiológicos de salud mental realizados por dicha institución (Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi” s/f, p. 11). En cuanto a las consecuencias en el ámbito académico, una investigación tuvo como grupo de estudio a veinticinco alumnas del segundo año de secundaria de una institución educativa piurana, cuyos

padres se encontraban separados o divorciados, concluyendo que más de la mitad (52%) había visto afectado su rendimiento académico y su nivel de aprendizaje. (Zuazo, Norka, 2013, p. 86)

Con relación a las consecuencias que el divorcio genera para el Estado, está el coste económico debido a los programas sociales que deben implementarse para ayudar a las personas divorciadas y sus hijos, a fin de que puedan hacer frente a esta crisis. En Estados Unidos vemos que “en un estudio que incluye datos exhaustivos de los 50 Estados, los expertos estiman que el divorcio y la consiguiente crianza de los hijos por padres solos, supone para los contribuyentes al menos 112 mil millones de dólares al año” (Olesti, María José, 2012 p. 3); en Canadá, el Institute of Marriage and Family concluye que “el coste de ayudar a las familias rotas es de casi 7 mil millones de dólares al año, (...) dirigidos a facilitar la vivienda, los gastos de guardería y la asistencia social” (The Centre for Social Justice, 2009, p. 63); y en Reino Unido se estima que el costo financiero que generan las rupturas familiares para el país asciende aproximadamente a los 20-24 billones de libras esterlinas, que incluyen tanto los costos por apoyo directo a padres solos como el impacto indirecto de los divorcios en el empleo, la educación, la salud, los aspectos criminológicos y policiales, entre otros (The Center of Social Justice, 2009, p. 63). Si bien en países con economías desarrolladas, las personas pueden acceder a las ayudas sociales descritas anteriormente, no ocurre lo mismo en nuestro país porque es un aspecto que el gobierno aún no toma en cuenta, ya que sólo se orienta a desarrollar programas sociales destinados a mejorar la calidad de vida de los peruanos que viven en situación de pobreza y pobreza extrema, tales como Juntos, Cuna Más, Qali Warma, SIS, Foncodes, entre otros, previa acreditación de su situación y registro en el Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH).

2. LA CONSEJERÍA MATRIMONIAL OBLIGATORIA.

La Consejería Matrimonial es un procedimiento a través del cual los cónyuges, que atraviesan por una crisis en su relación, recurren a la asesoría de un profesional especializado para que los ayude a detectar las causas del conflicto, desarrollar alternativas de solución y aprender estrategias que les permitan evitar futuros problemas (Escrivá, Javier, 2013, p. 60)

2.1. Características y efectos de la Consejería Matrimonial Obligatoria.

La Consejería Matrimonial Obligatoria como figura legal, es un mecanismo de solución preventivo por el cual se exige a los cónyuges que recurran a dicho procedimiento antes de dar inicio a cualquier trámite de

separación o divorcio; ya que el consejero matrimonial “respaldándose en una formación integral de la institución matrimonial, tiene el cometido de mostrar de forma comprensible para los cónyuges el ser matrimonial, a la vez que anunciar las posibles consecuencias personales y familiares de una ruptura” (Cano, Adrián; Laspra, Carmen ; Martin, Raquel, y Beuzna, Maribel, 2015, p. 13) ; lo que el profesional realmente va a buscar es ayudarles a comprender que esa crisis no necesariamente tiene que derivar en la separación y disolución del vínculo y finalmente estos podrán tomar una decisión sobre la base de una evaluación completa y objetiva.

El optar por la Consejería Matrimonial Obligatoria beneficia no sólo a los cónyuges en crisis, sino también a la familia y el Estado. Respecto a los cónyuges, ayuda a que afronten el problema con objetividad, brindándoles estrategias que faciliten la comunicación, proponiendo alternativas que tomen en cuenta los intereses de ambos y de sus hijos, y mostrando con claridad las ventajas, inconvenientes y consecuencias de todas las posibles soluciones por las que puedan optar (Escrivá-Ivars, Javier, 2001, p. 132); en suma, desarrolla una labor educativa con el varón y la mujer para que puedan lograr cambios positivos en su relación conyugal (Barrera Cruz, Teresa, 2013, p.47-48). En cuanto a la familia, estimula el descubrimiento del sentido de vida familiar, animando a los cónyuges a que elaboren un proyecto familiar concreto y vivencial (Paz Alcalde, Nicolás, 2015, p. 118 -119); facilita el aprendizaje de herramientas y el desarrollo de habilidades que ayuden a resolver los conflictos, lograr una adecuada gestión de la convivencia familiar, mejorar la comunicación y la relación con los hijos (Martínez de Aguirre, Carlos, 2015). Con relación al Estado, esta figura está enmarcada dentro del principio constitucional de protección a la familia; constituye una iniciativa al servicio de esta institución, que busca afirmar su valor social y ayudar a que continúe siendo la célula básica de nuestra sociedad; (Tonini, Franca, 2011, p. 11) como recurso social a favor del matrimonio y la familia permitirá afrontar y revertir diversas situaciones críticas que hoy los aquejan y repercuten negativamente en lo familiar y colectivo.

2.2. Criterios para una posible regulación de la Consejería Matrimonial Obligatoria.

En nuestro país existe un vacío legal en torno a la figura de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio, ya que actualmente nuestro ordenamiento legal no regula ninguna figura jurídica destinada a ayudar a los cónyuges en crisis para que desistan de optar por la ruptura matrimonial. Así vemos que la Conciliación Extrajudicial es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que, en temas de familia, sólo considera “como materias conciliables aspectos referentes a pensión de alimentos, régimen

de visitas, tenencia y otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición” (Pérez Solf , Iván, 2013, p. 259); es decir, se ocupa de situaciones que se originan de la relación entre los padres y sus hijos, una vez producida la disolución del vínculo. En cuanto al Derecho Comparado, verificamos que la legislación española regula la mediación familiar como un método de resolución de conflictos que tiende a “facilitar la gestión del divorcio, pero limitada únicamente a evitar la conflictividad en la ruptura” (Martínez Aguirre, Carlos, 2015); es una figura jurídica que tiene como objetivo ayudar a los cónyuges que han decidido separarse, a negociar y resolver de manera pacífica sus desacuerdos respecto de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, tomando en consideración las necesidades de cada uno de los miembros de la familia, especialmente de los hijos. (Escrivá-Ivars, Javier 2001, p 133)

No obstante lo expuesto, sabemos que en algunas ciudades del país se vienen desarrollando alternativas de solución concretas frente a las crisis matrimoniales. Una de ellas es el programa para varones denominado Verdadera Hombría, que se lleva a cabo en las ciudades de Arequipa, Barranca, Chincha, Huacho y Lima; el cual consiste en un fin de semana donde participan hombres casados o convivientes (sin impedimento de casarse) de entre treinta a cincuenta años, quienes en esos dos días realizan una revisión de su desempeño como esposos, padres, trabajadores y ciudadanos; y al término del mismo, la mayoría de los participantes toman la decisión de ordenar sus vidas en beneficio propio, de su matrimonio y su familia; incluso si ya estaban separados de sus esposas o tenían la intención de separarse, desisten de hacerlo y retoman su relación. También tomamos conocimiento que en agosto del año dos mil dieciséis el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia (ICMF) de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT), en coordinación con la Gerencia Regional de Programas Sociales del Gobierno Regional de Lambayeque, presentó un proyecto para la implementación de módulos de consejería matrimonial, donde las parejas de la jurisdicción podrían acudir a recibir ayuda desde las primeras etapas del matrimonio para la solución de sus conflictos⁵; sin embargo, nos informan que hasta la fecha dicho proyecto no se ha concretado. Ambas propuestas nos muestran que si las parejas reciben orientación conyugal y familiar de manera oportuna, estarán en condiciones de superar sus crisis y continuar juntos.

Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos oportuna y necesaria la incorporación de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio

⁵ Cfr. INSTITUTO DE CIENCIAS PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO. ICMF – USAT presenta proyecto a favor de la familia, 2016 [ubicado el 24.X 2017]. Obtenido en <http://www.usat.edu.pe/noticias/icmf-noticias/icmf-usat-presenta-proyecto-favor-de-la-familia/>

en nuestro ordenamiento legal; en virtud a que se encuentra enmarcada dentro del principio de protección de la familia reconocido por la Constitución Política de 1993⁶ y el Código Civil de 1984⁷, que la consideran un instituto fundamental de la sociedad; así como en lo dispuesto por el Acuerdo Nacional que contempla en su décimo sexta Política de Estado el fortalecimiento de la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas. Asimismo, se sustenta en el derecho que todo niño y adolescente tiene de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, tal como lo dispone el artículo 9º del Código de Niños y Adolescentes; y en la idoneidad de desarrollar formas alternativas de solución de conflictos distintas a la judicial, que además de ayudar a disminuir la sobrecarga judicial permitirá a las partes involucradas solucionar sus conflictos de una forma más adecuada para todos (Montes de Oca Vidal, Alipio, 2013, p.111). Esta incorporación permitirá que más parejas puedan acceder a este tipo de ayuda en todo el territorio nacional, contribuyendo de este modo a disminuir el índice de divorcios en el Perú, en beneficio de los propios cónyuges, sus hijos y la sociedad en su conjunto.

CONCLUSIONES

El número de divorcios inscritos en nuestro país viene incrementándose durante los últimos años y está afectando a las parejas que atraviesan por una crisis conyugal, sin distinción de edad, estrato social, religión o lugar de residencia.

La tendencia normativa de los legisladores nacionales en torno a la figura jurídica del divorcio ha sido la de simplificarlo, dotándolo de mayor celeridad y flexibilidad para un más fácil acceso por parte de los cónyuges, quienes recurren a este procedimiento considerando que es la única solución a sus problemas sin tomar en cuenta todas las consecuencias que una decisión como ésta va a producir en sus propias vidas, la de sus hijos y también para el Estado y la sociedad en su conjunto.

La Consejería Matrimonial Obligatoria es un mecanismo de solución de conflicto de carácter preventivo que aún no está regulado en nuestro ordenamiento legal, pero cuyos efectos son beneficiosos tanto para los cónyuges en crisis, como para la familia en sí y también para el Estado.

⁶ La Constitución Política del Perú establece en su artículo 4º: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”; y en su artículo 7º: “Todos tienen derecho a la protección (...) del medio familiar (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”. Constitución Política del Perú, 1993 [ubicado el 30.V.2017]. Obtenido en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

⁷ El Código Civil de 1984 establece en su artículo 233º: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

El principio constitucional de protección a la familia, el derecho de todo niño y adolescente a vivir en una familia, la necesidad de implementar formas alternativas de solución de conflictos distintas a la judicial y el vacío legal existente en nuestro país respecto de mecanismos destinados a ayudar a los cónyuges en crisis; hacen oportuna y necesaria la incorporación legal de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio.

La incorporación legal de la Consejería Matrimonial Obligatoria previa al divorcio permitirá que más parejas puedan acceder a este tipo de ayuda en todo el territorio nacional, contribuyendo de este modo a disminuir el índice de divorcios en el Perú, en beneficio de los propios cónyuges, sus hijos y la sociedad en su conjunto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Escrivá – Ivars, Javier (2001). *Matrimonio y Mediación Familiar: Principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar*, Madrid: Ediciones Rialp S.A.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). *Código Civil: Decreto Legislativo N° 295*, 16ª ed, Lima:Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Obra publicada por una institución

Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI (2016). *Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad 2015*, Lima: INEI

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). *Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad 2016*, Lima:INEI

Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi” (2010). *Afronte terapéutico para niños y adolescentes con trastornos de ansiedad*, Lima: INSM “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”

The Center for Social Justice (2009). *Every family matters: an in-depth review of family law in Britain*, Londres:The Centre for Social Justice.

The Family Watch (2013). *Mecanismos de prevención frente a las crisis familiares*, Madrid: TFW

Tesis

Calisaya Márquez, Angel Alfredo (2016). *La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la identificación del cónyuge más perjudicado*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Ortiz Castañeda, Carla Emperatriz (2017). *Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio*, Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad de Piura, Piura.

Peña Barrientos, María Irene Elvencia (2016). *El controvertido síndrome de alienación parental como patología jurídica y sus implicancias en el binomio legal tenencia – régimen de visitas en la legislación de familia*, Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad de Piura, Piura.

Zuazo Olaya, Norka Tatiana (2013). *Causas de la desintegración familiar y sus consecuencias en el rendimiento escolar y conducta de las alumnas de segundo año de la Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima de Piura*, Tesis de posgrado, Universidad de Piura, Piura.

Artículos de Revista

Barrera Cruz, Teresa. (2013). Crisis familiares y mediación familiar. *Mecanismos de prevención frente a las crisis familiares*, Madrid, The Family Watch Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, pp. 45-50.

Cano, Adrián; Laspra, Carmen; Martín, Raquel y Beuzna Maribel (2013). “Mediación preventiva y terapia familiar”. *Mecanismos de prevención frente a las crisis familiares*, Madrid, The Family Watch Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, p. 9-15.

Cornejo Fava, María Teresa (2014). La Separación de Hecho de los Cónyuges como causa de la Separación de Cuerpos y del Divorcio: Peculiaridades. *Persona y Familia*, N° 03 (1), 2014, pp. 25-31.

De la Parra García, Jorge (2008). Experiencia emocional y ruptura de pareja, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 36, 2008, pp. 25-40.

Escrivá Ivars, Javier (2013). Virtudes primarias del mediador familiar: modestia y sensatez. *Mecanismos de prevención frente a las crisis familiares*, Madrid, The Family Watch Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, pp. 59-66.

Montes de Oca Vidal, Alipio (2013). "Mecanismos alternativos de solución de conflictos", *Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, N° 9, 2013, pp. 111-118.

Olesti, María José (2012). ¿Hay una 'nueva vida' después del divorcio? Cómo podrían evitarse muchas rupturas (y sus consecuencias), *IFFD PAPERS*, N° 8, abril 2012, pp. 1-4.

Paz Alcalde, Nicolás (2015). La familia en busca de sentido. Una metodología para trabajar la dimensión existencial de las familias, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 51, 2015, pp. 117-132.

Perez Solf, Iván (2013). La conciliación extrajudicial en temas de familia (Ley N° 29876 que modifica la Ley N° 26872 y el D.L. 1070), *IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*, Año III N° 6, setiembre 2013, pp. 1-14.

Tonini Zacarini, Franca (2011). Origen y evolución histórica de la Orientación Familiar y de los Centros de Orientación Familiar en el siglo XX. Parte primera: los COF a nivel Internacional, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 42, pp. 9-24.

Tonini Zacarini, Franca (2011). Origen y evolución histórica de la Orientación Familiar y de los Centros de Orientación Familiar en el siglo XX. Parte segunda: Orientación familiar y COF en Europa, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 42, pp. 27-60.

Recursos electrónicos

Acuerdo Nacional *Políticas de Estado*, 2014 [ubicado el 30.IV 2017]. Recuperado de :<http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/>

Código Civil de 1936, promulgado por Decreto Supremo del 20 de agosto de 1936 [ubicado el 21.VII 2018]. Recuperado de : <https://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>

Congreso Constituyente de 1931. *Ley N° 7893*, 2017 [ubicado el 21.VII 2018]. Recuperado de : <https://peru.justia.com/federales/leyes/7893-may-22-1934/gdoc/>

Congreso Constituyente de 1931. *Ley N° 7894*, 2017 [ubicado el 21.VII 2018]. Recuperado de : <https://peru.justia.com/federales/leyes/7894-may-22-1934/gdoc/>

Congreso de la República *Código de los Niños y Adolescentes*, 1998 [ubicado el 29.IV 2017]. Obtenido en <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/CNA.HTM>

Congreso de la República *Constitución Política del Perú* [ubicado el 29.IV 2017]. Recuperado de : <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Martínez Aguirre, Carlos (2015). *Crisis matrimoniales: de la reacción a la prevención*, 2015 [ubicado el 28.VI 2017]. Recuperado de : <http://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/escrito-juridico-10.pdf>

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (2018) *Inscripción de divorcios a nivel nacional creció en 19 departamentos el 2017, 2018* [ubicado el 13.II 2018]. Recuperado de : <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/01/17/inscripcion-de-divorcios-a-nivel-nacional-crecio-en-19-departamentos-el-2017>

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 27 de octubre 2018

LA MORAL DE LA VIDA COTIDIANA Y SU RELACIÓN CON LAS PREGUNTAS ÉTICAS

THE ROLE AND CHALLENGES OF ETHICS IN DAILY LIFE

Myriam Falla De Güich*

Resumen

Este artículo intenta reflexionar sobre la moral en la vida cotidiana y la urgente toma de decisiones a las que el individuo humano está sujeto constantemente. El sujeto moral se enfrenta a una variedad de dilemas constantemente, por eso es preciso pensar de modo ético las salidas ante los casos de mayor atención.

Palabras clave: moral, ética

Abstract

This article tries to reflect on morality in everyday life and the urgent decision making to which the human individual is constantly subject. The moral subject is constantly faced with a variety of dilemmas, which is why it is necessary to think in an ethical way about the exits in cases of greater attention.

Keywords: moral, ethics

¹ Licenciada en Filosofía por la PUCP. Doctora en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Nuestra época actual, plagada de idas y venidas, en medio de los quehaceres de la vida cotidiana, hace que nos introduzcamos en un mundo donde no hay un lugar para preguntarnos si lo que hacemos está bien o mal, si responden a un parámetro ético o no, si nos perjudicamos a nosotros mismos o al prójimo, si nos conviene un determinado comportamiento o no y si aceptamos impunemente lo que ocurre a nuestro alrededor.

La vida cotidiana no nos deja pensar incluso, si las pequeñas cosas que hemos cometido adquieren un cariz de moralidad, amoralidad o inmoralidad. Por eso, se hace necesaria la pregunta en determinados momentos de nuestras vidas que nos permitan esta opción. La educación juega un papel preponderante en este asunto, dado que lo que asimilamos en el hogar y en la escuela constituirá el punto a partir del cual podamos cuestionar nuestros actos.

La moral individual no opera sólo en el individuo dejando al margen el aspecto social, sino que ambos están concatenados y se retroalimentan mutuamente. Dicho en otros términos, si la moral individual compromete lo social no se puede pensar en un acto individual que no trascienda a la esfera social y tenga un efecto sobre ella.

Aristóteles (2002) desarrolló toda una teoría de la virtud que se adquiere por hábito hasta llegar al "*justo medio de eminencia*". Este justo medio no se calcula matemáticamente sino que es fruto de la *phronesis* o *prudencia* del hombre que lo pone en práctica. Así por ejemplo, un individuo decide no renunciar a su empleo aun sabiendo que sus compañeros lo han hecho por mostrar ciertos desacuerdos con el sindicato de trabajadores. Muchos lo acusarán de traidor, pero podemos entender que incluso en este caso se aplicó la *phronesis*, dado que del sueldo que recibe depende la manutención de su familia, siendo para él difícil ubicarse en otro puesto de trabajo. El justo medio entre dos extremos que pecan por exceso o defecto es lo que lo llevó a esa decisión.

No se trata de que el fin justifique los medios, sino de una medida cautelosa que no compromete el bienestar de quienes dependen de él.

Es una cuestión difícil de calificar teniendo en cuenta las futuras y posibles consecuencias que esto le pueda traer, pero en la vida cotidiana es lo que entendió por una decisión moralmente correcta según el momento que le tocó vivir. Aquí vemos claramente cómo una decisión individual compromete el ámbito social, ya sea para bien o para mal.

Quien se planteó una prueba sobre la veracidad moral de nuestras acciones fue, precisamente, Immanuel Kant (1981), quien con su imperativo categórico jugó con la posibilidad de que la acción cometida por el individuo pase la prueba de convertirse en legislación universal, es decir, que sea consensualmente aceptada, de lo contrario el acto no puede calificarse de moral. Pero es difícil que el individuo cotidiano esté pensando en el imperativo categórico a la hora de actuar o de evaluar su acto ya que la naturaleza académica del mismo lo aleja de él, e incluso habría que tomar en cuenta la moral aceptada por cada comunidad o etnia, siendo incluso permisible o no los actos en cuestión. Hablar de una moral universal no es fácil, teniendo en cuenta que universalmente nos encontramos con culturas que no siguen los mismos parámetros¹. La solución a este impase es que los sujetos se atengan a la moral religiosa que practican o la que es comúnmente aceptada en su comunidad o a preceptos jurídicos que la respaldan.

Hoy en día es difícil plantear dilemas con soluciones, teniéndose que acudir a principios que guíen y avalen el comportamiento humano. Por ejemplo, qué hacer si tenemos un paciente gravemente enfermo con el que todavía se puede probar un tratamiento experimental y del cual, al no haber resultados estadísticos seguros pueda acarrearle prontamente la muerte². En estos casos no queda más que el guiar humano acontezca a través de principios que alumbren la acción de quien debe tomar la decisión. Una salida al respecto es el respaldo del “principio del doble efecto”³ tantas veces cuestionado por considerársele obsoleto. Todas estas cuestiones que aparecen en la vida cotidiana y en ocasiones específicas, hacen que el individuo se pregunte sobre la bondad de su actuar. Aristóteles⁴ dice que para estos acontecimientos no hay más que obrar virtuosamente. ¿Qué entiende Aristóteles por virtud y cómo se logra? La virtud se adquiere por hábito y no es más que obrar según la recta razón del hombre prudente y juicioso. Esta prudencia o *phronesis* no es más que el justo medio de eminencia que se opone ante dos extremos, el exceso y el defecto, como lo señalamos anteriormente. Así, por ejemplo, la valentía es el justo medio entre la temeridad (exceso) y la cobardía (defecto). El filósofo de Estagira enumera una serie de virtudes

¹ Esta figura aparece cuando diferentes culturas arraigadas en la fuerza de la costumbre irrumpen con soluciones que pueden llegar hasta el hecho de hacer justicia por uno mismo o por el propio pueblo. Esto nos recuerda cuando en la localidad de llave, Puno, los lugareños mataron a su alcalde para hacer justicia propia, ya que éste estaba cometiendo irregularidades en la región.

² Esto tiene que ver con los tratamientos experimentales que se dan a los pacientes cuando no hay solución terapéutica viable. La intención no es acarrearle prontamente la muerte sino buscar alargarle la vida a través de terapias que si bien no son comercializadas aún, pueden jugar un papel importante en la evolución y detenimiento de la enfermedad.

³ Principio ético que nace con la moral católica y que se enuncia así: El mal que se tolera debe ser proporcionalmente grave al bien que se persigue. Este principio fue reemplazado posteriormente por el Principio de Totalidad, y luego, por un corolario, el Principio del mal menor. El Principio del doble efecto conserva a nuestro parecer, toda su riqueza, apareciendo con un enunciado que pone condiciones al sujeto que lo va a emplear en la solución de un caso particular. El efecto malo solo debe ser tolerado frente a una situación en la que “no hay salida”.

⁴ Aristóteles, ob.cit

a modo ejemplificador de cómo debe comportarse el individuo frente a una situación particular. Con esto no hace más que proponer principios que puedan servir de guía para el correcto actuar humano.

Sin embargo, estas proposiciones aristotélicas, así como el consenso de la moral kantiana, se convierten en morales que deben tomarse con cuidado. En primer lugar, si bien es cierto que ambas morales son hijas de su tiempo y pretenden ser universales, a simple vista no lo son. Quizá la moral kantiana, si la respaldamos en el concepto paulino de Ley Moral Natural (Rom, 2, 12-16) pueda acercarse a una concordia universal, pero para juzgar la bondad de los actos humanos tenemos que presuponer que todas las culturas aceptan los mismos principios para juzgar lo bueno de lo malo, y en la realidad pluricultural sabemos que no es así. El ser humano vive en una cultura que le es propia con sus propios criterios evaluadores.

¿Cómo hablar entonces de una moral de la vida cotidiana en un rango universal?

La tarea no es fácil, del mismo modo cuando nos referimos a los derechos humanos. El concepto de “derechos humanos” es hijo de nuestro tiempo, y para poder hablar de ellos con propiedad, hay que presuponer que siempre han existido. De lo que siempre se habló a lo largo de la historia de la filosofía es de “derecho natural” vinculado a la moral, pero los derechos humanos reclamados a partir de la Segunda Guerra Mundial son convocados, hoy por hoy.

Si aceptamos la teoría de que siempre existió el derecho natural, entonces, respaldados en esta doctrina es posible hablar de derechos humanos a lo largo de la historia, aunque estos se hayan infringido infinidad de veces. Por eso, en el ámbito de la moralidad natural se abre la puerta jurídica de las acciones para todos los tiempos. Sólo así podemos respaldarnos en una moral y un derecho universal.

La ética estricta de Kant no nos deja lugar para un justo medio de eminencia, como lo proponía Aristóteles. La inamovilidad de sus requerimientos nos dejan con un al “sí, sí y al no, no”. Hoy, con la infinidad de cuestiones morales que nos plantean la ética y la bioética, no podemos resolver dilemas morales y casos de perplejidad con la prueba del imperativo, sino, como se dijo anteriormente, tenemos que recurrir a principios que nos permitan una salida digna.

A pesar de la claridad de sus enunciados, los individuos se preguntan siempre si su actuar fue correcto, porque la situación que los envuelve los

invita a ello. En el caso citado más arriba, la solución que se plantea es proporcionar ayuda médica al paciente como último recurso de tratamiento. Pero en la vida cotidiana, y con los sentimientos muchas veces encontrados que provocan situaciones de este tipo, no siempre es fácil la respuesta adecuada. Los familiares de los pacientes- continuando con esta casuística- se ven obligados a recurrir a comités médicos (si es que la institución hospitalaria los tiene) buscando una salida. Otros recurrirán a la interioridad de su conciencia para resolver el dilema.

Doble efecto, mal menor o derecho prevalente⁵, son los principios que van a establecer un puente y una salida a la rígida moral kantiana.

En la vida cotidiana no es tan fácil resolver situaciones complejas, por eso, los individuos se ven obligados a actuar según su conciencia. El mensaje paulino “No hagas nada contra tu conciencia” (1 Timoteo, 1,5) respalda las decisiones que se han de tomar para cada caso. Pero, ¿qué sucede cuando se delibera según una conciencia invenciblemente errónea? La conciencia invenciblemente errónea es la incapacidad para conocer los propios deberes. Esta capacidad se ve mermada principalmente por la educación y la fuerza de la costumbre. En esos casos tenemos conflictos no tan fáciles de dar solución por el sentido común y tenemos que enfrentarnos a otras formas de pensar que parten de lógicas diferentes. La conciencia venciblemente errónea tiene un cariz distinto. Como lo dice el enunciado, “venciblemente errónea” es la irresponsabilidad de conocer los propios deberes. La responsabilidad en estos casos se imputa por negligencia o descuido. El profesional que debe actuar de una manera y no lo hace simplemente por descuido de sus verdaderos deberes para cada caso que se le presenta, es un ejemplo típico de conciencia “venciblemente errónea”. El abogado que debe consultar el código deontológico para resolver un conflicto y no procede de esta manera, está incurriendo en un caso de negligencia.

De esta manera, observamos cómo en el día a día tenemos que habérnosla con la moral de conciencia y con la ética disciplinaria. Esta última es la base del *ius naturalismo*, es decir, el derecho natural reclama el respaldo de la moral como consecuencia antropológica. Si aceptamos la concepción aristotélica del fin del hombre como *eudemonia* (felicidad en la búsqueda del bien común), este camino a la felicidad y a la construcción del bien común

⁵ El Principio del derecho prevalente se enuncia así: Cuando el ejercicio de un derecho proporcionado excluye el cumplimiento de un deber, este deber cesa en favor del derecho”. Principio también procedente de la moral católica para la resolución de casos de perplejidad. El derecho antecede al deber cuando hay proporción en el derecho que se defiende. Por ejemplo, el derecho de un niño a ser comprendido y recibir educación, frente al “deber” de su maestro de proporcionarle un castigo por inconductas del menor. Cfr. Con respecto a la posibilidad del reconocimiento de los Derechos Humanos como un principio que existió siempre o es simplemente un hijo de nuestro tiempo, véase Williams Bernard (2008) *En el principio era la acción*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 94.

deben proporcionarnos ideas del fin humano para poder acceder a él. No podemos concebir el fin de la naturaleza humana a ciegas, sin una teleología de base o finalidad que lo sustente.

Nuestra sociedad actual presa de una amoralidad subyacente en todos los campos de la vida, hace que la pregunta por la moralidad se torne aún más urgente. Entendemos por moralidad la sujeción de la sociedad a la ley moral, por inmoralidad, la infracción a la ley moral y la amoralidad, simplemente, la ausencia de moral, es decir, la ausencia de reglas sociales e individuales por las cuales regir la conducta⁶.

Los conceptos antes mencionados explican por sí mismos el porqué de la importancia de la pregunta moral en la cotidianeidad. Aunque no encontremos una respuesta definitiva frente a la cantidad de dilemas morales y casos de perplejidad que se presentan en la vida diaria, sin duda, toda reflexión sobre los mismos se convierte en un desafío para la reflexión sobre la ética en los tiempos que corren.

REFERENCIAS

Aristóteles (2002). *Ética a Nicómaco*. México: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

Kant, Imanuel (1981). *Crítica de la razón práctica*, México: Ed. Porrúa.

Mac Intyre, Alasdair (1987). *Tras la virtud*, Madrid: Cátedra.

Williams, Bernard (2008). *En el principio era la acción*, México: Fondo de Cultura Económica.

Fecha de recepción : 28 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 26 de octubre 2018

⁶ Este concepto no es tan sencillo como pareciera. El individuo humano siempre tiene una moral interna por la cual rige su comportamiento y evalúa sus juicios y toma de decisiones, aunque estando errado. Más arriba lo denominamos conciencia "invenciblemente errónea".

¿VULNERACIÓN DE “DERECHOS FUNDAMENTALES FAMILIARES”? BREVES APUNTES A PROPÓSITO DEL CASO COMUNIDAD CAMPESINA SANTA BÁRBARA VS. PERÚ.

VIOLATION OF “FUNDAMENTAL FAMILY RIGHTS”: BRIEF NOTES ON THE SANTA BÁRBARA PEASANT COMMUNITY V. PERU CASE.

Bruno Novoa Campos¹

Resumen

El autor propone, a propósito de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en referencia al caso comunidad campesina Santa Bárbara vs. Perú, la posibilidad de vulnerar derechos fundamentales familiares; así como, un método de estudio pertinente para abordarlos.

Palabras Clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, derechos fundamentales familiares.

Abstract

In connection with the decision handed down by the Inter-American Court of Human Rights in Santa Bárbara peasant community v. Peru, the author suggests that fundamental family rights may well be violated and proposes a relevant method of study to address them.

Keywords: *Inter-American Court of Human Rights, Constitutional Court of Peru, fundamental family rights.*

¹ Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
Correo electrónico: brunonovocampos@gmail.com

CONTENIDO

I. Caso comunidad campesina de Santa Bárbara vs Perú; II. ¿Cómo aborda actualmente el Tribunal Constitucional peruano los derechos fundamentales?; III. ¿Cómo aborda actualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos los derechos fundamentales?; IV. ¿Existe la posibilidad de vulnerar derechos fundamentales familiares?; V. Apuntes finales.

I. CASO COMUNIDAD CAMPESINA DE SANTA BÁRBARA VS PERÚ

El 2 de julio de 1991, en ejecución del “Plan Operativo Apolonia”, operativo militar diseñado como parte de la política estatal de combatir la subversión en la Provincia y Departamento de Huancavelica, salieron de Bases Militares la patrulla “Escorpio” y la patrulla “Ángel” con el fin específico de incursionar en la localidad de Rodeopampa, comunidad de Santa Bárbara y “capturar y/o destruir” elementos terroristas que operaban en dicha zona. El 4 de julio de 1991 la patrulla del Ejército “Escorpio”, acompañada de algunos elementos civiles, llegó al caserío de Rodeopampa en la comunidad campesina de Santa Bárbara, en donde los efectivos militares ingresaron a las viviendas de las presuntas víctimas, sacaron a quienes estaban allí y prendieron fuego a dichas viviendas para horas más tarde apoderarse de una gran cantidad de ganado, animales menores y pertenencias de los detenidos. Los efectivos militares detuvieron a 14 pobladores, entre los que se encontraban tres niñas y cuatro niños entre las edades de 8 meses y 6 años de edad, un hombre adulto mayor, cinco mujeres adultas, una de ellas en el sexto mes de embarazo y un hombre adulto. A dichos pobladores se les infligieron diversos maltratos, conduciéndolos hacia una mina abandonada llamada “Misteriosa” o “Vallarón”. Ese mismo día Elihoref Huamaní Vergara fue interceptado por efectivos militares en el camino hacia Rodeopampa, quienes lo sumaron al grupo de los 14 pobladores que trasladaban. Durante el trayecto, los detenidos fueron golpeados y obligados a caminar varias horas amarrados y sin alimentos ni agua. Cuando llegaron a la mina abandonada llamada “Misteriosa” o “Vallarón”, los efectivos militares introdujeron a los 15 detenidos al interior del socavón, acribillándolos con Fusiles Ametralladoras Ligeras (FAL). Posteriormente, se hizo detonar en la mina cargas de dinamita, provocando el fraccionamiento de los cuerpos².

² Tomado del resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en referencia al caso denominado: “caso comunidad campesina de Santa Bárbara vs Perú”.

El extracto que acaba de leer se refiere al caso denominado: “comunidad campesina de Santa Bárbara vs Perú” que tuvo que esperar 24 años para llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por presión internacional, 26 años para que el Estado peruano culmine las investigaciones necesarias y entregue los restos a sus familiares.

II. ¿CÓMO ABORDA ACTUALMENTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El Tribunal Constitucional, recurriendo a la doctrina, considera que el concepto de los derechos fundamentales comprende lo siguiente:

(...) tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, *y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.*[Cursivas añadidas]. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37)³

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional recuerda que “(...) los derechos fundamentales constituyen conquistas del individuo frente al Estado (...)”⁴

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido, por ejemplo, “(...) que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales *directamente relacionados a la persona humana* [Cursivas añadidas] (...)”⁵

Como se puede apreciar de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, el “individuo” constituye eje central de los derechos fundamentales. Y en efecto, el Tribunal Constitucional ha sido consecuente en su desarrollo jurisprudencial en mérito a lo señalado en el artículo 1° de la Constitución que establece que “*la defensa de la persona humana* [Cursivas añadidas] y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

³ Exp. N°1417-2005-AA/TC.

⁴ Exp. 00898-2008-PA/TC.

⁵ Exp. N° 00065-2008-PA/TC.

III. ¿CÓMO ABORDA ACTUALMENTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

La Corte, en referencia al debido proceso, ha establecido que “(...) el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, *que amparen a todas las personas* [Cursivas añadidas] bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas (...)”⁶

En esa misma línea, en referencia al derecho a la defensa, la Corte ha establecido que “[i]mpedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado *en desmedro de derechos fundamentales de la persona*”.⁷ [Cursivas añadidas]

En el ámbito de derecho público, la Corte ha señalado que los “(...) *funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas* [Cursivas añadidas] y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento (...)”⁸

En el ámbito penal, la Corte ha considerado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.⁹

Como se puede apreciar de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el “individuo” o la “persona” constituye, al unísono que lo señalado por el Tribunal Constitucional, eje central de los derechos fundamentales. Y en efecto, la Corte ha sido consecuente en su desarrollo jurisprudencial en mérito a lo señalado en el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos que

⁶ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79, y Caso Mohamed vs. Argentina. op. cit., párr. 83

⁷ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit., párr. 29, y Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit., párr. 117 <https://www.nytimes.com/es/tag/indice-global-de-esclavitud/?mcubz=1>. Página visita el 28 de agosto de 2017.

⁸ Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47 y Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, supra nota 17, párrs. 77 y 78.

establece que “los Estados Partes (...) se comprometen a (...) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [Cursivas añadidas] (...)”.

En tal contexto, actualmente la protección de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional y en la Corte Interamericana se centran en la defensa de la persona humana, tal como se aprecia a continuación:

(...) La legitimidad del Estado democrático y constitucional en América Latina no radica sólo en el origen de unas elecciones limpias y transparentes que sienten las bases de un Estado de Derecho, sino también en la radical protección y el mayor fomento de los derechos fundamentales, *en tanto la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad* [Cursivas añadidas], deben ser los fundamentos del orden social y jurídico de los estados con democracias débiles, en tanto aseguran la paz y garantizan el desarrollo (...) (Landa, 1998 p. 96, 97)

IV. ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES FAMILIARES?

Ahora bien, el caso Santa Bárbara vs Perú resalta la abusiva detención, entre otros, de tres niñas y cuatro niños, entre los 8 meses y 6 años de edad, y el de una mujer adulta en el sexto mes de embarazo.

En tal escenario, la preocupación que se busca abordar, al menos inicialmente, se centra en presentar ante la *academia*, la posibilidad de determinar un nuevo enfoque, análisis, estudio, defensa u otro, que sirva de guía de los juristas, abogados y defensores de derechos humanos, ante casos similares al de Santa Bárbara.

Es decir, si bien el TC y la Corte Interamericana consideran a la persona o individuo como el eje central de su jurisprudencia, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución y la Convención respectivamente¹⁰, preocupa que ante casos similares al de Santa Bárbara tan solo se realice un enfoque de los derechos fundamentales desde la persona y no desde la familia.

Expliquémonos, es claro que los derechos fundamentales tienen su origen y fin en la persona humana y sus derechos consagrados, a nivel constitucional y convencional, así como, la jurisprudencia emitida por el TC y la Corte Interamericana, se desarrollan considerando al hombre como eje;

¹⁰ Cabe precisar, que el TC ha considerado, asimismo, que las personas jurídicas también son titulares de derechos fundamentales (STC Exp. N° 00605-2008-PA/TC).

sin embargo, buscamos expandir su alcance para casos donde se vulneren derechos fundamentales familiares.

En efecto, lo que deseamos determinar no es un “derecho fundamental a la familia”, que en todo caso se encuentra conformado por diferentes derechos fundamentales de los integrantes de la familia o por el derecho fundamental de alguno de sus miembros para conformar o establecer una familia; sino, “derechos fundamentales familiares”.

Los derechos fundamentales familiares no buscan sumar derechos fundamentales particulares, que por cierto son muy importantes, sino que, sobre todo -y en forma adicional a los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros- busca que se establezca un “enfoque y/o parámetro de estudio y/o defensa de *mayor valor* cuando se han vulnerado derechos fundamentales de integrantes de una misma familia”.

En este punto, y ante los rápidos cuestionamientos que se puedan plantear al leer el párrafo anterior, cabe señalar que el referido enfoque y/o parámetro de estudio tendría que “considerar una *consecuencia diferente y más amplia* que los derechos fundamentales personalísimos”.

En otras palabras, ante casos similares como el de Santa Bárbara, las sentencias que se emitan deberán tener una “sanción mayor” al tratarse de una vulneración de derechos fundamentales familiares, que superen la vulneración de un derecho fundamental individual.

En efecto, el panorama humano debiera complicarse si sumamos el hecho que se están vulnerando derechos fundamentales familiares, como el caso de Zenón Osnayo Tunque que, en Santa Bárbara, asesinaron a su esposa y sus tres hijas menores; sin duda, los derechos fundamentales del señor Osnayo vulnerados superan los derechos fundamentales vulnerados de su señora e hijos, ya que se ha quedado sin su “familia” y “sin un proyecto de vida familiar”.

Para reforzar la idea anterior, partamos de la naturaleza y de la dignidad humana que se manifiestan en la persona como bienes humanos, tal como se puede apreciar de la cita siguiente:

(...) La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma y nunca puede ser considerada ni tratada como un medio. En esto consiste su valor o dignidad. Por ser fin y no medio, está llamada a conseguir su plena realización como persona: a todas las personas por ser tales nos corresponde lograr la máxima realización posible.

Tendemos a ello porque somos realidades esencialmente imperfectas e inacabadas, que adquirimos grados de perfeccionamiento y consecuente realización en tanto satisfacemos nuestras necesidades y exigencias propiamente humanas. En la medida que la satisfacción de estas necesidades perfecciona al ser humano, y que bien es aquello que perfecciona al ser, la consecución de bienes humanos permite la satisfacción de necesidades humanas y la consecución de grados de perfeccionamiento y realización humanas. Los bienes humanos es lo debido a la persona humana por ser tal, y es lo debido porque es lo que le corresponde por tener la naturaleza y dignidad humanas, por eso se formulan como bienes jurídicos vinculantes. *Y es que en la medida que se habla de título y deuda, se habla de derecho: estos bienes humanos que corresponden a la persona humana (deuda) por tener naturaleza y dignidad humana (título) son derechos humanos* [Cursivas añadidas]. Estos bienes humanos es lo justo con la persona humana y, por esta razón, vinculan (...) (Castillo, 2010, p.93 y 94)

De este modo:

“(...) si, por ejemplo, hay la necesidad humana de tener un espacio propio donde desplegar nuestra propia individualidad, la intimidad se convierte en un bien humano, no sólo porque satisface esa necesidad humana sino porque al satisfacerla permite lograr una mayor y más plena realización humana. Así, el bien humano intimidad se convierte en lo debido a la persona humana y, por ello, en el derecho humano a la intimidad. El contenido de este derecho humano será aquello que hace que el derecho a la intimidad sea derecho a la intimidad y no otro derecho diferente (...)” (Castillo, 2010, p. 94-95)

En tal sentido, si tenemos en consideración que existen diferentes bienes humanos que se convierten en lo debido de la persona humana y con ello, se convierten en derechos fundamentales; entonces, bien podríamos manifestar que es posible sustentar un bien humano denominado “familia” que se convierta en lo debido para la persona humana y, por lo tanto, se convierta en un derecho fundamental más.

Al respecto, *The New York Times* publicó, el 23 de marzo de 2016, un estudio de la Universidad de Harvard sobre los secretos para una vida feliz. De acuerdo con Robert Waldinger, profesor de psiquiatría clínica en la escuela de medicina de Harvard y director del estudio, el proyecto de investigación data desde 1938 y “una y otra vez en estos 75 años”, sostuvo el Dr. Waldinger,

“nuestro estudio ha demostrado que la gente a la que le va mejor es aquella que se apoya en las relaciones con su familia, amigos y con la comunidad”¹¹.

Lo antes señalado, se expresa asimismo en un espacio multicultural. En efecto, “(...) ambas comunidades, Andinas y Amazónicas, tienen una organización social y política basada en la familia y el parentesco, y en la asamblea comunal (...)”. (Peña, p. 198)

Como se puede apreciar, los derechos fundamentales, si bien han sido desarrollados a partir de bienes humanos necesarios para la persona, pueden expandirse a un bien humano mayor que a su vez sea un bien humano de la propia persona; como, por ejemplo, “la familia”.

V. APUNTES FINALES.

Quizás algunos pueden plantear que los “derechos fundamentales familiares” no son necesarios ya que se pueden derivar de una interpretación extensiva del caso concreto que se presente o, de la aplicación del “test de proporcionalidad” u otro similar.

Sin embargo, no podemos negar el hecho que es posible establecer el concepto de un “bien humano familia” que pueda servir como “enfoque y/o parámetro de estudio y/o defensa de *mayor valor* cuando se han vulnerado derechos fundamentales de integrantes de una misma familia” y no depender de interpretaciones que muchas veces no se dan en primera instancia y se tienen que esperar más de 26 años, como el caso Santa Bárbara, para que se haga justicia.

Por lo que queda claro que debemos dar un paso inicial para consagrar un derecho fundamental expandido denominado “derechos fundamentales familiares” que busquen tener “sanciones mayores” al momento de sentenciar casos similares como el de Santa Bárbara.

REFERENCIAS

Landa, Cesar (1998). Protección de los Derechos Fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la corte Interamericana. *Pensamiento Constitucional*. Año V N° 5.

¹¹ Recuperado de:
<https://well.blogs.nytimes.com/2016/03/23/the-secrets-to-a-happy-life-from-a-harvard-study/?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>

Castillo Córdova, Luis (2010). El contenido Constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del Amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 14. Madrid.

Peña Jumpa, Antonio (1993). Las Comunidades campesinas y nativas en la constitución Política del Perú: Un análisis exegético del artículo 89° de la constitución. *Derecho a la Sociedad Asociación Civil*, N° 40. Lima.

Fecha de recepción : 27 de agosto de 2018
Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

PARENTESCO POR AFINIDAD EN LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS

KINSHIP AFFINITY IN THE DOMESTIC PARTNERSHIP

Rose Mary Posadas Gutiérrez¹

Resumen:

De acuerdo al artículo 237° del Código Civil, el matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; hallándose en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro cónyuge por consanguinidad; pero ¿qué sucede en las uniones de hecho propias reguladas y protegidas también por la Constitución Política y el mismo Código Civil?, ¿se genera o se debe generar allí también parentesco por afinidad?

A través del presente artículo, analizaremos la institución del parentesco, específicamente del parentesco por afinidad, su finalidad y su relación con el concepto de familia desde el marco constitucional, para determinar su alcance a las uniones de hecho. En ese sentido, se analiza la afinidad como causal de parentesco, la convivencia y su relación con la Teoría de los Impedimentos, la protección a las uniones de hecho como fuentes generadoras de familia; para finalmente evaluar la extensión de la afinidad a estas uniones.

Palabras clave: parentesco, afinidad, unión de hecho.

Abstract:

According to article 237° of the Civil Code, marriage produces kinship by affinity between each of the spouses with the blood relatives of the other; being in the same line and degree of kinship by affinity that the other spouse by consanguinity; but what happens in the domestic partnership regulated and protected also by the Political Constitution and the Civil Code itself? Is there also generated or should there be kinship by affinity?

¹ Maestra en Derecho Civil con mención de Derecho de Familia de la Universidad Femenina. Facilitadora de la Escuela Registral del RENIEC y Docente de la Universidad Tecnológica del Perú. Especialista Legal en Derecho Civil de la Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social del RENIEC.
Correo electrónico: romypg32@hotmail.com.

Through this article, we will analyze the institution of kinship, specifically kinship by affinity, its purpose and its relation to the concept of family from the constitutional framework, to determine its scope to the domestic partnership. In this sense, affinity is analyzed as a cause of kinship, coexistence and its relationship with the Theory of Impediments, the protection the domestic partnership as sources of family generation; to finally evaluate the extent of affinity to these unions.

Keywords: kinship, affinity, domestic partnership, unión de hecho.

INTRODUCCIÓN

Según los resultados del Censo 2017, el número de convivientes se ha incrementado progresivamente al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12,0%) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3%), en 1993 a 5 millones 124 mil 925 (24,6%) en el 2007 y 6 millones 195 mil 815 (26,7%) en el 2017; mientras que, el porcentaje de casados/as ha disminuido en forma acentuada, al pasar de 38,4% en el año 1981 a 25,7% en el 2017²

De enero a agosto del año 2018, un total de 2,712 parejas de convivientes inscribieron su unión de hecho ante el Registro de Personas Naturales de la SUNARP en todo el país en lo que va del año³; es decir, de manera libre y voluntaria, reconocieron formalmente su estado de convivencia al amparo de la Ley N° 29560⁴, vigente desde el 16 de julio de 2010. Aunado a ello, tenemos los registros de reconocimiento de unión de hecho en vía judicial realizados en mérito a mandatos judiciales remitidos también al Registro de Personas Naturales por el Poder Judicial; así como el registro del cese de dichas uniones de hecho, sea que fuere efectuado en vía notarial o judicial.

De esta manera, actualmente se aprecia no sólo el incremento de personas que optan por la convivencia; sino que además, muchas de ellas la registran voluntariamente en el Registro de Personas Naturales; lo que permite afirmar que se cuenta con medios probatorios que permiten reclamar los efectos civiles de las uniones de hecho que cumplen los requisitos señalados en el artículo 326 del Código Civil; como sucede en el matrimonio.

² <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/inei-difunde-base-de-datos-de-los-censos-nacionales-2017-y-el-perfil-sociodemografico-del-peru-10935/>. Extraído el 10/10/2018.

³ <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/09/04/convives-asi-puedes-inscribir-tu-union-de-hecho-y-garantizar-tus-derechos-como-conviviente>. Extraído el 06/09/2018.

⁴ [Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos; e incorpora entre otros, el Título VIII sobre Declaración de Unión de Hecho, que permite la inscripción de la declaración de unión de hecho en el Registro Personal de la SUNARP.](#)

Adicionalmente, a través de la Ley N° 30007 publicada el 17 de abril del 2013, se han reconocido mayores derechos a las uniones de hecho como los derechos sucesorios entre sus miembros, produciéndose respecto de ellos derechos y deberes similares a los del matrimonio, aplicándose íntegramente al sobreviviente de la unión de hecho las disposiciones de la legítima, derecho de habitación vitalicia, derecho de usufructo y las correspondientes a la sucesión del cónyuge; lo que nos lleva a evaluar si estas uniones sólo deben ser vistas desde el ámbito patrimonial o también desde una mirada extrapatrimonial, como fuente generadora de parentesco civil.

1. LA AFINIDAD COMO CAUSA DEL PARENTESCO

Para Couture (1991) la palabra parentesco proviene del provenzal *parentes*, originalmente entendida como “parentela, conjunto de los parientes”, procedentes de *parentes*, de igual significado, y del latín *parentes* (plural de *parens-tis*) “el padre y la madre”, en el lenguaje familiar “personas de la misma familia”.(p. 442,443)

Según Baqueiro y Buenrostro (2009), el parentesco es una relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio, del concubinato y de la filiación, así como de la adopción. (p.21)

Como sabemos, de acuerdo a nuestra legislación, se reconoce el valor legal del vínculo de parentesco existente entre familiares en razón de la sangre (consanguíneo o de linaje como lo llamaba el Derecho Alfonsino) o la adopción (civil) y el vínculo uxorio, que se da entre los cónyuges. (Ferrero Augusto, 2002, p. 613-614)

En el caso específico de los cónyuges, el artículo 237° del Código Civil establece:

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

En mérito a la norma antes descrita, el parentesco por afinidad no se genera entre los cónyuges en sí, quienes no tienen la condición de parientes,

sino entre ellos con los parientes del otro cónyuge; y en la misma línea y grado de parentesco por consanguinidad. Ello quiere decir, por ejemplo, que por la afinidad, el padre de mi esposo vendría a ser como si fuera mi padre (línea recta de primer grado); y su hermano (a), como si fuera mi hermano (a) (pariente colateral del segundo grado); de forma tal que por el matrimonio su familia pasa a ser mi familia y viceversa.

2. EL PARENTESCO POR AFINIDAD Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DE LOS IMPEDIMENTOS

Los impedimentos matrimoniales son hechos, situaciones o circunstancias jurídicas preexistentes que afectan a uno o ambos contrayentes y, en consideración a estos, la ley formula prohibición. Representan hechos que obstaculizan la celebración del matrimonio. (Varsi, E. 2014, p.184) De esta manera, los impedimentos se constituyen en restricciones que impone la ley para que no se celebre un matrimonio

En el caso específico del parentesco por afinidad, se produce impedimento matrimonial entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Así lo establece el artículo 242 del Código Civil que señala:

No pueden contraer matrimonio entre sí:

(...)

3.- Los afines en línea recta

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

Su fundamento de orden moral y social, reposa en el status de familia que se genera entre los miembros de ambas familias, siendo que en el caso de los suegros y yernos o nueras por ser en línea recta es perpetuo, permanente y no acaba ni siquiera con la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges; en tanto que en el caso del parentesco por afinidad en línea colateral, sólo alcanza al segundo grado (cuñados o cuñadas) incluso en caso de divorcio, pero sólo mientras viva el cónyuge.

Ello es así, debido a que la ley no puede permitir, justificar o promover una relación infiel entre la esposa y su suegro; o entre el cónyuge y su cuñada, por el quiebre familiar que ellos supondría en ambas familias; resquebrajándose la unión familiar que el Estado está obligado a proteger.

3. LA PROTECCIÓN A LAS UNIONES DE HECHO COMO FUENTE GENERADORA DE FAMILIA

Como es bien sabido, la convivencia fue anterior al matrimonio; sin embargo, como lo señala Oliveira (2008), a pesar que la convivencia está presente en toda la historia de la humanidad, con el cambio de las costumbres y la mayor complejidad de las relaciones sociales, ocurrió la regulación, por el Estado, de las relaciones humanas (p.150-170), que se materializó a través del matrimonio religioso, seguido en nuestro país del matrimonio civil y posteriormente de las uniones de hecho, recién reconocidas con la Constitución Política de 1979 e incorporadas posteriormente al Código Civil vigente.

Al respecto cabe precisar, que las uniones de hecho reconocidas por nuestra normativa, son las uniones de hecho propias y no las impropias, por adolecer estas últimas de impedimento matrimonial al mantener uno o ambos convivientes vínculo matrimonial vigente.

Coincidimos entonces con lo afirmado por Varsi (2012), que es criterio unánime en la Doctrina que las uniones de hecho estables se constituyen con el objetivo de cumplir derechos, facultades, deberes, obligaciones y finalidades semejantes, análogas al matrimonio, pero sin cumplir con las formalidades que el acto matrimonial conlleva. (p. 413)

Así, tenemos entonces que en el Derecho Peruano, tanto el matrimonio como la unión de hecho son fuente generadora de familia y por tanto, ambas merecen protección constitucional; como así lo consagra el artículo 4° de nuestra Constitución Política que señala:

La comunidad y el Estado (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En lo que respecta a la unión de hecho agrega:

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Esta protección queda evidenciada en la reciente modificación normativa efectuada y plasmada en la Ley N° 30007 que incorpora una serie de modificaciones al Código Civil en beneficio de las uniones de hecho.

En mérito a esta norma, se reconocen derechos sucesorios a los integrantes de las uniones de hecho; así como también el derecho de habitación vitalicia, derecho de usufructo, entre otros a favor del conviviente supérstite. Y decimos “reconocen”, porque lo que hace el legislador, es declarar derechos que los convivientes ya gozan desde el momento mismo en que esta unión cumple con los requisitos establecidos en el artículo 326° del Código Civil; es decir, realizan una comunidad de vida estable, duradera, consensual, voluntaria notoria y pública por más de dos años; tan igual como lo hacen los casados.

Pero este reconocimiento de derechos, viene precedida de diversos fallos judiciales de amparo constitucional, como el emitido por el propio Tribunal Constitucional en el expediente N° 06572-2006-PA/TC⁵ en el cual resolvió un petitorio de otorgamiento de una pensión de viudez en favor de una conviviente. Lo destacable de esta sentencia es el análisis que se realiza respecto a la tutela de familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y pluralidad de estructuras familiares. Allí, en su numeral 11, el Tribunal señala:

De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y en la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06572-2006-PA/TC, numeral 11)

En lo que respecta a la relación “extrapatrimonial” entre convivientes, agrega en el numeral 17:

(...) el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes esté casado o tenga otra unión de hecho. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06572-2006-PA/TC, numeral 11)

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de noviembre de 2007, en mérito al Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Janet Rosas Domínguez.

Lo señalado precedentemente, nos permite afirmar que las uniones de hecho no sólo generan efectos patrimoniales sino también efectos extrapatrimoniales tales como la cohabitación, comunidad de lecho y comunidad de vida, asumiendo ambos roles como marido y mujer, con finalidades semejantes a un matrimonio y compartiendo un proyecto de vida en común que se hace extensivo a la familia de cada una de sus miembros; quienes, al igual que sucede con las familias matrimoniales, se constituyen en un soporte fundamental en la vida de estas parejas.

4. LA EXTENSIÓN DE LA AFINIDAD EN LAS UNIONES DE HECHO

Reconociendo que las uniones de hecho generan también una relación extrapatrimonial, corresponde analizar si esta se traduce en la extensión del parentesco por afinidad en estas uniones.

En la Legislación Comparada encontramos que, por ejemplo el Código Civil Brasileño, reconoce la afinidad a los cónyuges como a los convivientes al señalar en su artículo 1595 lo siguiente:

Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. (Código Civil Brasileño, art 1595)

Por su parte, el Código de Familia de Bolivia, señala en su inciso c) del artículo 8 sobre el parentesco:

Por afinidad, es la relación que existe entre uno de los cónyuges, uniones libres u otras formas con los parientes de la o del otro. En la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo o de adopción de uno de los cónyuges, es familiar afín de la o del otro cónyuge. La afinidad cesa por la desvinculación conyugal o invalidez del matrimonio o desvinculación de la unión libre. (Código de Familia de Bolivia, artículo 8 literal c)

Tal como se puede apreciar, ambos códigos consideran que tanto el matrimonio como las uniones de hecho generan parentesco por afinidad.

En el caso de nuestro país, tenemos que si bien en la actualidad el Código Civil vigente sólo regula el parentesco por afinidad en el matrimonio; sin embargo, se han ido emitiendo normas que en nuestra opinión lo amplían también a las uniones de hecho.

Una de ellas por ejemplo es el Decreto Legislativo N° 1279, que establece el deber de registrar los vínculos de parentesco y otras vinculaciones derivadas

de las inscripciones que lleva a cabo el RENIEC orientado a contribuir a la efectividad de la lucha contra la corrupción. El artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2017-JUS, Reglamento del referido Decreto Legislativo, señala como otras vinculaciones, aquellas que se generan como consecuencia de la unión de personas naturales, reguladas por norma expresa o determinadas por sentencia judicial firme o reconocimiento de sentencia extranjera reconocida por un juez nacional; entendiéndose que la primera se refiere a las uniones de hecho.

Otros casos los encontramos, por ejemplo, en las recientes modificaciones en materia penal como es el caso de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que en su inciso b) del artículo 7° comprende como sujetos de protección de la Ley a los miembros del grupo familiar; considerando como tales no sólo a los cónyuges sino también a los convivientes, exconvivientes; así como a sus parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Igual situación se presenta en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que, en la reciente modificación al Código Penal efectuado en mérito a la Ley N° 30838 considera como agravante, que el agente aproveche su calidad de conviviente o exconviviente, entre otros.

Lo señalado anteriormente refuerza la necesidad de considerar el parentesco por afinidad en las uniones de hecho; pues desde el punto de vista moral y ético tan aborrecible es que el suegro se case con la nuera de su hijo, como que el conviviente conviva o se case con la madre de su conviviente; con quien ha mantenido lazos familiares durante el tiempo en que existió dicha unión; y con la que los mantendrá inclusive luego que dicha unión sea disuelta, como sucede en el matrimonio, fundamentalmente por la relación con los hijos habidos dentro de dicha unión.

Por ello, compartimos lo señalado por Olavarría (2017) que en este caso resulta aplicable la analogía jurídica que tiene como base el axioma *latino ubi idem ratio ibi idem ius*; es decir, donde impera una misma razón impera un mismo Derecho, porque no podemos dejar de reconocer y aceptar como ya lo hemos dicho líneas atrás que en la mayoría de los casos por no decir en todos, el origen, causa o trasfondo de la convivencia es semejante al del matrimonio, a saber: el amor o afecto que se tiene la pareja y el deseo de vivir juntos y conformar un hogar y eventualmente una familia. (p. 37-38)

Como bien lo señala Plácido (1994), no se trata de amparar directamente la unión de hecho, sino de elevarlo a la categoría matrimonial cuando asume

similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello no se aprueba ni fomenta la unión de hecho, pero tampoco se cierran los ojos ante hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles. (p. 337)

Sin embargo para que dicho parentesco por afinidad pueda materializarse, se hace necesario un medio de prueba que permita acreditar la existencia de tal unión de hecho. Tal como señala Aguilar (2015), la mayor dificultad para reclamar derechos derivados de la unión de hecho era la declaración judicial del reconocimiento de la unión de hecho, esto es, la declaración de concubinato, lo que implicaba un proceso judicial. (p.21)

No obstante ahora la situación ha cambiado sustantivamente al permitirse el reconocimiento voluntario de la unión de hecho y su inscripción en los Registros Públicos garantizando con ello una mayor publicidad sobre la vigencia de la misma.

En esta medida, en aras de proteger a la familia obedeciendo un mandato constitucional, se debe modificar el Código Civil para extender el parentesco por afinidad también a las uniones de hecho registradas en la SUNARP.

CONCLUSIONES

En el Derecho Peruano, tanto el matrimonio como la unión de hecho son fuente generadora de familia y por tanto, ambas merecen protección constitucional. Esta protección queda evidenciada en la reciente modificación normativa efectuada y plasmada en la Ley N° 30007 que incorpora una serie de modificaciones al Código Civil en beneficio de las uniones de hecho.

Las uniones de hecho no sólo generan efectos patrimoniales sino también efectos extrapatrimoniales tales como la cohabitación, comunidad de lecho y comunidad de vida, asumiendo los convivientes roles como marido y mujer, con finalidades semejantes a un matrimonio y compartiendo un proyecto de vida en común que se hace extensivo a la familia de cada uno de sus miembros; quienes, al igual que sucede con las familias matrimoniales, se constituyen en un soporte fundamental en la vida de estas parejas.

Actualmente, se aprecia no sólo el incremento de personas que optan por la convivencia; sino que además, muchas de ellas la registran voluntariamente en el Registro de Personas Naturales de la SUNARP, que sumado a las registradas por mandato judicial nos permite afirmar que se cuenta con medios

probatorios para reclamar los efectos civiles de las uniones de hecho propias que cumplen los requisitos señalados en el artículo 326 del Código Civil.

Algunas legislaciones extranjeras como las de Brasil y Bolivia, extienden el parentesco por afinidad a las uniones de hecho.

En el Perú, si bien en la actualidad el Código Civil vigente sólo regula el parentesco por afinidad en el matrimonio; sin embargo, se han ido emitiendo normas que en nuestra opinión lo amplían también a las uniones de hecho. Tal es el caso por ejemplo del Decreto Legislativo N° 1279 y su Reglamento, que establece el deber de registrar los vínculos de parentesco y otras vinculaciones derivadas de las inscripciones que lleva a cabo el RENIEC que se generan como consecuencia de la unión de personas naturales, reguladas por norma expresa o determinadas por sentencia judicial firme; así como la Ley N° 30364, que comprende como sujetos de protección de la Ley a los miembros del grupo familiar; considerando como tales no sólo a los cónyuges sino también a los convivientes, exconvivientes; así como a sus parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En aras de proteger a la familia obedeciendo un mandato constitucional, se debe modificar el Código Civil para extender el parentesco por afinidad también a las uniones de hecho registradas en la SUNARP.

REFERENCIAS

Aguilar Llanos, Benjamín (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional". *Revista Persona y Familia* N° 04(1) 2015.

Baqueiro Rojas, Edgard & Buenrostro Baez, Rosalía (2009). *Derecho de Familia*, 2°ed., Oxford University Press.

Couture, J. Eduardo (1991). *Vocabulario Jurídico*, 4° reimp. Ediciones de Palma.

Ferrero Costa, Augusto (2002). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 6ta. Edición, Lima: Editorial Grijley.

INEI (2018). Nota de Prensa. Recuperado de <https://www.inei.gov.pe/prensa/noticias/inei-difunde-base-de-datos-de-los-censos-nacionales-2017-y-el-perfil-sociodemografico-del-peru-10935/>.

Olavarría Vivian, Juan Alejandro (2017). *La herencia forzosa entre los convivientes: afectación al principio de igualdad y necesidad de notificación a propósito de la vigencia de la Ley N° 30007*. Tesis para optar el grado académico de Maestro. Lima.

Oliveira, Euclides de (2008). “União estável: conceituacão e efeitos jurídicos”. En *Direito de Família*. Barbosa, Aguida Arruda y Vieira. Cláudia Stein (coords); Novaes Hironaka, Giselda M.F. (orient.), Editora *Revista dos Tribunais*.

Plácido Vilcachagua, Alex (1994). *La Reforma del Derecho de Familia: Enmiendas al Libro III del Código Civil*, Congreso Internacional Código Civil Peruano, Balance y Perspectivas. Septiembre . Lima.

Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 06572-2006-PA/TC

SUNARP (2018). Nota de Prensa. Recuperado de <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/09/04/convives-asi-puedes-inscribir-tu-union-de-hecho-y-garantizar-tus-derechos-como-conviviente>.

Varsi Rospibiosi, Enrique (2014). *Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables*, T.II. Lima: Gaceta Jurídica.

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018
Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

“¿YO SOY TU PADRE?”: REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

AM I YOUR FATHER? REFLECTIONS ABOUT EXTRAMARITAL PATERNITY REGULATION

Beatriz May Ling Ramírez Huaroto¹

Resumen

La regulación de la filiación extramatrimonial es una de las más debatidas del derecho de familia peruano. Luego de varios casos mediáticos que evidenciaron las dificultades que se desprendían de la regulación original del Código Civil, se hicieron significativos cambios. En 2017, a casi 5 años de la última modificación, se emprendieron las últimas reformas. El trabajo repasa la evolución de la regulación de la declaración judicial de paternidad y revisa los desafíos.

Palabras Clave: Filiación, Paternidad, Derecho de Familia, Constitucionalidad.

Abstract

The regulation of extramarital parenthood is one of the most important issues of Peruvian family law. After several media cases that evidenced the difficulties that stemmed from the original regulation of the Civil Code, significant changes were made. In 2017, almost 5 years after the last modification, the last reforms were undertaken. The work reviews the evolution of the regulation of the judicial declaration of paternity and review of the challenges.

Keywords: Parenthood, Paternity, Family Law, Constitutionality.

¹ Abogada, Magister en Derecho Constitucional y Doctoranda en Derecho por la PUCP, con estudios intensivos de posgrado en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Maestría con mención en Derecho de Familia de la UNIFÉ.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de familia peruano no ha variado significativamente desde su versión original en 1984, salvo lo relacionado a la filiación extramatrimonial. Luego de varios casos mediáticos que evidenciaron las dificultades que se desprendían de la regulación de la paternidad extramatrimonial, se hicieron significativas reformas por medio de las Leyes N° 27048 y N° 28457. En 2011, con las Leyes N° 29715 y N° 29821, se aprobaron dos cambios más al proceso, incluyendo esta última la variación de la carga de la prueba. En 2017 se promulgó la Ley N° 30628 que reguló algunos aspectos no previstos previamente y a mediados de 2018 se aprobó a nivel judicial el último formato de acceso a los procesos conforme a las últimas reformas aprobadas. El presente trabajo repasa la evolución expuesta de la regulación de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial y revisa los desafíos en la materia.

II. EL SISTEMA PERUANO DE INVESTIGACIÓN HISTÓRICO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD.

El artículo 402º del Código Civil peruano es la norma que regula las situaciones en las que se puede hacer un juicio de reclamación de paternidad si el padre no reconoce voluntariamente a su hija o hijo. Para el entendimiento de esta norma conviene analizar previamente qué tipo de sistema de investigación de la paternidad es el sistema peruano. Existen sistemas prohibitivos y permisivos. Los sistemas prohibitivos de investigación de paternidad, imagen del Código Civil francés napoleónico de 1804, fueron desplazados en el siglo XX con el catálogo de derechos humanos (Varsi 1999: p. 51-52)². Los sistemas permisivos de filiación extramatrimonial pueden ser de cerrados, abiertos o mixtos. Un sistema cerrado restringe la investigación de la paternidad a una lista de causales, uno abierto la permite libremente, y uno mixto contempla causales más un supuesto de investigación libre³. En los sistemas cerrados y mixtos las causales son supuestos que cumplen una doble función: en primer lugar, son los únicos casos en los que se admite indagar la paternidad y, en segunda instancia, son presunciones legales *iuris tantum* sobre la misma que la parte demandante deberá acreditar de manera debida y con todos los medios probatorios a su alcance y que el demandado puede contradecir (Varsi 1999: p. 56-57).

² Cornejo Chávez plantea que, aunque la investigación de la paternidad suele ser considerada como una conquista moderna en realidad durante el pasado se han sucedido periodos en los que se ha admitido y en los que se ha prohibido (1999: p. 471).

³ Nuestra clasificación difiere en la definición de las categorías que con términos similares emplea Enrique Varsi (1999: p. 59-61).

El sistema peruano de investigación de paternidad ha sido permisivo, pero cerrado desde el Código Civil de 1852; también en el Código de 1936 y en la redacción original del Código de 1984 que estuvo vigente hasta el año 1999.

En un sistema cerrado de investigación de la paternidad, como el vigente en el Código Civil de 1936 y en la redacción original del Código Civil de 1984, sólo los supuestos contemplados en la norma son permitidos para activar procesos de paternidad extramatrimonial. En ese sentido Cornejo Chávez, ponente del Libro de Familia del Código Civil de 1984, señalaba expresamente que fuera de los cinco casos que la norma enumera taxativamente el artículo, no había ninguno, dentro de nuestro ordenamiento legal, en que pudiera plantearse la demanda de investigación judicial de la paternidad (1999: p. 486). Este criterio fue cuestionado en el devenir de la vigencia del Código y, aunque con pronunciamientos judiciales disidentes del mismo⁴, existía consenso en que "la naturaleza que se le daba al elenco de supuestos de hecho contenidos en el art. 402º del Código Civil era de una cláusula cerrada o *numerus clausus*, es decir, basada en el principio de tipicidad: sólo se podían amparar las causales ahí previstas y no otras" (Espinoza 2005: p. 381).

Se desprende de esto que, en una norma de este tipo no se consideran todas las posibilidades en que se puede generar una paternidad (Varsi 1999: p. 55). Existen casos claramente excluidos: las maternidades derivadas de relaciones sexuales esporádicas o aquellas que son producto de relaciones sentimentales que no encajan en la definición de un concubinato (por ejemplo, las relaciones entre enamorados/as o las relaciones de amantes). El caso bajo análisis cuadra en uno de los supuestos excluidos.

Una regulación restrictiva de la investigación de la paternidad matrimonial que excluye relaciones filiales como las discutidas en el expediente bajo análisis, revela un sesgo intencional que excluye supuestos de relaciones afectivas consideradas "moralmente reprochables"

⁴ Varsi Rospigliosi cita una resolución de 1993 en la que la Corte Suprema de la República consideró que pese a que la acreditación de relaciones sexuales en época contemporánea a la concepción no se había contemplado en el artículo 402º era deber de los órganos jurisdiccionales declarar la paternidad en virtud de una prueba biológica practicada (1999: p. 225-230). Por su parte, Espinoza Espinoza comenta una resolución similar de la Sala Civil de Corte Superior de Justicia de 1997 (2005: p. 379-380). Sin embargo, soluciones como garantistas de este tipo no mellaban la vigencia de discusión sobre el tema y así, la controversia acerca de si podía considerarse la prueba genética como un supuesto independiente para la admisibilidad de la demanda de investigación de la paternidad se plasmó en el Acuerdo N° 4 de la Sesión Plenaria del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1998 en donde se señaló que "Si puede considerarse como un supuesto independiente la aprobación de paternidad para la admisibilidad de la demanda" y que "La Ley Civil no restringe la investigación de paternidad extra-matrimonial, aunque presenta situaciones legales contrapuestas que, sin embargo, el juzgador debe superar, pues la parte accionante puede probar su acierto en el proceso, si las pruebas que aportó así lo acreditan. Por otro lado, podría entenderse que la limitación se daría en la práctica por la dificultad económica de quien solicita la prueba o del obligado a asumir el pago." Disponible en <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CPleno_Jur_Nac_1998.pdf>. Consulta: 31 de agosto de 2018.

(Fernández 2011: p. 196-197). Este sesgo tiene repercusiones en los derechos fundamentales de las hijas e hijos cuya filiación paterna no está determinada y, además, es una forma de discriminación en razón del sistema sexo-género en dos sentidos: en primer lugar porque en las causales contempladas es la conducta del supuesto padre la piedra angular de habilitación del proceso y, complementariamente, por las consecuencias que tiene para las mujeres un sistema cerrado de investigación de la paternidad extramatrimonial que determinan que sólo ellas asumirán las obligaciones materiales respecto de sus hijas e hijos pues son las únicas con filiación legalmente establecida (Ramírez 2009: p. 2, 15; Fernández 2011: p. 196-197).

III. LA APERTURA DEL SISTEMA DE CARA A LA GENÉTICA

La primera modificación al régimen normativo de la declaración de paternidad se dio con la Ley N° 27048, publicada el 6 de enero de 1999. La dación de esta norma tiene sus antecedentes en el contexto de la difusión en un programa televisivo de una denuncia que involucraba a dos personajes públicos: la bailarina Rubí Berrocal señaló públicamente que el periodista Alejandro Guerrero se negaba a reconocer la paternidad de su hija nacida en marzo de 1998 como producto de una relación sentimental extramatrimonial entre ambos. Entre otras reformas, la mencionada ley abrió expresamente el sistema de investigación de la paternidad a los casos en que pudiese acreditarse el vínculo biológico por medio de la prueba de ADN y lo hizo regulando esta posibilidad como un supuesto independiente de las causales históricamente reguladas (Varsi 1999: p. 93).

Aún durante la vigencia de esta norma se continuó discutiendo si la sola invocación a los resultados de la prueba de ADN habilitaba por sí misma que pudiera presentarse una declaración judicial de paternidad, si es que la paternidad no encajaba en alguno de los cinco supuestos del artículo 402° del Código Civil⁵.

La Ley N° 27048 “democratizó” el acceso a la justicia para la garantía de los derechos de mujeres, hijas e hijos relacionados asociados a la declaración legal de la filiación paterna pues varió la configuración del sistema nacional de investigación de la paternidad para convertirlo en uno de carácter mixto por yuxtaposición en tanto coexisten las causales de investigación de la paternidad propias de un sistema cerrado (incisos 1 al 5) con un supuesto

⁵ Esta continuidad del debate se ve plasmada en el Acuerdo N° 5 de la Sesión Plenaria del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1999 en donde a la pregunta de si los/las jueces y juezas debían considerar al ADN como una prueba o como una causal de la filiación: se señaló que “el Juez debe considerar al ADN como una prueba”. Disponible en <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Ccij%5C-documentos%5CPleno_Jur_Nac_1999.pdf>. Consulta: 31 de agosto de 2018.

de investigación libre (inciso 6). El caso de Rubí Berrocal contra Alejandro Guerrero⁶ resultó emblemático de maternidades generadas en relaciones sentimentales extramatrimoniales que no encontraban habilitación legal expresa para iniciar reclamaciones de paternidad.

Por otro lado, en la medida que las causales históricas se consideraban presunciones legales *iuris tantum* sobre la paternidad que el demandado podía contradecir (Varsi 1999: p. 56-57; Cornejo 1999: p. 476), la redacción original del artículo 413º del Código Civil sólo admitía la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial; esto significaba que la admisión de las pruebas biológicas estaba limitada a ser un medio del demandado que le permitía contradecir las presunciones sólo los procesos iniciados al amparo del artículo 402º. Pese a que este criterio era discutido en instancias judiciales⁷, no fue sino hasta la emisión de la Ley Nº 27048 en que se permitió la utilización de las pruebas biológicas en todo tipo de acciones de filiación de paternidad y maternidad, tanto de emplazamiento como desplazamiento (Varsi 1999: p. 93).

IV. UNA NUEVA REGULACIÓN Y UNA VÍA PROCESAL ESPECÍFICA PARA EL SUPUESTO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD BASADO EN PRUEBAS BIOLÓGICAS

La segunda modificación importante al sistema se produjo con la Ley Nº 28457, publicada el 8 de enero de 2005. La iniciativa fue producto de los trabajos sobre reformas legislativas impulsados por la CERIAJUS⁸ y resultó de la acumulación de varios proyectos de ley presentados entre julio de 2001 y septiembre de 2004.

La ley modificó la regulación de uno de los supuestos para la determinación de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial: la acreditación de la filiación biológica, y a la vez creó un mecanismo

⁶ Meses después de la denuncia pública Rubí Berrocal interpuso una demanda de declaración judicial de paternidad. Después de un largo proceso judicial, y gracias a las reformas introducidas por la Ley Nº 27048 en enero de 1999, el Poder Judicial determinó en diciembre de ese año que Alejandro Guerrero era padre de la hija de ambos pues se negó constante e injustificadamente a someterse a la prueba de ADN. El proceso judicial duró tres años pues la apelación se resolvió en junio de 2000 (Espinoza 2005: p. 429-445).

⁷ Esta afirmación se corrobora con el hecho de que la pertinencia de las pruebas de ADN en los procesos de filiación paterna extramatrimonial fue materia de revisión en el Acuerdo Nº 11 de la Sesión Plenaria del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1997: "Por consenso se estableció que sí es procedente ordenar la prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad del llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el Juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el art. 282 del CPC." Disponible en <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CPleno_Jur_Nac_1997.pdf>. Consulta: 31 de agosto de 2018.

⁸ Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Lima, mayo de 2004.

procesal especial para tramitar esta pretensión. Lo primero se plasma en que, en adelante, la falta de contestación de una demanda de filiación o la negativa a realizarse la prueba de ADN son elementos suficientes para declarar la paternidad. En tal sentido, si un demandado no se presenta al proceso judicial o contradice la paternidad en el proceso sin realizarse la prueba de ADN entonces es declarado padre. Lo segundo se refleja en que las reclamaciones de paternidad basadas en el inciso 6) del artículo 402º del Código Civil se tramitan en una vía procesal específica y sumamente célere.

La determinación de la declaración de paternidad ante la falta de oposición del demandado y, sobre todo, ante la negativa a someterse a la prueba de ADN tuvo su base en las constantes negativas injustificadas de los supuestos padres que repercutían en que -en buena parte de los casos- juezas y jueces no emplazarán la paternidad, sino que se limitarán a otorgar una pensión de alimentos al amparo del artículo 415º. Uno de los casos públicos que puso de relieve este punto fue el de Lucrecia Orozco contra Alejandro Toledo⁹.

Los cambios materiales y procesales incluidos por la Ley N° 28457 acercaron *en la práctica* el sistema peruano de investigación de la paternidad a uno de tipo abierto, si bien en la regulación legal se trata de un sistema mixto por yuxtaposición como se ha indicado previamente. Esta afirmación se fundamenta en que existen dos vías paralelas para la reclamación de la paternidad por vía judicial: una para los supuestos de los incisos 1 al 5 del artículo 402º y otra para los casos del inciso 6 del artículo 402º, con ostensibles diferencias de tiempo y formalidades entre ambas (todas a favor de la nueva causal de libre investigación de paternidad). En la práctica han caído en desuso las demandas basadas en las causales históricas para dar protagonismo exclusivo a la nueva causal acompañada de su regulación especial.

Las ventajas de la Ley N° 28457 pueden apreciarse en el siguiente cuadro comparativo:

⁹ En el caso de Lucrecia Orozco contra Alejandro Toledo éste se negó desde 1987 a reconocer a la hija de ambos. La Sra. Orozco planteó tres procesos de reclamación de paternidad –el primero iniciado en 1989 y el último en 1994- y en todos los procesos su pretensión fue desestimada porque no acreditaba ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 402º: su relación con Toledo fue extramatrimonial (él era casado) y no hubo convivencia entre ambos. Hay que anotar que en el proceso iniciado en 1994 el juzgado contaba con un examen de histocompatibilidad sanguínea favorable a la paternidad de Toledo y, por ello, ordenó que se realizara la prueba de ADN para tener mayor confiabilidad en los resultados. El demandado, Alejandro Toledo, no asistió las dos veces que fue citado para realizarse la prueba; pese a esto, la demandante perdió el proceso y la paternidad no se declaró. En el año 2001, la Sra. Orozco inició un nuevo proceso judicial al amparo de las reformas introducidas en el año 1999 por la Ley N° 27048 antes mencionada: demandó la paternidad por la nueva causal del artículo 402º del Código Civil, la acreditación de vínculo parental a través de la prueba del ADN lo que suscitó un debate sobre la cosa juzgada. En este proceso, Toledo se negó también a practicarse el ADN, pero por presión pública accedió a efectuar el reconocimiento; con eso se dio fin al proceso judicial. Cada uno de los procesos judiciales incoados por la Sra. Orozco en representación de su hija duró aproximadamente dos años (Espinoza 2002: p. 29-40).

	Demanda basada en los incisos 1 al 5 del artículo 402° del Código Civil	Demanda basada en el inciso del artículo 402° del Código Civil
Tipo de proceso	Proceso de conocimiento	Proceso especial
Duración aproximada	2 años	6 meses
Juzgados competentes	Juzgados de Familia o Mixtos	Juzgados de Paz Letrado
Pruebas requeridas	Variable dependiendo de la causal alegada (puede incluirse la prueba de ADN u otra de igual o mayor certeza)	Prueba de ADN
Falta de oposición del demandado	Declaración en rebeldía según el artículo 458° del Código Procesal Civil	Genera automáticamente declaración judicial de paternidad extramatrimonial
Falta de sometimiento del demandado a la prueba de ADN	Apreciable por el órgano jurisdiccional según el artículo 282° del Código Procesal Civil junto con otros elementos probatorios	Genera automáticamente declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Los cambios introducidos por la Ley N° 28457 fueron materia de una ardua discusión jurídica. Las reformas que se introdujeron para una mayor protección a los derechos de la parte demandante fueron objeto de fuertes críticas desde sectores de la doctrina¹⁰ que se plasmaron en algunas sentencias en las que se declaró inaplicable la norma¹¹: el argumento central era que las reformas introducidas afectaban diferentes derechos fundamentales de los presuntos padres.

De los modelos de control constitucional (Landa 2003: p. 41-69; Fernández Rodríguez 2007: p. 71-79), el ordenamiento jurídico peruano acoge el control concentrado y el control difuso: el control abstracto se da cuando se analiza la compatibilidad lógica entre dos normas, la Constitución y la ley impugnada, al margen de un caso concreto, y en nuestro sistema está a cargo del Tribunal Constitucional; y el control difuso que se produce cuando ese análisis tiene como referente un caso concreto, lo que implica tener en cuenta las circunstancias del mismo, y en nuestro sistema está a cargo de los órganos de la justicia ordinaria (Fernández Rodríguez 2007: p. 73). Este último, tiene

¹⁰ Entre los trabajos contrarios destacan Plácido (2005), Ariano (2005) y Espinoza (2010). En sentido favorable a la constitucionalidad de la norma, Varsi (2006 y 2007) y Ramírez (2007).

¹¹ Por ejemplo, sentencia en el Expediente 363-05 del Primer Juzgado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón (28 de septiembre de 2005) y sentencia en el Expediente 2005-1785 del Primer Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Condevilla (18 de mayo de 2007).

sustento normativo en el artículo 51º, y el artículo 138º de la Constitución; en sentido semejante se pronuncia también el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Un caso de inaplicación por control difuso sobre la Ley N° 28457 llegó a conocimiento de la Corte Suprema¹². La jueza del Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla declaró inconstitucional e inaplicable la ley por considerar que lesionaba los derechos constitucionales de libertad y debido proceso del demandado, bajo los siguientes argumentos:

- 1) Vulnera el derecho a la libertad la configuración del proceso plasmado en el segundo artículo de la Ley N° 28457 que establece que el demandado debe efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad de oposición a la declaración judicial de la paternidad, pues implica un mecanismo de coacción del poder estatal contra la parte demandada.
- 2) Vulnera el debido proceso que la configuración legal del proceso coloque en una situación de desigualdad a las partes pues el órgano jurisdiccional emite una resolución declarando la filiación demandada sin que se exija a la demandante la presentación ni la calificación ni actuación de medios probatorios que corroboren su sindicación.
- 3) Vulnera el debido proceso que la configuración legal del proceso limite el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida es la de ADN, que carece de regulación para su realización en el país con estándares de calidad.

En aplicación del artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema conoció la causa y desaprobó la resolución de control difuso emitida por la jueza del MJB de Condevilla indicando que la Ley N° 28457 no afectaba ni el derecho a la libertad del demandado ni su derecho al debido proceso y que, en el caso debía aplicarse la ponderación de los derechos constitucionales involucrados que incluían el derecho al nombre y el derecho a la identidad personal. Para ello se usaron los siguientes argumentos:

- 1) No existe vulneración a la libertad -aunque se reconoce que este derecho fundamental puede ser materia de restricciones- en tanto la ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni a que se le conduzca de grado o fuerza, por lo que es libre de

¹² Resolución en el Expediente N° 1699-2007 de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

decidir si concurre a la toma de las muestras para el examen de ADN. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de las/os niñas/os cuya filiación paterna se discute.

- 2) No hay vulneración al debido proceso porque el demandado tiene la posibilidad de oponerse al mandato de declaración de paternidad y someterse a la prueba del ADN para demostrar su no paternidad.
- 3) No hay vulneración al debido proceso el hecho que el proceso se base en la prueba del ADN porque es una prueba considerada científicamente determinante para dilucidar la filiación en la medida que otros medios probatorios no asegurarían la resolución del caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica.

V. LAS ÚLTIMAS REFORMAS AL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Con la Ley N° 29715, publicada el 22 de junio de 2011, se aprobó la inversión de la carga de la prueba de forma que sea la parte demandada que se opone a la declaración de la paternidad la que asume el pago de la prueba de ADN. Asimismo, se precisó que para efectos de los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial “no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265° del Código Procesal Civil”.

Sobre lo primero, algunos autores sostuvieron que con la dación de la Ley N° 28457 ya se había producido una inversión en la carga de la prueba en la medida de que, dado que se refería a la primera resolución del juez como un mandato declarativo de la paternidad, era el padre el que debía “demostrar la no vinculación filial imputada por la madre” (Varsi 2006, p. 50-53)¹³. No obstante, como se ha planteado con anterioridad, era la demandante quien debía acreditar su afirmación de paternidad lo que se plasmaba en que debía asumir el costo de la prueba: el demandado sólo tenía la obligación de someterse a la misma y, por ello, su negativa a la realización de la prueba, que no le ocasionaba perjuicio alguno, era valorada como suficiente para la declaratoria de la paternidad (Ramírez 2007, p. 16-17).

En un trabajo previo he criticado la solución adoptada por la Ley N° 29715 pues el pago de las pruebas a cargo del demandado se enfrentó a la falta

¹³ En el mismo sentido, Lloveras & Orlandi (2007, p. 41) y Liési (2007, p. 75-78).

de incentivos de esta parte para conseguir el dinero para ello, especialmente en situaciones de pobreza (Ramírez 2011, p. 344). En varios lugares del país, varias causas quedaron pendientes de resolución por meses ante la falta de recursos de los demandados para pagar la prueba de ADN pues, a criterio de un grupo de jueces y juezas de paz letrado, no debía declararse la paternidad si el demandante acreditaba ausencia de suficientes recursos económicos, pues no se trataba de una situación que fuera equivalente a una oposición injustificada a la actividad probatoria. La inversión de la carga de la prueba decretada por medio de la Ley N° 29715 omitió la responsabilidad estatal para la garantía del derecho a la identidad, particularmente relevante en casos de personas en situación de pobreza y extrema pobreza (Ramírez 2011, pp. 344-350).

También en 2011, con la Ley N° 29821 publicada el 28 de diciembre de ese año, se introdujo un cambio al modelo procesal: incorporar como pretensión acumulada a la determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, la determinación de los alimentos correspondientes. Para eso se dispuso el traslado de la pretensión alimentaria junto con el mandato de paternidad extramatrimonial, la obligación de la absolución de esta en el plazo de 10 días desde la notificación válida y, en casos de oposición a la pretensión de paternidad, se fijó la convocatoria a una audiencia única a realizarse dentro de los 10 días siguientes para que se haga la toma de muestras para la prueba de ADN y la determinación de los alimentos.

Por último, en 2017 se promulgó la Ley N° 30628, publicada el 3 de agosto, por la que se precisaron diferentes aspectos del proceso:

- la posibilidad de que la prueba biológica del ADN se realice con las muestras del padre, madre u otros hijos del demandado en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto,
- la precisión de que el costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba, el mismo que deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias,
- la posibilidad de reprogramación de la toma de muestras dentro de los 10 días siguientes, al término del cual de todas formas se declara la paternidad.
- la posibilidad de que la parte demandante pueda asumir, si lo desea, el costo de la prueba en un laboratorio privado, con la regulación de la devolución si el resultado de paternidad es positivo,
- la incorporación de la posibilidad de allanamiento desde la notificación inicial hasta antes de la realización de la prueba de ADN,

- la exoneración de tasas judiciales en los procesos,
- la exoneración de firma de abogada/o en la demanda.

Por medio de la Resolución Administrativa N° 257-2018-CE-PJ, publicada el 12 de septiembre de 2018, se aprobó el último formato de demanda acumulada de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y de alimentos para niñas, niños y adolescentes, herramienta para viabilizar el acceso a la justicia conforme a las últimas reformas aprobadas en la materia.

VI. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Realizar un adecuado análisis de constitucionalidad presupone la adecuada identificación de las medidas de intervención en juego. Por intervención debe entenderse toda aquella medida que afecte de manera negativa o desventajosa a una norma o a una posición que pueda adscribirse *prima facie* al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental (Bernal Pulido 2007: p. 663-671). En relación con el proceso judicial de filiación extramatrimonial existen cuatro medidas de intervención sobre las que podría centrarse el análisis de constitucionalidad:

- 1) La imposición legal de la declaración de la paternidad por el sólo hecho de no oponerse a la demanda en el plazo de diez días, contenida en el artículo 1° de la Ley N° 28457;
- 2) La imposición legal de la declaración de la paternidad por la sola negativa de colaboración con la prueba de ADN contenida en el artículo 2° de la Ley N° 28457;
- 3) El privilegio de la prueba de ADN en el proceso especial creado por la Ley N° 28457 en desmedro de otros medios probatorios, lo cual se basa también en el artículo 2° de la norma;
- 4) El pago de la prueba de ADN está a cargo de la parte que se opone a la declaración de la paternidad, dispuesto en el artículo 2° de la ley.

Es posición de este trabajo que las cuatro medidas de intervención identificadas en la Ley N° 28457 son constitucionales y, para sustentar dicha conclusión, se aplicará en cada caso el principio de proporcionalidad. Este es un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Poder Legislativo, "cumple la función de fundamentar la concreción de normas iusfundamentales adscritas en los casos difíciles" (Bernal Pulido 2007: p. 539).

En el test de proporcionalidad se analiza, en primer lugar, la *idoneidad* de la medida, esto es que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Bernal Pulido 2007: p. 693). En segundo lugar, se evalúa la *necesidad* de la medida, lo que significa que para ser constitucional ha de ser “la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (Bernal Pulido 2007: p. 740).

Por último, se realiza el examen de *proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, definido como la evaluación de que “la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa” (Bernal Pulido 2007: p. 763). Esto implica tener presente la estructura de la ponderación que tiene tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (Bernal 2005, p. 21). La ley de la ponderación prescribe que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Bernal 2005, p. 22). La fórmula del peso es la que relaciona los pesos abstractos de los principios, su grado de afectación y la seguridad de las premisas empíricas en cada caso (Bernal 2005, p. 24-25). Por último, las cargas de argumentación son las que “operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso” (Bernal 2005, p. 26-27).

Respecto de la primera medida de intervención, referida a la imposición legal de la declaración de la paternidad por el sólo hecho de no oponerse a la demanda en el plazo de diez días, la evaluación de la constitucionalidad se centra en si es legítimo que por ley se disponga que pueden extraerse consecuencias jurídicas de la no contradicción, lo que no pasa por considerar al proceso regulado por la Ley N° 28457 como un proceso monitorio como afirmó cierto sector de la doctrina en su oportunidad (Martel 2005: p. 67-68; Varsi 2006: p. 56-57; Ariano 2005: p. 66).

Extraer consecuencias jurídicas de la omisión de formulación de oposición procesal por parte del demandado tiene como presupuesto que éste no ha ejercido libremente su legítimo derecho de contradicción. En nuestro ordenamiento es válido desprender consecuencias de la conducta procesal de las partes (artículo 282º del Código Procesal Civil). Tal como se expresó en el acápite previo, en la Ley N° 27048 -que reformuló el inciso 6 del artículo 402º del Código Civil- se le reconocía solamente a la conducta procesal del demandado un valor indiciario que debía ser evaluado junto

con las otras pruebas presentadas. La opción de la Ley N° 28457 es más severa pues no sólo desprende consecuencias jurídicas de la conducta procesal de una de las partes si no que lo hace de su falta de apersonamiento al proceso. En esa medida se recorta la libertad del demandado en la medida de que se le insta compulsivamente a presentarse el proceso bajo la amenaza de declarar la paternidad que se alega respaldada en la prueba de ADN, ofrecida por la parte demandante.

La libertad es un eje estructurador del campo de los derechos humanos. De forma amplia, la libertad se refiere a la posibilidad de autodeterminación, a la capacidad de que las personas conduzcan sus vidas en la forma en que les parezca siempre que sus actos no afecten a terceras/os. El inciso a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución señala que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". El Tribunal Constitucional ha señalado que

En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales (2011, fundamento 19).

En concordancia con esto, señala el Tribunal que "manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados" (2011, fundamento 20). Este derecho, "sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*" (2011, fundamento 21), que sería el derecho al libre desarrollo reconocido en el inciso 1, artículo 2 de la Constitución (2011, fundamento 22).

Sobre los alcances de la libertad, el Tribunal Constitucional precisa que "la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su

autonomía moral” tiene como límite que no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos, de forma que se impide:

a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora (2011, fundamentos 22-23).

A la luz del test de proporcionalidad se analiza, en primer lugar, la idoneidad. En el caso concreto, la finalidad constitucionalmente legítima está dada por la protección del derecho fundamental a la identidad de la niña o niño (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) y es una medida adecuada en tanto guarda una relación de causalidad con la obtención del fin porque se declara la filiación paterna y eso garantiza el derecho a la identidad.

Al analizar la necesidad de la medida, debe anotarse que la declaración de paternidad es el único medio viable para garantizar la identidad en cuestión cuando los demandados no se apersonan al proceso habiendo sido válidamente notificados previamente: la amenaza de declaración de paternidad por falta de apersonamiento es la medida que incide en que el demandado se presente al proceso y así colabore con el esclarecimiento de la identidad del niño y, por otro lado, también da fundamento para presumir legalmente que si el demandado no se presenta al proceso, a pesar del apercibimiento, es porque no tiene objeción válida para refutar la paternidad. Otras medidas, como la declaratoria en rebeldía, no son equivalentes en idoneidad para lograr el fin antes señalado, pues no tienen como consecuencia la declaración de la paternidad.

Por último, en relación con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe tomarse en cuenta que el derecho a la identidad de la niña o niño en juego tendría una afectación intensa, mientras que la afectación de la libertad del demandado quien no puede decidir libremente para apersonarse

o no al proceso también puede calificarse como intensa. En ambos casos los derechos son constitucionales con un peso abstracto equivalente y existe seguridad de las premisas sobre la afectación.

En tanto el derecho a la identidad tiene como titulares a niñas, niños y adolescentes entra también en la ponderación el *interés superior del niño y la niña*, que es, de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales, un derecho, un principio y una norma de procedimiento¹⁴.

Esto implica dos cosas. Por un lado, que en el caso de la infancia existe un derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y que la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que les afecte (Comité de los Derechos del Niño 2013, párr. 6). Por otro lado, el interés superior del niño opera como una "carga de argumentación a favor de la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, es decir, un reforzamiento del carácter *prima facie* de estos derechos, reconociéndoles un peso adicional a los mismos, pero sin perder su carácter de principio" (IIDH 2008, p. 39-40). Así, el interés superior de niños y niñas es un criterio para tomar en cuenta en la ponderación de derechos: implica que se prefieran las medidas que maximizan la satisfacción de los derechos de la infancia y la menor restricción de ellos (Cillero 1998: p. 12)¹⁵.

En esa medida, dado que el derecho a la investigación de la paternidad de los niños y niñas está vinculado al derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad, a la luz del principio del interés superior del niño, puede concluirse que la intervención que restringe la máxima satisfacción al derecho a la libertad de los demandados es constitucional.

Por su parte, la medida de intervención amerita ser analizada de cara al derecho al debido proceso. Este derecho que ha señalado el Tribunal Constitucional "se encuentra contenido en el artículo 139º inciso 3) de la Constitución" tiene "dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los

¹⁴ El interés superior de los niños y las niñas, incorporado a nuestra legislación inicialmente en el artículo IX del Código de Niños y Adolescentes, ha sido desarrollado en la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño que, en sede nacional, se ha plasmado en la Ley N° 30466 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2018-MIMP.

¹⁵ Esto se regula específicamente en el artículo 8.3 del reglamento de la Ley N° 30466.

estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (2006, fundamentos 41 y 48). El derecho de defensa “garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (2007, fundamento 4).

Se ha señalado que la ley materia de análisis genera una vulneración del derecho de defensa de los demandados al extraer consecuencias jurídicas de la omisión de formulación de oposición procesal por parte del demandado (Mosquera 2005: 5; Ariano 2005: 66). Sin embargo, debe recordarse que la Ley N° 28457 no supone una situación de indefensión de la parte demandada pues presupone que ésta ha sido notificada válidamente y que, pese a ello y a haber recibido un apercibimiento de ser declarado padre en omisión de respuesta, el demandado no ha formulado oposición dentro del plazo legal. Esto se condice con lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la conexión del derecho a la defensa con la adecuada notificación (2008, fundamentos 7-9).

Sobre el particular, en un caso concreto, el máximo órgano de control constitucional del Perú ha señalado que:

Este Colegiado, al respecto y de lo que aparece de los actuados de dicho proceso ordinario, acompañados al expediente constitucional, observa que en efecto no se cumplió en momento alguno con notificarle válidamente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, pues como ha quedado demostrado con la hoja de movimiento migratorio (fojas 96 del expediente principal), el recurrente estuvo ausente del país durante el período comprendido entre el 24 de junio de 1999 y el 18 de diciembre del 2009, en que retornó al suelo patrio.

[...] aun cuando ha quedado plenamente acreditado el agravio de los derechos de la parte recurrente, no se puede tampoco y sin más desproteger los derechos constitucionales de la menor P.N.M.L. en cuanto beneficiaria de la declaración judicial de paternidad ya que ello podría resultar particularmente pernicioso en relación con su derecho a la identidad. En tales circunstancias y a efectos de obrar en forma adecuadamente previsoramente, esto es, compatible con el control de intensidad, deberá suspenderse los efectos nulificantes que pudieran recaer específicamente sobre el reconocimiento de paternidad ordenado en el proceso subyacente [...], hasta que culmine el nuevo trámite de dicho proceso, pues el efecto retroactivo de la presente decisión constitucional necesariamente implicará que el juez reanude los actos de notificación del mandato judicial de paternidad, siendo

evidente que se mantendrá la expectativa de que se demuestre la filiación de la menor. Mientras ello se dilucide, la menor favorecida con la declaración del citado proceso tendrá plenamente garantizado su derecho a la identidad (2012, fundamentos 5 y 22).

En el mismo sentido, debe entenderse que no existe afectación del derecho de defensa pues no existe indefensión si el demandado tiene la posibilidad de contradecir la paternidad que se le imputa presentándose al proceso. El Estado no debe tutelar en forma adicional la opción de una persona de no intervenir en el proceso en el que ha sido demandada y que, con ello, asume la consecuencia legal que le ha sido adecuadamente anunciada.

Respecto de la segunda medida de intervención, la imposición legal de la declaración de la paternidad por la sola negativa de colaboración con la prueba de ADN, la argumentación es similar a la desarrollada respecto de la primera medida. Con la declaración de paternidad por la falta de colaboración para la realización de la prueba de ADN se conmina la libertad del demandado imponiéndole una obligación. Sin embargo, la medida es idónea porque está orientada a una finalidad legítima que es la garantía del derecho fundamental a la identidad de la niña o niño y es adecuada en tanto sirve porque se declara la filiación paterna y eso garantiza el derecho a la identidad.

Analizando la necesidad, la declaración de paternidad es el único medio viable para garantizar la identidad en cuestión cuando los demandados no colaboran con la prueba de ADN: como se ha detallado previamente, con los cambios introducidos por la Ley N° 27048, la sola disposición de que la falta de colaboración con la prueba de ADN sería evaluada por el órgano jurisdiccional no garantizaba la declaración de la filiación pese a que la negativa del demandado era respecto a una prueba que tiene un 99.9% de confiabilidad. Por ello, la negativa de colaboración debe ser valorada con mayor severidad. Los casos tramitados bajo la vigencia de la N° 27048 evidenciaron un patrón de conducta de los demandados de negarse a colaborar con la prueba para evadir que se declare su condición de padres, sin que esto pudiera ser ponderado como una prueba de esa condición: sólo por la omisión del ejercicio del derecho de oposición del padre o de su negativa injustificada a realizarse la prueba se hacía impracticable por completo el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes. Otra alternativa idónea como la toma obligatoria de muestras supondría una intervención más grave no sólo en la libertad de los demandados, sino en su integridad personal.

Por último, en relación con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, como en la primera medida puede afirmarse que la garantía del

derecho a la identidad de la niña o niño en juego es un interés que reviste mayor importancia en el caso concreto que la conminación de la libertad del demandado para someterse a la prueba.

Respecto de la tercera medida de intervención, referida a la configuración del proceso que privilegia la prueba de ADN como único medio de defensa, es pertinente analizar la medida con relación al derecho a la prueba:

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que 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. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (2005, fundamento 15).

En la medida de que el derecho a probar es un mandato de optimización en tanto se debería garantizar en la mayor medida posible existe una intervención porque la Ley N° 28457 limita el proceso sólo a la prueba de ADN que es el único medio de defensa. La idoneidad de la medida está dada por la protección del derecho a la identidad de la niña o niño y porque la prueba de ADN es el medio indicado para tal efecto pues es una prueba científica que establece con un 99.9% de confiabilidad la maternidad y paternidad biológica de una persona. Este hecho justifica para la determinación de la paternidad que prueba de este tipo sea la empleada por brindar el máximo grado de confiabilidad.

La necesidad de la medida también está justificada por las características de la prueba de ADN respecto de la filiación: al ser un dato

de la realidad que las relaciones sexuales no siempre se dan en el marco de relaciones de pareja con características de permanencia, sino que se generan también en relaciones sexuales únicas o esporádicas en no pocos casos, es mínima la existencia de elementos probatorios que den cuenta de los encuentros sexuales durante el periodo de la concepción que permitan inferir la paternidad y, aunque existieran, son de una idoneidad menor que la prueba de ADN para establecer la filiación.

En el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe señalarse que el medio escogido, la prueba de ADN, permite optimizar el derecho de defensa de la forma más idónea y, a la vez, optimiza el derecho a la identidad biológica del/a niño/a en cuestión. En esa medida, la afectación al derecho a probar es leve, mientras que el derecho a la identidad de la niña o niño en juego tendría una satisfacción intensa. En ambos casos los derechos son constitucionales con un peso abstracto equivalente y existe seguridad de las premisas por la validez de la prueba. Si a esto se suma la consideración del *interés superior de niños y niñas* entonces se concluye que la medida prevista en la ley es constitucional.

Entre las críticas a la normativa, Eugenia Ariano ha sostenido que la ley en mención es el resultado del "halo de infalibilidad" y critica que hayamos "regresado a la prueba plena legal. Ergo, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del porqué se resuelve en un sentido o en otro pues quien decide es el laboratorio" (2005: 67). Al respecto, debe recordarse que la prueba del ADN es una prueba de afirmación de la filiación que permite establecer con casi certeza la maternidad y paternidad biológica de una persona. Este hecho justifica que el juez deba orientarse *indefectiblemente* por los resultados de dicha prueba pues en la determinación de la filiación, realidad de carácter científico, una prueba de este tipo ofrece el máximo grado de confiabilidad. Al respecto, Varsi señala:

El juzgador no puede reemplazar al técnico e incursionar en un terreno tan espinoso y vedado para el derecho como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos, desestimando los principios biológicos en los que se sustenta el informe pericial. Sin duda la palabra del especialista no puede ser considerada cosa juzgada, pero tampoco podemos negarle que en gran medida lo es. El ADN se convierte en una prueba de indiscutible valor en la decisión judicial [...] (2004: 3).

En la configuración de nuestro ordenamiento procesal la pericia sirve para ayudar y colaborar con el juez y se entiende que no determina el resultado de un juicio pues sólo aporta pautas para la decisión final. En

este sentido, la pericia es un medio de prueba insuficiente para permitir una decisión judicial acertada y determinante. Sin embargo, como anota Enrique Varsi, esta concepción de la pericia es inapropiada si se intenta aplicar a pruebas científicas como el ADN pues ésta es una prueba que determina con un altísimo grado de confiabilidad la verdad a esclarecer en el proceso de filiación; el juez no debe discutir su valor pues no puede concluir por otros medios una verdad distinta, los resultados son irrefutables (2002: 24-25). Ciertamente ha de resguardarse que la autoridad estatal que tiene las funciones de fiscalización de los laboratorios clínicos en los que se hacen las pruebas de ADN intervenga efectivamente para asegurar las normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan los correctos resultados de dichos peritajes; sin embargo, no se muestra razonable de acuerdo al carácter altamente técnico de la pericia y a su alto grado de confiabilidad el que el órgano jurisdiccional pretenda variar los resultados de una realidad biológica que no está en la capacidad de determinar de manera más segura.

Respecto de la cuarta medida de intervención, referida a la imposición legal de la carga de la prueba al demandado, la decisión tiene un fin legítimo que es hacer efectivo el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes en el tiempo breve y, así, propiciar también la efectiva igualdad de responsabilidades familiares entre padres y madres. Asimismo, existe una relación lógica entre la medida y el fin buscado: si el demandado tiene recursos para pagar la prueba de ADN, con el mérito de ésta se resolverá el conflicto y se dilucidará la paternidad; la idoneidad de la medida está justificada.

En cuanto a la necesidad, ¿era la medida la única medida posible para lograr el fin de la realización de la prueba del ADN que dilucida la paternidad? En abstracto, la respuesta es negativa porque el Estado debería asumir su obligación de garantía del derecho a la identidad disponiendo, por ejemplo, la intervención del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público o en su defecto de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, en atención a las facultades que les confiere el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ramírez 2007). No obstante, la previsión de una regla general de ese tipo implica una importante inversión presupuestaria inexistente. En esa medida, no es viable que el Estado peruano asuma el costo de la gran cantidad de procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial con lo que dicha posibilidad no es una alternativa a la medida adoptada.

Así, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, debe tomarse en cuenta que la afectación al derecho a la defensa del demandado es intensa porque se invierte la carga de la prueba y se deposita en él la

generación de esta. Por otro lado, el derecho a la identidad de la niña o niño en juego tendría también una afectación intensa si es que no se realiza la prueba de ADN ante la oposición del demandado. En ambos casos, los derechos son constitucionales con un peso abstracto equivalente y existe seguridad de las premisas sobre la afectación. Si bien la ponderación del *interés superior del niño y la niña* genera argumentos mayores a favor de la constitucionalidad de la norma, es posible establecer la regla condicionada para reforzar la constitucionalidad de la medida: que la atribución de la paternidad será constitucionalmente legítima en general, salvo que el demandado se encuentre en condición de pobreza o pobreza extrema y, por tanto, esté imposibilitado de reunir el monto del costo de la prueba de ADN aún en el plazo ampliado previsto por medio de la Ley N° 30628. En estos casos, el órgano jurisdiccional debería ordenar la realización de la prueba en los laboratorios públicos, aunque ello repercuta en una extensión excepcional del plazo de resolución de la filiación. Una regla interpretada de este tipo garantiza de forma menos intensa el derecho de defensa de la parte demandada expuesta a la vulnerabilidad propia de la pobreza.

Por otro lado, contra las medidas contempladas en la Ley N° 28457, en concreto contra la segunda referida a desprender consecuencias jurídicas de la negativa de colaborar con la prueba de ADN, se ha señalado que vulnerarían los derechos a la integridad física y a la intimidad de los demandados (Varsi 2006: 75-76, 79-82). Contra esto cabe precisar que el derecho a la integridad contraviene intervenciones en la estructura orgánica de las personas (Tribunal Constitucional 2005b, fundamento 9) y que la Ley N° 28457 no implica intervención corporal alguna. Sobre el derecho a la intimidad que se define el derecho a un espacio personal "constituido por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" (2005, fundamento 38) cabe precisar que los vínculos de filiación no pueden considerarse un tema privado pues pertenecen al ámbito de las relaciones familiares, las que el Estado tiene especial interés en proteger¹⁶. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha señalado que aún una intervención corporal con miras a realizar una prueba de ADN en el ámbito de un proceso penal para esclarecer la comisión de un delito es constitucionalmente admisible (2009, fundamentos 10-12).

¹⁶ La Constitución Política del Perú en su artículo 2º, inciso 1º establece el derecho fundamental de toda persona a su identidad y el artículo 4º señala que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre [...] en situación de abandono". En el mismo sentido, también el artículo 4º de nuestra Carta Magna explicita que el Estado protege de la familia, y en ello está implícito que protege también a las relaciones familiares que surgen en ese marco. Por último, en el artículo 6º, queda explícito también que es política del estado difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables.

Asimismo, se ha argumentado desde la doctrina que esta medida vulneraría el derecho a no declarar contra uno/a mismo/a en tanto que la negativa de un varón a someterse a una prueba biológica no implica un reconocimiento ficto de paternidad, no puede usarse como presunción contra quién rehusó la prueba, ni debe acumularse indiciariamente como elemento adicional a otras pruebas rendidas en el juicio (Bidart 1997: 239-246). El derecho a no autoincriminarse supone que:

el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculcado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos criminales por los cuales se le investiga o acusa en un proceso penal. Del mismo modo, si el derecho a no autoincriminarse comprende el derecho a guardar silencio, en el ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo del mismo que pueda ayudar a dilucidar la causa (2006b, fundamento 276).

Aunque este derecho es de aplicación en el ámbito penal, íntimamente ligado a la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, conviene precisar que desprender consecuencias jurídicas del silencio del demandado en contra de sus intereses se justifica con la argumentación desarrollada en torno a la intervención en la libertad de este y de su derecho de defensa. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha señalado que es constitucional la toma de muestras de ADN aún cuando éstas pudieran no sólo perjudicar el estatus de culpabilidad del demandado, sino que incluyan intervenciones corporales (2009).

Una última aproximación crítica es que, regularmente, el análisis de constitucionalidad se centra en la dicotomía entre los derechos del demandado en relación con los derechos del/a niña/o cuya filiación está en discusión, descuidando el análisis de la dicotomía entre los derechos del demandado y los derechos de la demandante afectados si se ponen trabas a las demandas de filiación.

En la determinación de la filiación extramatrimonial no hay dos, sino tres intereses en juego: el del presunto padre, el de la madre y el del niño o niña. La omisión de las mujeres dentro del análisis de constitucionalidad desconoce que, en los casos concretos, cuando se obstaculiza la declaración judicial de paternidad de los/las hijos/as extramatrimoniales se refuerza el rol de la mujer como cuidadora y proveedora exclusiva de las necesidades de

los hijos e hijas. Si no hay paternidad establecida entonces la única filiación emplazada es la materna y con eso se concentra en las mujeres el cumplimiento de las responsabilidades familiares de la crianza con la carga patrimonial y emocional que ello implica. Eso configura una violación del mandato de no discriminación por sexo. No enfocar el análisis de proporcionalidad también en relación con los derechos de las mujeres genera consecuencias *discriminatorias por resultado o de discriminación indirecta* (Ramírez 2009: 2). Esto se produce cuando de "tratamientos que formalmente no son discriminatorios se derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre personas de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales" (Villanueva 1999: 21) o, en otras palabras, cuando "la medida adoptada no necesariamente se orienta a diferenciar o dar un tratamiento jurídico desigual y perjudicial a las mujeres, pero en la práctica tal resultado se produce debido a las condiciones sociales, económicas o de otra índole que rodean al colectivo mujeres" (Alvites 2011: 131). Una mirada de este tipo "permite evidenciar situaciones fácticas en las que éstas impactan negativamente en los derechos de las mujeres" (Alvites 2011: 132).

A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema peruano de declaración de la paternidad extramatrimonial ha sido históricamente uno de tipo cerrado de modo que existían supuestos claramente excluidos de esta habilitación: las maternidades derivadas de relaciones sexuales esporádicas o aquellas que son producto de relaciones sentimentales que no encajan en la definición de un concubinato (por ejemplo, las relaciones entre enamorados/as o las relaciones de 'amantes'). Esa regulación restrictiva revela un sesgo intencional que excluía las relaciones afectivas consideradas valorativamente reprochables, lo que tenía repercusiones negativas en los derechos fundamentales de las hijas e hijos cuya filiación paterna no estaba determinada y que, además, era una forma de discriminación indirecta en razón del sistema sexo-género.

Con los sucesivos cambios normativos, se democratizó el acceso a la justicia para la garantía de los derechos de mujeres, hijas e hijos relacionados asociados a la declaración legal de la filiación paterna. A la luz de los cambios materiales y procesales aprobados, *en la práctica* el sistema peruano de investigación de la paternidad es uno de tipo abierto, si bien en el plano formal se trata de un sistema mixto por yuxtaposición.

Este trabajo plantea que las modificaciones planteadas al proceso de declaración judicial de paternidad son constitucionales a la luz del test de proporcionalidad. No obstante, se considera que es un reto para

el Estado peruano reforzar la garantía del derecho a la identidad y de las responsabilidades familiares compartidas, así como el derecho a la defensa, en un contexto de pobreza que afecta a una parte importante de la población del país. Todos los derechos ‘cuestan’ y, aún así, todas las personas tienen derecho a su garantía, particularmente las niñas, niños y adolescentes. El rol de las juezas y jueces en la administración sustantiva de los valores de la justicia es el reto más importante en cada caso concreto que sea resuelto en el marco normativo vigente.

REFERENCIAS

Alvites Alvites, Elena (2011). Derecho constitucional y métodos feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres. Fernández Revoredo, Marisol y Félix Morales Luna (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra.

Ariano Deho, Eugenia (2005). El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial ¿vanguardismo o primitivismo procesal?. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 134, pp. 65-68.

Bernal Pulido, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, Carlos (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En Enrique CÁCERES, Imer B. FLORES, Javier SALDAÑA y Enrique VILLANUEVA (coordinadores). *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 17-35.

Bidart Campos, Germán José (1997). La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 5, año 3, pp. 239-246.

Cillero Bruñol, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. En GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary BELOFF (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño (1990-1999)*. Bogotá: Ed. Temis/Desalma. Recuperado de: <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 2003.

Cornejo Chavez, Héctor (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, Juan (2010). Las actuales coordenadas en materia de declaración judicial de filiación extramatrimonial. *Foro Jurídico*, número 10, pp. 60-70.

Espinoza Espinoza, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencia*. 2da edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espinoza Espinoza, Juan (2002). El interés superior del menor frente al "interés superior del presidente". Sobre acrobacias interpretativas y otros malabares jurídicos para justificar ambos principios. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Año 8, número 47, pp. 29-40.

Fernández Revoredo, Marisol (2011). Derecho de Familia y métodos feministas. En Fernández Revoredo, Marisol y Félix Morales Luna (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra, pp. 183-205.

Fernández Rodríguez, José Julio (2007). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2ª edición. Lima: Tecnos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez y Adolescencia en Centroamérica*. San José: IIDH.

Landa Arroyo, César (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. 2ª edición. Lima: Palestra.

Lloveras, Nora y Olga Orlandi (2007). El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema de Justicia del Perú. Nota al fallo sobre constitucionalidad de la Ley N° 28457 que regula el proceso peruano de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *JUS Jurisprudencia*. Lima, número 6, pp. 37-44.

Liési Thurler, Ana (2007). Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI. Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo. *JUS Jurisprudencia*. Lima, número 6, pp. 73-79

Martel Chang, Rolando (2005). Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 138, pp. 67-70.

Mosquera Vasquez, Clara Celinda (2005). La Ley N° 28457 y los nuevos procesos de filiación. *Legal Express*. Lima, Año 5, número 54, p. 5.

Plácido Vilcachagua, Alex (2005). ‘*Creditur virgini pregnati...*’, volviendo al *ancien droit*: a propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 134, pp. 33-44.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2011). Demagogia e inacción estatal. Derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. *Gaceta Constitucional*, número 43, pp. 339-351.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2009). Paternidades negadas: aplicación del enfoque de género a las normas peruanas de investigación de paternidad extramatrimonial. Ponencia presentada en el Encuentro Académico Latinoamericano de Justicia, Género y Sexualidad. Santiago de Chile.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2007). ¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28457 desde la perspectiva de género. *Derecho Virtual*. Año II, número 4, marzo-junio 2007.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC, de fecha 19 de julio de 2011.

Tribunal Constitucional (2009). Sentencia en el Expediente N° 00815-2007-PHC/TC, de fecha 7 de diciembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2008). Sentencia en el Expediente N° 02728-2007-AA/TC, de fecha 9 de julio de 2008.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia en el Expediente N° 06648-2006-PHC/TC, de fecha 14 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia en el Expediente N° 00023-2005-AI/TC, de fecha 27 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia en el Expediente N° 003-2005-PI/TC de fecha 9 de agosto de 2006

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia en el Expediente N° 06712-2005-HC/TC, de fecha 17 de octubre de 2005.

Tribunal Constitucional (2005b). Sentencia en el Expediente N° 04903-2005-PHC/TC, de fecha 8 de agosto de 2005.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2007). La decisión de la Corte Suprema de Justicia del Perú acerca de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial. De las defensas tontas y los padres cobardes. *Jus Jurisprudencia*, número 6, pp. 15-18.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2004). ADN: Génesis del hombre y espíritu de la filiación. *Cuadernos Jurisprudenciales*. Lima, Año 4, número 37, pp. 3-18.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2002). La filiación ¿no es cuestión de sexo, es cuestión de piel!. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Año 8, número 40, pp. 19-34.

Varsi Rospigliosi, Enrique (1999). *Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Cultura Económica.

Villanueva Flores, Rocío (1999). Análisis del derecho y perspectiva de género. *AA.VV. Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 26 de octubre 2018

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE DE LA NIÑEZ INDÍGENA EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS

RIGHT TO INTERCULTURAL BILINGUAL EDUCATION FOR INDIGENOUS CHILDREN IN PERU: PROGRESS AND CHALLENGES

Karen Maribel Rebaza Vílchez¹

Nuccia Seminario Hurtado²

*“Manan runasimillapi rimaqtiykuqa
ancha kasuwankuchu, kastillanu
rimaqtaqa, ichaqa, uyarinku pacha,
chaymi ñuqayku iskaynin simitapuni
wawaykuq yachananta munayku. (...)*

*No nos hacen caso cuando hablamos en
quechua, pero cuando hablan castellano
sí les escuchan de inmediato; por eso
queremos que nuestros hijos aprendan
ambas lenguas (...)*”

Santiesteban et al. Diagnóstico sociolingüístico para el fortalecimiento del quechua en comunidades campesinas de Canchis (Cusco), 2008.

Resumen

El Perú es un país pluricultural y multilingüe donde habitan 55 pueblos indígenas u originarios (51 pueblos amazónicos y 4 andinos) que hablan un total de 47 lenguas indígenas, según la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura del Perú. Asimismo, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), el número de niñas, niños y adolescentes cuya lengua materna es indígena asciende a 2 millones aproximadamente, representando al 8% de la población nacional.

Esta diversidad representa un desafío para el Estado peruano en la formación educativa de calidad básica y superior. Bajo ese contexto, el presente artículo

¹ Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos con estudios concluidos de Maestría en Gestión Pública. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Correo electrónico: karenrebazav@unife.edu.pe

² Coordinadora General del Círculo de Estudios en Ambiente y Desarrollo Sostenible (CEADES) de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Estudiante del XI ciclo de la Facultad de Derecho de dicha casa superior de estudios. Correo electrónico: nucciaseminarioh@unife.edu.pe

tiene como objetivo analizar el tratamiento jurídico, avances estatales y desafíos en la garantía del derecho a la educación intercultural bilingüe de la niñez indígena peruana.

Palabra clave: Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional público, derechos de los pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los niños, derecho a la educación intercultural bilingüe y políticas públicas.

Abstract

Peru is a pluricultural and multilingual country inhabited by 55 indigenous or indigenous peoples (51 Amazonian and 4 Andean peoples) who speak a total of 47 indigenous languages, according to the Official Database of Indigenous Peoples of the Ministry of Culture of Peru. Moreover, according to the National Institute of Statistics and Informatics (INEI), the number of children and adolescents whose mother tongue is indigenous amounts to approximately 2 million, representing 8% of the national population.

This diversity represents a challenge for the Peruvian State in the educational formation of basic and superior quality. In this context, this article aims to analyze the legal treatment, state advances and challenges in guaranteeing the right to bilingual intercultural education of Peruvian indigenous children.

Keywords: Human rights, constitutional law, public international law, indigenous people rights, economic, social and cultural rights, children rights, bilingual intercultural education right and public policies.

I. INTRODUCCIÓN

La riqueza cultural en nuestro país debe ser abordada en el plano educativo a través de la implementación de medidas legislativas y políticas públicas que respondan a los desafíos que de ella provienen.

La educación intercultural bilingüe, orientada particularmente a la atención de los estudiantes de pueblos originarios, garantiza la equidad educativa en el territorio nacional, y con ello, el ofrecimiento de servicios que respondan a las características y necesidades educativas de todos los peruanos.

En los últimos años se han ido desarrollando importantes iniciativas legislativas y políticas públicas en la materia, teniendo en cuenta ello,

en el presente artículo analizaremos la vigencia efectiva del derecho a la educación intercultural bilingüe de la niñez indígena desde el ámbito normativo interno e internacional para luego identificar los avances y retos del Estado peruano en la materia.

II. LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LINGÜÍSTICA EN EL PERÚ

El Perú es un país pluricultural y multilingüe porque en sus espacios geográficos existen colectividades que poseen una variedad de culturas y lenguas. Esta diversidad es reconocida como un derecho fundamental de orden constitucional en el artículo 2, inciso 19 de la Carta Magna vigente³, que protege desde todas las aristas la identidad cultural, etnolingüística, en especial el derecho de minorías, denominado “pueblos indígenas”.

Dicha denominación es relativamente reciente. Los pueblos indígenas o también conocidos como “pueblos originarios” son descendientes de la población u ocupantes originales de tierras antes que fueran conquistadas por otros, constituyéndose así como sujetos de derecho al ser destinatarios de derechos, deberes y obligaciones.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su artículo 1 establece los siguientes elementos para identificar un pueblo indígena:

1. Son pueblos anteriores a los estados y tienen continuidad histórica.
2. Sus ancestros habitaron el mismo lugar.
3. Tienen sus propias instituciones culturales, sociales y económicas.
4. Tienen conciencia de sí mismos como comunidad indígena.

En la legislación peruana, por su parte, son conceptualizados como “aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En estos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial⁴”.

Ahora bien, la lengua o idioma es una institución sociocultural que expresa la identidad de un pueblo, ya que es un referente de su cosmovisión

³ Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 2, inciso 19.- Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

⁴ Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Ley N° 28736 de 2006. Literal a), Art. 1.

y permite la transmisión de conocimientos. La lengua permite comprobar el criterio objetivo de instituciones distintivas y la continuidad histórica, en los casos que la lengua sea originaria (Ministerio de Cultura, 2014, p. 30). En ese sentido, según Miguel León Portilla “las lenguas originarias en la vida de los pueblos indígenas son consideradas como el inventario de cultura, por eso cuando muere alguna es una verdadera tragedia. En ese momento dejan de irse canciones, plegarias y vivencias. Cuando muere una lengua la humanidad se empobrece⁵”.

Como podemos observar, garantizar la identidad cultural lingüística es indispensable para el desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas. Según el Ministerio de Cultura, en el Perú predominan cuarenta y siete lenguas originarias, de las cuales en la región selva se hablan alrededor de cuarenta y tres, mientras que en la región sierra cuatro. Ellas son catalogadas como una “riqueza lingüística y cultural” que la Constitución Política del Perú en su artículo 48⁶ y la Ley N° 27935, “Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, fomento y recuperación de las lenguas originarias” protegen y reconocen⁷.

Es importante el uso de nuestras lenguas y su revalorización porque forman parte de la identidad de nuestros pueblos y son un vehículo de transmisión de la cultura. Cada expresión y concepto en nuestras lenguas encierra detrás miles de años de conocimiento que se han ido formando, de manera de sentir, ver y recrear el mundo que nos rodea; en ese sentido, es importante seguir utilizando nuestras lenguas originarias porque son una herencia de nuestros antepasados⁸.

En el Perú hasta la fecha han sido registradas cuarenta y siete (47) lenguas indígenas, las cuales son habladas por 4 millones de personas, aproximadamente. Tenemos 4 lenguas en los andes y 43 lenguas en la zona amazónica⁹. Según las estadísticas del Ministerio de Educación (MINEDU), en el Perú las lenguas originarias predominantes son: 1) achuar, 2) aimara, 3) amahuaca, 4) arabela, 5) ashaninka, 6) awajún, 7) bora, 8) capanahua, 9)

⁵ León-Portilla, Miguel. Discurso en el encuentro «Telar de voces: Literatura en Lenguas Mexicanas», en Informe Defensorial N°174 “Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021. Una política de Estado imprescindible para el desarrollo de los pueblos indígenas”, elaborado por el Programa de Pueblos Indígenas de la Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo.

⁶ Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 48.- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

⁷ Ministerio de Cultura. *10 cosas que debes saber de las lenguas indígenas peruanas y sus hablantes*, Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/paginternas/tablaarchivos/2013/05/10cosasquedebeassabersobre lenguasindigenas.pdf>

⁸ Vídeo “Promoviendo la diversidad lingüística” – Ministerio de Cultura. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=TxGqd74N1UI>

⁹ Vídeo “Perú país de muchas lenguas” – Ministerio de Cultura. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=9ZCUzs2XiI4>

cashinahua, 10) cauqui, 11) chamicuro, 12) ese eja, 13) harakbut, 14) ñapari, 15) iquito, 16) isconahua, 17) jaqaru, 18) kakataibo 19) kakinte (caquinte), 20) kandozi–chapra, 21) kukama–kukamiria, 22) madija (culina), 23) maijuna, 24) matsigenka, 25) matses, 26) muniche, 27) murui-muinani, 28) nanti, 29) nomatsigenka, 30) ocaina, 31) omagua, 32) quechua, 33) resígaro, 34) secoya, 35) sharanahua, 36) shawi, 37) shipibo-konibo 38) shiwilu, 39) taushiro, 40) tikuna (ticuna), 41) urarina, 42) wampis, 43) yagua, 44) yaminahua, 45) yanesha, 46) yine y 47) yora.¹⁰

Asimismo, según las estadísticas del CENSO de 2017, el 17% de la población peruana tenía como lengua materna una lengua originaria, eso significa que más de 5 millones de peruanos tienen como lengua materna otra que no es el castellano y se encuentra predominantemente en Lima Metropolitana¹¹. Bajo ese contexto, consideramos que el Estado Peruano necesita brindar a los pueblos indígenas un tratamiento jurídico especial para su protección.

III. DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE DE LA NIÑEZ INDÍGENA

Para definir el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB), consideramos importante desglosar los conceptos -derecho a la educación-, -derecho a la identidad colectiva- y -derechos lingüísticos.

Según el Tribunal Constitucional Peruano el derecho a la educación “es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades”¹², es decir, es un derecho de empoderamiento para participar plenamente en la sociedad. Bajo esa misma línea, el destacado constitucionalista García Toma (2008) expresó que “el derecho fundamental a la educación garantiza a toda persona el interés jurídicamente protegido de recibir una formación que tiene por finalidad su desarrollo integral y la promoción del conocimiento (p.380).

Asimismo, el derecho a la *identidad colectiva* puede ser definido como el conjunto de rasgos afines de una determinada comunidad que hace que se diferencia de otro, pues, dichos rasgos tienen que ver con

¹⁰ Ministerio de Educación. Documento Nacional de Lenguas Originarias del Perú. Recuperado de: <http://www2.minedu.gob.pe/files/ogecop/DNL-version%20final%20WEB.pdf>

¹¹ Centro de Estudios Constitucionales. I Seminario de Derechos Lingüísticos y Justicia Constitucional. Ponencia de: Elena Antonia Burga Cabrera, Viceministra de Interculturalidad de la República del Perú, 20 de junio de 2018.

¹² STC. Expediente N°00091-2005-PA/TC, fundamento 6 A.

las costumbres y tradiciones, con ideas, con valores, con actitudes, con el idioma, entre otros. Los derechos lingüísticos, por su parte, son los derechos fundamentales y colectivos que facultan a la persona a usar su lengua materna en todos los espacios sociales. Esto implica desarrollar su vida personal, social, educativa, política y profesional en su propia lengua; recibir atención de los organismos públicos y pertenecer a una comunidad lingüística reconocida y respetada¹³.

En relación a ello, el Tribunal Constitucional Peruano expresa que “los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República (...)”¹⁴. Al respecto, Ordoñez (2013) señala que “el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) es una manifestación constitucional del derecho a la identidad cultural cuya protección la encontramos consagrada a nivel nacional como internacional” (p.87).

Seguidamente Abarca (2015) señala que “la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) es un modelo educativo que ha intentado dar respuesta a la formación de niños y niñas indígenas y/o migrantes, que sustentan diversidad cultural, étnica y lingüística, con el fin de favorecer la identidad individual, como también contribuir a la conformación de identidades nacionales en las cuales conviven ciudadanos de origen diverso” (p.3) ; y su objetivo es “el desarrollo de la competencia intercultural- bilingüe en los educandos para que esto contribuya a una educación justa para la niñez a procesos de democratización y equidad social (Zavala y Córdova, 2003, p.15).

Bajo ese orden de ideas, podemos señalar que el derecho a la educación intercultural bilingüe es un derecho fundamental de orden constitucional de carácter colectivo porque se le atribuye a un determinado grupo denominado “pueblos indígenas”. Asimismo, se constituye como la seguridad de continuidad en dos vertientes: en un sentido biológico, pues asegura la continuidad del grupo; y en un sentido social y cultural, pues se cifra en ellos la continuidad de la cultura. Por ello existe el compromiso del Estado para proteger estos dos aspectos de la niñez, ya que son sujetos principales de la educación”¹⁵.

¹³ Ministerio de Cultura. Tríptico de Traductores e intérpretes de Lenguas Indígenas. Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/Triptico.pdf>

¹⁴ STC. Expediente N° 00889-2017-PA/TC, fundamento 8.

¹⁵ Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Taller Internacional sobre Asistencia Técnica en Interculturalidad a Instituciones Educativas de Lima Metropolitana, ponencia de Gustavo Luis Fonseca, tema: «Nuestra diversidad de lenguas y culturas para el desarrollo de la Interculturalidad-pautas para la elaboración de un diagnóstico lingüístico y sociocultural», noviembre 2017.

Es así que la EIB se caracteriza como democrática y popular. Es democrática porque da igualdad de oportunidades a la población de lengua y cultura nativas. Es popular porque está orientada a promover la participación de comunidades de lengua y culturas nativas. (Soto, 2008, p.16).

IV. TRATAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los instrumentos jurídicos internacionales marcaron una transcendencia fundamental para la protección del derecho a la educación intercultural bilingüe, por ello en las siguientes líneas abordaremos el tratamiento jurídico de esta temática a nivel universal e interamericano.

4.1 Sistema Universal

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶ ratificada por 195 Estados durante los años 1989 a 1992, tiene el propósito de proteger internacionalmente el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Según Romero (2006) manifiesta que “para los efectos de dicha Convención, se entendió por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes, la mayoría de edad (p. 197). El derecho a la educación está expreso en dicho instrumento jurídico internacional, en sus artículos 28° y 30°, considerando a la educación como un derecho inherente del niño, imprescindible para el desarrollo de sus actitudes, habilidades y capacidades mentales en el ejercicio de su formación mental, física y educativa.

Asimismo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)¹⁷, reconocido como el principal instrumento de los derechos de pueblos indígenas, en sus artículos 27° y 28° reconocen el fomento de la educación indígena. Adicionalmente, en su artículo 1, inciso b) señala que el Convenio se aplica a: “(...) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”¹⁸.

¹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por Perú el 26 de enero de 1990 y aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278 el 3 de agosto de 1990 por el Congreso de la República del Perú.

¹⁷ Convenio N°169, Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos y tribales en países independientes. Firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989, aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253.

¹⁸ Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fundación René Cassin. VI Curso Internacional de Actualización: Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Políticas Públicas a favor de Grupos en situación de Vulnerabilidad. Ponencia de: Daniel Cerqueira, Módulo VII: «Políticas públicas a favor de Pueblos Indígenas y poblaciones afrodescendientes, basadas en un enfoque de DDHH desde el SIDH», marzo 2018.

Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)¹⁹, en su artículo 14° señala lo siguiente: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. 2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma”. Como podemos observar, esta Declaración resalta la importancia de la adecuada formación educativa de los pueblos indígenas.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)²⁰, conocido como PIDESC, en su artículo 13° establece la obligación de educación universal y gratuita, considerándola una obligación de resultado. Asimismo, el Primer Protocolo Facultativo del PIDESC, reconoce la competencia de su Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos (que se hallen bajo jurisdicción de un Estado parte del PIDESC) que aleguen ser víctimas de una violación del citado Pacto Internacional.

Respecto a este punto, es importante precisar que el Estado Peruano no ha ratificado aún dicho Protocolo. En ese sentido, el Comité del PIDESC no tiene competencia para recibir comunicaciones de particulares que aleguen la vulneración del derecho a la educación.

4.2 Sistema Interamericano

La Convención Americana de Derechos Humanos²¹ o también conocida como Pacto San José (1969), en su artículo 26° establece la obligatoriedad de los Estados partes para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, como es el caso del derecho a la educación. Además, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas²² (2016), en su artículo 15°.1 establece que “los pueblos y personas indígenas, en particular los niños

¹⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A. el 10 de diciembre de 1948.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, por el Gobierno de la República del Perú mediante Decreto Ley N°22129.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Gobierno de la República del Perú mediante Decreto Ley N°22231, el 27 de julio de 1977.

²² Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación”.

Por otro lado, es preciso indicar que el Informe Consultivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de fecha 30 de noviembre de 2017, reiteró las obligaciones estatales de los Estados partes para garantizar derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sobre el particular, expresó que “la perspectiva intercultural supone un respeto por las diferencias, reconoce y respeta el derecho a la diversidad y fomenta la interacción entre culturas de una forma equitativa, donde se concibe que ningún grupo cultural se encuentre por encima del otro, y reconoce y valora los aportes de todos ellos en la sociedad (...)” (p. 150, fundamento 384).

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) determinó en el caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay que: “la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, el Estado debe limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”²³

En esa misma línea, la Corte IDH en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador señaló que: “(...) el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades”²⁴, es decir, en el caso de la educación intercultural bilingüe se considera fundamental la participación de la comunidad indígena para el desarrollo de las políticas públicas, asimismo para su desarrollo como personas humanas en el ámbito educativo, cultural y lingüístico.

V. TRATAMIENTO JURÍDICO INTERNO

En el ordenamiento peruano, la educación intercultural bilingüe asume dos vertientes –interculturalidad- y –lengua originaria- desde una concepción social, antropológica y jurídica. A propósito de ello, a continuación incidiremos en la normatividad interna que protege estas dos vertientes.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), fundamento 37.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia 27 de junio de 2012 (fondo, reparaciones y costas), fundamento 301.

La Constitución Política del Perú vigente, en su artículo 17° reconoce la obligatoriedad del Estado de fomentar y garantizar la educación. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional Peruano, en el expediente 00853-2015-PA/TC, expresó que la educación permite a las personas adquirir lo necesario para convertirse en ciudadanos e insertarse en la sociedad y por ello nos encontramos ante un mandato rectamente vinculante para el Estado Peruano²⁵.

Por su parte, el Código de los niños, niñas y adolescentes, en su artículo 14, expresa las obligaciones del Estado Peruano para garantizar la gratuidad pública de la enseñanza para quienes tienen limitaciones económicas, y en el inciso d) de su artículo 15, señala que la educación básica en las zonas donde haya predominancia de una lengua originaria, debe garantizar el respeto a los padres, a la propia identidad cultural, al idioma, a los valores nacionales y los valores de los pueblos indígenas.

Asimismo, la Ley N° 28044, Ley General de Educación, promulgada el 17 de julio de 2003, establece en su artículo 2, que “la educación es un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica” y con ello se refuerza la obligatoriedad estatal de brindar a todos una educación inclusiva de calidad. De forma particular, la Ley N° 27818, Ley Educación Bilingüe Intercultural, promulgada 22 de julio de 2002, garantiza la vigencia efectiva del derecho a la educación desde una cosmovisión indígena, perseverando su interculturalidad y lengua originaria.

Seguido a ello, la Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, fomento y recuperación de las lenguas originarias, promulgada en julio del 2011, también conocido como Ley de los Derechos Lingüísticos, en el inciso h) de su artículo 4, señala que toda persona tiene derecho a recibir educación en su lengua materna y en su propia cultura bajo una visión intercultural. Asimismo, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 004-2016-MC, señala en su artículo 33° y 35° lo siguiente:

“Artículo 33.- La Educación Intercultural Bilingüe

33.1. La Educación Intercultural Bilingüe (EIB) se imparte en todas las etapas, niveles y modalidades del sistema educativo, y tiene como destinatarios a los miembros de los pueblos indígenas u originarios que tienen una lengua indígena u originaria como lengua materna o lengua de herencia.

²⁵ STC expediente N° 00853-2015-PA/TC fundamento 67.

33.2. *El Ministerio de Educación diseña la Política Nacional de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe, el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, el modelo de servicio de Educación Intercultural Bilingüe con diversas formas de atención, y todas las herramientas pedagógicas y de gestión necesarias, a efectos de garantizar la enseñanza de las lenguas indígenas u originarias en el marco de una propuesta pedagógica cultural y lingüísticamente pertinente.*

Artículo 35.- Alfabetización intercultural

El Ministerio de Educación es el ente encargado de emitir las normas necesarias para el correcto desarrollo de los Programas de Alfabetización Intercultural. Los temas principales a ser desarrollados son los siguientes:

- 1. Orientaciones para que el Programa tome en cuenta las características socioculturales y lingüísticas de sus beneficiarios/as.*
- 2. Elaboración de los materiales educativos del Programa de Alfabetización a partir de los conocimientos y actividades socioproductivos de los/las beneficiarios/as y sus pueblos en la lengua indígena u originaria de los mismos.*
- 3. Estrategias de fortalecimiento de capacidades a los/las docentes y facilitadores/as del Programa de Alfabetización con un enfoque de Educación Intercultural Bilingüe.*
- 4. Sistema de información con enfoque intercultural bilingüe de los/las beneficiarios/as del Programa.*
- 5. Mecanismos para asegurar la participación de las organizaciones representativas indígenas en la implementación de los programas de alfabetización en los ámbitos interculturales bilingües.*
- 6. Otros datos de importancia en la materia.*

En esa misma línea, el artículo 3° de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios²⁶, señala que “la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”.

²⁶ Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012- MC

Entonces, de ambos dispositivos legales podemos colegir que el Estado peruano considera crucial su comunicación con los pueblos indígenas, particularmente cuando se debe tomar una decisión que repercute en su comunidad. En ese contexto, consideramos que la educación intercultural bilingüe para la participación indígena es fundamental.

Respecto al desarrollo jurisprudencial del **derecho a la educación**, el Tribunal Constitucional en el expediente N°00853-2015-PA/TC estableció que “el artículo 13 de la Constitución establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, y su artículo 14 estipula que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad”²⁷.

Asimismo, en relación al **derecho a la identidad cultural**, señaló que es “la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”²⁸. Y este análisis, sin duda, tiene relación directa con en el artículo 2, inciso 1 de la Carta Magna vigente, que señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

Por otro lado, en relación a los **derechos lingüísticos**, el Tribunal Constitucional en el expediente 00889-2017-PA/TC, expresó que “la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de una lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predominio el unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, debe ser oficial en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48° de la Constitución”²⁹. En relación a ello, el artículo 48° de la Constitución Política vigente, señala que “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

Respecto a esta reciente sentencia, se debe destacar que desarrolla el **derecho al idioma propio**, enfocando desde dos vertientes: el derecho

²⁷ STC expediente N° 00853-2015-PA/TC, fundamento 9.

²⁸ STC expediente N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 5.

²⁹ STC expediente N° 00889-2017-PA/TC, fundamento 9.

al habla de una lengua distinta al castellano y el derecho de usar la lengua en donde predominen las lenguas originarias, establecidos en el inciso 19 del artículo 2 y artículo 48 de la Constitución Política del Perú, respectivamente.

El reconocimiento constitucional del derecho a la educación intercultural bilingüe en la niñez indígena constituye un importante avance en el tratamiento jurídico interno, lo que ayudará a que los niños indígenas reciban una educación de calidad y puedan difundir su cultura y lengua, pues, según el Ministerio de Educación (2013) “la educación peruana contribuirá a lograrlo en la medida que esta educación se caracterice por ser bilingüe por lo menos para quienes poseen el privilegio de tener como lengua materna una lengua autóctona e intercultural.” (p.89)

Entre otros instrumentos jurídicos importantes, cabe destacar la Resolución Suprema N° 001-2007-ED, que aprobó el “Proyecto Educativo Nacional al 2021: La Educación que queremos para el Perú”, el Decreto Supremo 006-2016-MINEDU, que aprobó la “Política Sectorial de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe”, y la Resolución Ministerial N° 629-2016-MINEDU, que aprueba el “Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021”, ya que los tres instrumentos tienen como objetivo incorporar la visión y conocimiento indígena en las respectivas estrategias educativas y metodológicas al “establecer la interculturalidad como clave de la educación, siempre relacionado con el desarrollo de la identidad como ciudadano”. (González, 2015, p. 388)

A pesar de este importante avance en materia de políticas públicas, la existencia de brechas hacia la promoción de la educación intercultural bilingüe en la niñez indígena sigue siendo un reto para el Gobierno peruano, puesto que se espera lograr garantizar la vigencia efectiva de este derecho mediante docentes debidamente capacitados³⁰.

En dicho contexto, en el año 2017 se aprobó la Resolución Directoral N°001-2017-MINEDU/VMGP/DIGEIBIRA, el cual “establece disposiciones para acreditar el dominio de la lengua originaria y de la cultura local en el marco de los concursos públicos de ingreso a la carrera pública magisterial”; sin embargo, a la fecha, los sectores concernidos no han informado acerca de los resultados obtenidos de su puesta en práctica.

³⁰ DIGEIBIRA. Procesos de la Educación Intercultural Bilingüe. Recuperado de: <https://sites.google.com/site/gestiondigeibira/-registro-nacional-de-docentes-bilingues-en-lenguas-originarias-2018-actualizacion/02-resultados-de-la-evaluacion-2017>

VI. LEGISLACIÓN COMPARADA

6.1 Bolivia

El Estado de Bolivia, en el artículo 1° de su Carta Magna vigente³¹ expresa que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”, reconociendo la diversidad cultural que predomina en su territorio; asimismo, en su artículo 5° reconoce la diversidad lingüística señalando que “son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese eja, guaraní, guarasú'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawayá, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco”.

En relación a ello, Godoy (2015) manifestó que en “Bolivia se habla más de una treintena de lenguas ya que, junto con el quechua, el aymara y el español, que son mayoritarias en el Altiplano y las zonas centrales, en las Tierras Bajas del oriente se puede escuchar una gran diversidad de lenguas de los pueblos guaraníes y amazónicos.” (p.1)

Asimismo, el 7 de julio de 1994, Bolivia aprobó la Ley N°1565, Ley de Reforma Educativa, la cual instauró la educación intercultural bilingüe en su disposición normativa interna. El inciso 5, artículo 1) de dicha Ley expresa que la educación boliviana es “intercultural y bilingüe, porque asume la heterogeneidad socio-cultural del país en un ambiente de respeto entre todos los bolivianos, hombres y mujeres”, marcando un hito histórico en materia lingüística, ya que a raíz de esta normativa se oficializaba en el sector educativo las lenguas quechua, aymara y guaraní; bajo esa misma línea, en el inciso 5 de su artículo 3°, señala que son objetivos principales del Estado Plurinacional Boliviano “construir un sistema educativo intercultural y participativo que posibilite el acceso de todos los bolivianos a la educación, sin discriminación alguna”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano en el Expediente N°09520-2014-20-CEA enfatizó que “el modelo de Estado reconoce la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC); fundamentándose, en el respeto a la pluralidad y el pluralismo, en diferentes

³¹ Constitución Política del Estado Boliviano, en vigor desde el 7 de febrero de 2009.

ámbitos como el político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, en un escenario de convergencia del proceso de construcción del Estado Plurinacional”³², de esa manera el Estado boliviano reconoce en su Carta Magna vigente la diversidad cultural y lingüística.

6.2 Colombia

La República de Colombia, a través de su Constitución Política de 1991³³, se reconoce como un Estado pluricultural y plurilingüe, pues su carta magna expone un conjunto de artículos que hacen alusión a la diversidad étnica, cultural y lingüística presentes en el territorio nacional, además de presentar una serie de artículos para garantizar su supervivencia, proponiendo la educación étnica y bilingüe. (Pulido, 2012, p. 233)

Por ello, el derecho a la educación intercultural bilingüe es un derecho fundamental reconocido en su máximo instrumento normativo, y constituye una garantía para que los respectivos grupos étnicos puedan obtener oportunidades de recibir una educación de calidad desde las aristas culturales y lingüísticas. El artículo 70 de su Constitución expresa que “el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”.

Asimismo, la jurisprudencia colombiana ha señalado que “la Carta elevó al rango de principios fundantes del Estado, la pluralidad y la participación; estableciendo la obligación estatal de reconocer y proteger la identidad cultural al merecer todas igual respeto por su dignidad”³⁴; y que “el derecho fundamental a la etnoeducación ha sido desarrollado como una forma de materializar la autonomía, identidad étnica y cultural de las comunidades, pues una manera adecuada de preservar los usos y costumbres de una comunidad indígena, es la de garantizar que la educación que se les ofrece a las nuevas generaciones de esta comunidad se desarrolle conforme a sus tradiciones, creencias, lenguas y los conocimientos fundados en la historia de sus antepasados”³⁵.

³² Tribunal Constitucional Plurinacional. Declaración Constitucional Plurinacional 0009/2017, Expediente N°09520-2014-20-CEA, fundamento II-A. Recuperado de : [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(tgugwcfinky1vn1u2f4vr1qea\)\)/WfrJurisprudencia.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(tgugwcfinky1vn1u2f4vr1qea))/WfrJurisprudencia.aspx)

³³ Constitución Política de Colombia. 1991. Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

³⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-871/13 fundamento 2.3.2.

³⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-871/13 fundamento 2.3.4.

En cuanto a las políticas educativas de la educación intercultural bilingüe, a lo largo de la década 1994-2004, Colombia ha realizado diferentes iniciativas con el propósito de medir el impacto de los cambios y tendencias generados por su Constitución de y en un contexto de convivencia de grupos étnicos culturalmente diferenciados³⁶.

6.3 Ecuador

El Estado Constitucional de Ecuador en su Carta Magna vigente³⁷ reconoce la diversidad cultural y lingüística situada en su territorio, puesto que en su artículo 2° señala que "(...) el castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso (...)", como podemos observar, algunas lenguas originarias son consideradas como oficiales a raíz del fenómeno de la interculturalidad.

Con respecto a la educación intercultural bilingüe, en su artículo 29 señala que "el Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural"; y en su artículo 343 determina que "(...) el sistema nacional de educación integrará una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades"; en ese sentido, el Estado ecuatoriano tiene normativa y políticas públicas para garantizar la educación intercultural bilingüe partiendo desde un marco constitucional.

Según el Ministerio de Educación de Ecuador la población autoidentificada como indígena que asistió a clases entre la educación general básica y el bachillerato en el 2006, fue de 95.471 estudiantes, y al 2014, fue de 148.956 estudiantes, por ello se ha aspirado que el crecimiento se haya sostenido, para que de esa manera, todos los autoidentificados como indígenas, tengan una educación intercultural bilingüe de calidad. En el 2006, la tasa neta de asistencia a educación general básica identificada como indígena fue de 88.87% (234.065 estudiantes), y al 2014, fue de 95,73 % (264.098 estudiantes). La principal meta de la EIB en Ecuador, es que todos los estudiantes indígenas terminen el bachillerato.³⁸

³⁶ Vídeo "Educación Intercultural en Colombia" - Universidad Pedagógica Nacional. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=TL7r7sKuknM>

³⁷ Constitución de la República de Ecuador, entró en vigencia el 20 de octubre de 2008.

³⁸ Vídeo "Educación Intercultural Bilingüe"- Ministerio de Educación Ecuatoriano. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Q0AAdu24XAU>

Al respecto, Cornejo (2008) señala que “la necesidad de que la institución educativa se relacione con la comunidad y de que sea parte de ella como un organismo más del sistema interno, constituye una de las necesidades más urgentes” (p.72) en el marco ecuatoriano y que por ello se promulga la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI)³⁹ que en su artículo 1° determina expresamente que se debe garantizar el derecho a la educación, mediante la determinación de los principios y fines generales que orientan su educación ecuatoriana en el marco del Buen Vivir, la interculturalidad y la plurinacionalidad; así como las relaciones entre sus actores. Asimismo, en su artículo 77 señala que el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe comprende el conjunto articulado de todas las políticas, normas e integrantes de la comunidad educativa desde el nivel comunitario, circuitos educativos, distrital y zonal, que tengan relación directa con los procesos de aprendizajes en idiomas ancestrales y oficiales, como principal ente para salvaguardar el derecho a la educación intercultural bilingüe de los niños, niñas y adolescentes miembros de un pueblo originario.

6.4 Canadá

El Estado de Canadá es un gobierno monárquico parlamentario federal, conformado por 10 provincias, y cada una de ellas con competencias distintas. Su población está conformada por ascendencia británica y francesa, quienes constituyen los grupos étnicos más grandes en su territorio, con el 40% de las poblaciones británicas y el 27% de las francesas. Los canadienses franceses e ingleses están distribuidos de manera desigual en todo el territorio⁴⁰, por ello, Canadá es considerado como un Estado Bilingüe, que en su Constitución vigente⁴¹, artículo 133⁴², reconoce su bilingüismo; y el fomento de la educación intercultural bilingüe.

El derecho a la instrucción primaria o secundaria y el uso del idioma, son derechos fundamentales de orden constitucional, reconocidos en su Carta Magna vigente. Según Morin (2017) “los derechos lingüísticos en Canadá tienen como objetivo respetar y promover los derechos humanos comunidades minoritarias para que florezcan en todo el país. Dado que su

³⁹ Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada el 31 de marzo de 2011.

⁴⁰ Enseignement Bilingüe au Canada. Recuperado de: <http://www.unavarra.es/tel21/fr/canada.htm>

⁴¹ Constitución Canadiense. Leyes Constitucionales Canadienses de 1867 a 1982.

⁴² Constitución Canadiense. Artículo 133.- En las Cámaras del Parlamento de Canadá y las Casas de la Legislatura de uso opcional y obligatoria de Quebec, el uso de la lengua francesa o del idioma inglés, en los debates, serán facultativo la lengua francesa e inglesa; pero en la redacción de los respectivos archivos, minutas y diarios de estos salas, el uso de estos dos idiomas será obligatorio; y en cualquier alegato o exhibición de procedimientos antes o a través de los tribunales de Canadá que se establecerán bajo la autoridad de esta Ley, y ante cualquier tribunal o que emane de los tribunales de Quebec, el uso de uno u otro de estos idiomas también puede ser utilizado. Si existen padres que hablan francés y viven en una provincia de habla inglesa, pueden exigir que sus hijos vayan a los colegios de habla inglesa.

interpretación debe ser coherente con su propósito, debe ser coherente con el mantenimiento de las comunidades de idioma oficial en Canadá” (p.4), contribuyendo así con el fomento de la educación bilingüe.

Asimismo, existen otros instrumentos jurídicos en marco interno que protegen el bilingüismo enfocado en la educación. La Carta Canadiense de los Derechos y Libertades⁴³, que en su artículo 16⁴⁴ reconoce al inglés y francés como lenguas oficiales del Estado Canadiense, y el artículo 23⁴⁵ que señala el derecho a la educación del ciudadano canadiense según uso de idioma, este sea inglés o francés, por ejemplo, “si existen padres que hablan francés y viven en una provincia de habla inglesa, pueden exigir que sus hijos vayan a los colegios de habla inglesa”. Además, Canadá ha implementado una serie de políticas públicas que regulan los programas de financiación de componentes públicos relacionados con la educación, de esa manera, el Gobierno federal transfiere los fondos para estas actividades a sus diversas provincias y territorios⁴⁶.

VII. AVANCES ESTATALES

7.1 Poder Ejecutivo

7.1.1 Ministerio de Educación (MINEDU)

Según el Ministerio de Educación (MINEDU), “la Educación Intercultural Bilingüe tiene como principal objetivo motivar y apoyar a los estudiantes a ser los constructores de sus propios aprendizajes⁴⁷”. Para ello, han distribuido material educativo en 27 lenguas para 625 mil escolares de 17 mil escuelas interculturales bilingües. Los textos están en quechua y en sus variantes

⁴³ Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, adoptada en 1982.

⁴⁴ Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. Artículo 16.- (1) El francés y el inglés son las lenguas oficiales de Canadá; tienen condición de igualdad y derechos y privilegios iguales con respecto a su uso en las instituciones del Parlamento y del gobierno de Canadá.

⁴⁵ Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. Artículo 23.- (1) Los ciudadanos canadienses: a. cuya primera lengua aprendida y aun comprendida es la de la minoría francófona o anglófona de la provincia donde residen, b. que han recibido su instrucción primaria en francés o en inglés en Canadá y que residen en una provincia cuya lengua en la cual han recibido dicha instrucción es la de la minoría francófona o anglófona de la provincia tienen, en uno u otro caso, el derecho de educar a sus hijos, a nivel primario y secundario, en esta lengua. (2) Los ciudadanos canadienses de los cuales un hijo ha recibido o recibe su educación, a nivel primario o secundario, en francés o en inglés en Canadá tiene derecho a instruir a todos sus hijos, en los niveles primario y secundario, en esta lengua de instrucción. (3) el derecho reconocido a los ciudadanos canadienses por los párrafos (1) y (2) de instruir a sus hijos, a niveles primario y secundario, en la lengua de la minoría francófona o anglófona de una provincia: a. se aplica en cualquier parte de la provincia donde el número de hijos de ciudadanos que disfrutan de este derecho es suficiente para justificar la prestación, con cargo al erario público, de la instrucción en la lengua de la minoría; b. comprende, cuando el número de estos niños lo justifica, el derecho de instruirlos en centros de enseñanza de la minoría lingüística financiados por el erario público.

⁴⁶ Centro de Estudios Constitucionales. I Seminario de Derechos Lingüísticos y Justicia Constitucional. Ponencia de: Álvaro Córdova Flores, Asesor del Tribunal Constitucional Peruano, 21 de junio de 2018.

⁴⁷ Ministerio de Educación. En el Perú hay 47 lenguas originarias que son habladas por cuatro millones de personas. Noticia publicada el 26 de mayo de 2017. Recuperado de: <http://www.minedu.gob.pe/n/noticia.php?id=42914>

(collao, chanka, central, kichwa amazónico, incawasi Cañaris), aimara, awajún, ashaninka, shipibo-konibo, shawi, matsigenka, nomatsigenga, kakinte, achuar, wampis, urarina, cashinahua, harakbut, matsés, jaqaru, yine, ese eja, kakataibo, kandozi, chapra, yanesha y murui-muinani⁴⁸.

Teniendo en cuenta que la Ley N° 27818, Ley Educación Bilingüe Intercultural, establece como objetivo la creación de una política pública en la materia; mediante Resolución Suprema N° 001-2007-ED, se aprobó el “Proyecto Educativo Nacional al 2021: La Educación que queremos para el Perú” y mediante Resolución Ministerial N° 629-2016-MINEDU, el “Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021⁴⁹”, las cuales se orientan a formar niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores de pueblos originarios a la educación partiendo de una sociedad pluricultural y multilingüe.

El citado Plan Nacional tiene cuatro objetivos principales: 1) acceso, permanencia y culminación oportuna en la educación intercultural bilingüe (EIB), 2) currículo pertinente y propuesta pedagógica EIB, 3) formación inicial y en servicio de docentes EIB y 4) gestión descentralizada y participación social en EIB. A continuación, se detallará cada uno de ellos:

1) Acceso, permanencia y culminación oportuna en la Educación Intercultural Bilingüe (EIB)	2) Currículo pertinente y propuesta pedagógica EIB	3) Formación inicial y en servicio de docentes EIB	4) Gestión descentralizada y participación social en EIB
<p>Objetivo: Lograr el acceso a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores de los pueblos originarios un servicio educativo que garantice su derecho a la educación intercultural bilingüe y que culminen de manera “oportuna” todas las etapas de formación educativa.</p>	<p>Objetivo: Garantizar el desarrollo de enseñanzas y aprendizaje, para que garantice el derecho a la educación intercultural bilingüe a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores pertenecientes de los pueblos originarios. Asimismo, el diseño del currículo para los integrantes de pueblos originarios que busca fortalecer y revitalizar la lengua originaria, orientaciones culturales y fundamentar la interculturalidad.</p>	<p>Objetivo: Implementar formación docente bilingüe para que pueda brindar una calidad educativa a los miembros de los pueblos originarios.</p>	<p>Objetivo: Promover la participación activa y efectiva de los miembros de los pueblos originarios; padres, madres, hijos, etc. de esta manera, se realiza una gestión intercultural en las escuelas donde predominan las lenguas originarias como lengua materna y contribuir con la implementación de la política nacional EIB.</p>

⁴⁸ Ministerio de Educación. MINEDU exhibe alfabetos oficiales y materiales educativos en lenguas originarias, publicada el 22 de mayo de 2018. Recuperado de: <http://www.minedu.gob.pe/n/noticia.php?id=46749>

⁴⁹ Aprobado por Resolución Ministerial N°629-2016-MINEDU.

<p>Avances: Mediante Resolución Ministerial N° 246-2012-ED, se creó la Comisión Nacional de Educación Intercultural y Bilingüe (CONEIB) como espacio de participación y concertación entre el Ministerio de Educación y las organizaciones de los 20 pueblos indígenas andinos y amazónicos y las organizaciones afroperuanas, con el objetivo de contribuir en la implementación de las políticas de Educación Intercultural y Bilingüe, impartiendo el acceso de la educación EIB a los miembros de los pueblos indígenas, erradicando cualquier tipo de brecha que no permita el acceso, permanencia y culminación.</p>	<p>Avances: Se están implementando currículos con propuestas pedagógicas de EIB, y aseguran dotación, distribución oportuna y uso de recursos educativos.⁵⁰</p>	<p>Avances: Mediante Resolución Directoral N° 037-2014-MINEDU/VMGP-DIGESUTP, se rectificó el diseño curricular de algunas carreras profesionales y se asumió el compromiso por la formación de docentes EIB.⁵¹</p>	<p>Avances: Es más recurrente la participación de los familiares y miembros de un determinado pueblo indígena, pues, son prescindibles para que el niño pueda continuar con las prácticas de sus respectivos usos y costumbres, además del uso constante de la lengua materna, de esa manera, la participación colectiva en la educación intercultural bilingüe no solo se vuelve social sino también constructivo y didáctico.⁵²</p>
---	---	--	---

Elaboración propia.

7.1.2 Ministerio de Cultura

El Ministerio de Cultura ha recopilado información relevante acerca de las lenguas originarias, mapas etnolingüísticos y búsqueda de localidades. Todos estos registros son sumamente importantes y van de la mano con el desarrollo del derecho a la educación intercultural bilingüe porque de esa manera se protege la identidad cultural y lingüística de las 47 lenguas originarias, fomentándose así la educación desde la personificación cultural y lingüística.

Asimismo, es preciso señalar que el “Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe” es de gran interés para el Ministerio de Cultura, debido a que la educación con enfoque intercultural es una herramienta para reforzar, proteger y velar por los derechos colectivos de los pueblos indígenas, consolidando de esta manera la propia identidad cultural, lengua y los conocimientos colectivos y ancestrales de los pueblos⁵³.

⁵⁰ Ministerio de Educación. Objetivo 2. Recuperado de: http://www.minedu.gob.pe/campanias/pdf/2_objetivo.pdf

⁵¹ Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. Objetivo 3. Recuperado de: <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/5105/Plan%20Nacional%20de%20Educaci%C3%B3n%20Intercultural%20Biling%C3%BCe%20al%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵² Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. Objetivo 4. Recuperado de: <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/5105/Plan%20Nacional%20de%20Educaci%C3%B3n%20Intercultural%20Biling%C3%BCe%20al%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵³ Ministerio de Cultura. Noticia: Se aprueba el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/comunicacion/noticia/se-aprueba-el-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue>

También, el Decreto Supremo N°005-2017-MC, que emana de dicho Ministerio y aprueba la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad⁵⁴, tiene como objetivo garantizar los derechos lingüísticos de los hablantes de lenguas indígenas u originarias en el ámbito nacional, política pública que sin duda garantiza la vigencia efectiva de los derechos lingüísticos de los miembros de los pueblos originarios en las entidades estatales.

7.1.3 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) asume el compromiso estatal de diseñar, promover, coordinar, supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en favor de las mujeres y poblaciones vulnerables, entre las cuales se identifican las niñas, niños y adolescentes.

Dada la gran preocupación por la niñez peruana, el MIMP aprobó mediante Decreto Supremo N°001-2012-MIMP, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia - PNAIA 2012-2021, que está dividido en 6 metas emblemáticas y 4 objetivos estratégicos, con la visión que los niños, niñas y adolescentes en el Perú tengan igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Respecto a dicho Plan, debemos señalar que en 3 de sus 6 metas emblemáticas se refleja el compromiso del Estado Peruano por respetar, proteger y garantizar el derecho a la educación intercultural bilingüe a la niñez indígena, y ello se refleja en la segunda meta emblemática intitulada: “El 100% de las niñas y niños peruanos de 3 a 5 años de edad acceden a educación inicial de calidad”.

En ese orden de ideas, la tercera meta emblemática intitulada: “El 70% de las niñas y niños peruanos de segundo grado de primaria alcanza un nivel suficiente de comprensión lectora y razonamiento matemático”, es significativa para el progreso educacional de la niñez, especialmente en la niñez indígena, quienes deben recibir una educación suficiente en el tratamiento de razonamiento verbal y matemático desde su cosmovisión cultural y lingüística.

Finalmente, la quinta meta emblemática intitulada: “Las y los adolescentes acceden y concluyen en la edad normativa, una educación secundaria de calidad”, promueve el acceso a la educación secundaria en los adolescentes, y es que estos

⁵⁴ Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 10 de agosto de 2017.

son los futuros jóvenes de una nueva generación y es importante brindar una educación de calidad para que desarrollen todas sus actividades, en especial de formación intelectual de nuestros pueblos originarios. A continuación una breve descripción de las seis metas emblemáticas del citado Plan Nacional:

1) Desnutrición crónica de la primera infancia reducida al 5%	2) El 100% de las niñas y niños peruanos de 3 a 5 años de edad accede a educación inicial de calidad.	3) El 70% de las niñas y niños peruanos de segundo grado de primaria alcanza un nivel suficiente de comprensión lectora y razonamiento matemático.	4) La tasa de maternidad adolescente se reduce en un 20%.	5) Las y los adolescentes acceden y concluyen en la edad normativa, una educación secundaria de calidad.	6) ¡En el Perú no se maltrata a su infancia! Disminuye violencia familiar contra niñas, niños y adolescentes
Objetivo: La presente meta emblemática postula que para el 2021 el Perú habrá reducido al 5% la desnutrición infantil crónica; es decir, el 95% de las niñas y niños entre 0 y 5 años de edad gozará de nutrición adecuada. ⁵⁵	Objetivo: Proporcionar educación inicial a todas las niñas y niños peruanos de 3 a 5 años de edad Su consecución será clave para poner fin al circuito de regeneración de la pobreza en el país, pues no existe mejor garantía de avance social y económico que una comunidad tempranamente educada. ⁵⁶	Objetivo: Proporcionar una educación adecuada a las niñas y niños de segundo grado de primaria en lo que concierne a comprensión lectora y razonamiento matemático, para que de esa manera las niñas y niños puedan desarrollarse intelectualmente de la manera correcta y reforzar conocimientos vitales para su progreso intelectual. ⁵⁷	Objetivo: Reducir la maternidad prematura a la mitad de las actuales tasas, para evitar la recurrencia de un problema bastante común, pero con altísimo costo social. ⁵⁸	Objetivo: Brindar a las y los adolescentes que cursan secundaria, una educación de calidad que consolide y amplíe los aprendizajes adquiridos en la primaria, particularmente en aquellas competencias que les abran oportunidades al conocimiento, al emprendimiento productivo y a la vida democrática. ⁵⁹	Objetivo: Focalizar acciones en las zonas con mayor incidencia de maltrato a la niñez, así como aplicar en el año 2012 la primera Encuesta Nacional Especializada sobre Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de establecer una línea de base, cuantificar metas y monitorear en lo pertinente las acciones del PNAIA 2021. ⁶⁰

Elaboración propia.

7.2 Poder Legislativo

Nuestros parlamentarios en distintas oportunidades han ratificado públicamente el compromiso estatal con los pueblos originarios del Perú.⁶¹ Asimismo, han presentado proyectos de Ley que tienen como objetivo

⁵⁵ Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021. PNAIA 2021. Recuperado de: https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento_PNAIA.pdf

⁵⁶ Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021. PNAIA 2021. Recuperado de: https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento_PNAIA.pdf

⁵⁷ Íbidem.

⁵⁸ Íbidem.

⁵⁹ Íbidem.

⁶⁰ Íbidem.

⁶¹ Vídeo "Congresista Claudia Coari saluda a los Pueblos Indígenas en su día"- Congreso de la República del Perú. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=fwGaUTv4-U>

principal la defensa de las lenguas originarias y la impartición de la educación hacia los miembros de los pueblos indígenas en el Perú, de los cuales resaltamos los siguientes:

Proyecto de Ley	Fecha de presentación	Propuesta	Relación con EIB	Estado actual
02448/2017-CR	21/02/2018	Propone modificar el artículo 48 de la Constitución Política del Perú insertando la denominación "lenguas indígenas u originarias" por la de "lenguas aborígenes", acorde con la legislación nacional e internacional que garantiza el uso de la lengua indígena u originaria como parte de la identidad de los pueblos.	Este proyecto de ley pretende modificar el artículo 48 de la Carta Magna vigente, que regula el reconocimiento oficial del uso de las lenguas originarias. En cuanto a la relación con la EIB, este proyecto de ley, trataría de adecuar el uso correcto del término de "lenguas originarias" por "lenguas aborígenes" como lo señalan instrumentos jurídicos internacionales, y, de esa manera existiría un cambio en términos en las leyes especiales y políticas públicas que regulan el derecho a la educación intercultural bilingüe.	En Comisión ⁶²
02423/2017-CR	15/02/2018	Propone modificar el artículo 21 e incorporase al Capítulo V Normalización lingüística de la Ley 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú.	Este proyecto de ley pretende modificar el artículo 21 de la Ley 29735, que expresa lo siguiente en su inciso 1 "El Ministerio de Educación, a través de la Dirección de Educación Intercultural y Bilingüe y la Dirección de Educación Rural, proporciona asistencia técnica, evalúa y oficializa las reglas de escritura uniformes de las lenguas originarias del país"; y en su inciso 2 "Las entidades públicas emplean versiones uniformizadas de las lenguas originarias en todos los documentos oficiales que formulan o publican".	En comisión ⁶³

⁶² Congreso de la República del Perú. Recuperado de: <http://www.congreso.gob.pe/participacion/foros/proyectosdeley/>

⁶³ Íbidem.

03038/2017-CR	15/06/2018	Propone la Ley que tiene por objeto fortalecer el rol rector del Ministerio de Educación, a fin de garantizar el pleno ejercicio en materia de educación, recreación y deporte a nivel nacional.	Este proyecto de ley pretende que el MINEDU pueda fortalecer el rol de educación en las áreas de recreación, y deporte nacional. En cuanto a la relación con la EIB, este sería un avance, puesto que, el objetivo 4 del Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021, expresa que es imprescindible la participación de los familiares y miembros de las comunidades indígenas, puesto que, en el ámbito de la recreación, estos contribuirían con los niños, niñas y adolescentes indígenas al fomentar la interacción recreativa.	En comisión ⁶⁴
---------------	------------	--	--	---------------------------

Elaboración propia.

7.3 Poder Judicial

En el Poder Judicial también se registran avances en el reconocimiento del uso de las lenguas originarias. A través de la creación del Registro de Traductores e Intérpretes, en el año 2015 se emitieron dos sentencias en lenguas originarias: quechua y aimara, y en el 2017 una sentencia en shipibo konibo⁶⁵. Asimismo, con la implementación de “Protocolos para una justicia intercultural” entre procesos judiciales de comuneros y ronderos en justicia ordinaria, se busca garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales en zonas donde rigen cosmovisiones distintas.

Si bien no se registra un reconocimiento jurisprudencial del derecho a la educación intercultural, se ha podido identificar una sustanciosa jurisprudencia que vela por el principio rector del interés superior del niño⁶⁶ y el derecho a la igualdad antes la Ley⁶⁷, los cuales representan un valioso insumo para futuros pronunciamientos judiciales en la temática.

⁶⁴ Íbidem.

⁶⁵ Centro de Estudios Constitucionales. I Seminario de Derechos Lingüísticos y Justicia Constitucional. Ponencia de: Duberlí Rodríguez Tineo, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 20 de junio de 2018.

⁶⁶ Poder Judicial del Perú. Jurisprudencia sistematizada sobre el principio del interés superior del niño. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso/as_PrincipiodelInteresSuperiordelNino/

⁶⁷ Poder Judicial del Perú. Jurisprudencia sistematizada sobre derecho a la igualdad antes la ley. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso/as_Derechoalaigualdad/

VIII. DESAFÍOS

En coincidencia con el Informe Defensorial 016-2013-DP, consideramos que constituye una tarea pendiente del Estado peruano el promover la formación de los docentes de EIB del nivel secundario y además la capacitación de los maestros por parte del Ministerio de Educación. Sin duda, dicho sector debería realizar un seguimiento continuo a los profesores contratados, ya que “(...) actualmente hay muchos maestros quechuas, aimaras, asháninkas maestros bilingües que no serían titulados⁶⁸”.

El citado contexto resulta preocupante toda vez que se estaría vulnerando la Ley de Reforma Magisterial, que exige la titulación profesional de los docentes y manejar de forma fluida la lengua materna de los estudiantes⁶⁹.

Particularmente, se detecta que el artículo 56⁷⁰ de la Ley de Reforma Magisterial, señala que existe una asignación temporal para los profesores quienes son docentes en aquellas zonas recónditas y están calificados como docentes bilingües, empero, como expresa el citado Informe Defensorial “(...) la supervisión ha permitido observar que en nueve (9) Unidades de Gestión Educativa (UGEL) se contrató 808 docentes sin formación ni capacitación de EIB. De igual modo, al no haberse establecido la Directiva de contratación de docente los criterios objetivos para evaluar los idiomas originarios de los postulantes”⁷¹.

Como podemos observar, la educación intercultural bilingüe de calidad es uno de los desafíos más grandes que enfrenta el Estado Peruano en todas las etapas, formas y modalidades del sistema educativo, desde una perspectiva crítica de tratamiento de la diversidad étnica, cultural y lingüística del país.⁷²

Aunado a ello, consideramos importante resaltar lo expresado por Ruth Zenaida Buendía Mestoquiari, Secretaria General de la Asociación

⁶⁸ Según lo expresó Elena Burga Cabrera, Ex directora de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos del ámbito rural en MINEDU. Entrevista para Perú 21. Recuperado de: <https://peru21.pe/lima/millon-ninos-peru-hablan-lenguas-origenarias-77970>

⁶⁹ Ley N° 29944. Ley de Reforma Magisterial. Artículo 4.- El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Artículo 55.- Manejar fluidamente la lengua materna de los educandos y conocer la cultura local para postular a las plazas vacantes de instituciones educativas pertenecientes a educación intercultural bilingüe.

⁷⁰ Ley N° 29944. Ley de Reforma Magisterial. Artículo 18.2.- El profesor percibe una remuneración íntegra mensual de acuerdo a su escala magisterial y jornada de trabajo: b. Ubicación de la institución educativa: ámbito rural y de frontera. c. Característica de la institución educativa: unidocente, multigrado o bilingüe (...)

⁷¹ Informe Defensorial 016-2013-DP. Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 13 de setiembre de 2013.

⁷² Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe al 2021. Recuperado de: <http://www.grade.org.pe/forge/descargas/PLAN%20EIB.pdf>

Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP). En una entrevista⁷³ realizada para el presente artículo, la señora Buendía expresó su inmensa preocupación por la educación intercultural bilingüe, especialmente haciendo énfasis en la niñez indígena. Según aduce, principalmente en la Amazonía, donde predominan 43 lenguas originarias, ha detectado un nefasto diseño curricular para la educación primaria y secundaria que no garantizarían una educación de calidad. Bajo ese contexto, la señora Buendía indica que su Asociación viene fomentando la educación intercultural bilingüe con un correcto diseño curricular, enfocando los elementos culturales y lingüísticos en determinadas comunidades; sin embargo, necesitarían apoyo económico del gobierno regional.

Ante ello, consideramos que también es importante que el Estado trabaje de manera conjunta con las organizaciones privadas, para articular el trabajo en favor de estos grupos mediante la uniformización de procedimientos y metodologías educativas.

IX. CONCLUSIONES

1.- El derecho a la educación intercultural bilingüe es un derecho fundamental de orden constitucional innato de los pueblos indígenas, pues, enmarca la protección de la riqueza cultural y lingüística arraigada a la educación.

2.- Existen distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que protegen el derecho a la educación intercultural bilingüe para el progreso del niño indígena, desde los ejes: culturales y lingüísticos.

3.- La educación intercultural bilingüe en el Perú ha logrado desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario en el ordenamiento jurídico interno acorde con lo avanzado a nivel internacional.

4.- La participación de la comunidad indígena hacia la fomentación de la educación intercultural bilingüe y la presencia de pocos docentes bilingües originarios quienes no tienen un nivel avanzado escrito u oral de la lengua originaria a enseñar, representan los principales desafíos estatales en la materia.

X. RECOMENDACIONES

1.- Garantizar la vigencia efectiva del derecho a la educación intercultural bilingüe de la niñez indígena, implementando mayores

⁷³ Entrevista realizada por Nuccia Seminario Hurtado el 28 de febrero de 2018.

escuelas interculturales bilingües que cuente con el personal docente debidamente capacitado para fomentar la enseñanza desde las aristas: culturales y lingüísticas.

2.- Fomentar el uso de la lengua originaria en la educación para que de esa manera no se extinga la riqueza lingüística que posee nuestro territorio, por ello, se debe seguir institucionalizando la lengua como uso continuo en las comunidades indígenas.

3.- Ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que las recomendaciones emitidas por su Comité ante posibles denuncias de particulares respecto al derecho a la educación intercultural bilingüe sean puestas en práctica por el Estado Peruano.

4.- Impulsar la participación indígena a través de programas de vecindad que refuercen el uso de la lengua originaria en aquellos determinados espacios geográficos donde predomina una lengua que no es castellano, para que de esa manera, el niño que se identifica como indígena, pueda seguir siendo partícipe dentro de su desarrollo y fomento de bilingüismo originario.

REFERENCIAS

Abarca, G. (2015). Educación Intercultural Bilingüe: Educación y Diversidad. En: *Apuntes Educación y Desarrollo Post 2015- N°9*. Recuperado de: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Santiago/pdf/APUNTE09-ESP.pdf>

Castillo, C. (2009). Estudios sobre educación intercultural en Colombia: tendencias y perspectivas. *Memorias*, pp. 358-375.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Consultivo. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

Conejo, A. (2008). Educación Intercultural Bilingüe en el Ecuador. La propuesta educativa y su proceso. *Comunicación y Sociedad*. Recuperado de: <https://www.dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/8090/1/Educaci%C3%B3n%20intercultural%20biling%C3%BCe%20en%20el%20Ecuador.pdf>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-871/13. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-871-13.htm>

Dirección General de Educación Bilingüe (1989). *Política de educación bilingüe intercultural*. Lima: Ministerio de Educación.

García, V. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores.

Godoy, L. (2015). Educación Intercultural Bilingüe en Bolivia. En: *Revista ReveLa*. Recuperado de: <http://revistarevela.com/educacion-intercultural-bilingue-en-bolivia/>

Gonzáles, J. (2015). *Educación, desarrollo y cohesión social*. 1ª ed. Cuenca: Universidad Castilla de la Mancha.

Ministerio de Cultura (2013). *10 cosas que debes saber de las lenguas indígenas peruanas y sus hablantes*. Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/paginternas/tablaarchivos/2013/05/10cosasquedebe-sabersobrelenguasindigenas.pdf>

Ministerio de Cultura (2014). *Etapas de Identificación de los pueblos indígenas u originarios*. 1ª Ed. Lima: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Cultura. Tríptico de Traductores e intérpretes de Lenguas Indígenas. Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/Ttriptico.pdf>

Ministerio de Educación (2013). *Documento Nacional de Lenguas Originarias del Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú. Recuperado de: <http://www2.minedu.gob.pe/filesogecop/DNL-version%20final%20WEB.pdf>

Ministerio de Educación de Canadá (2008). *L'Éducation au Canada. Conseil des Ministres de l'Éducation*. Recuperado de: <https://www.cicic.ca/docs/cmec/EducationCanada2008.fr.pdf>

Morin, C. (2017). *Le bilinguisme des juges à la Cour suprême : fondement de l'égalité au Canada*. Recuperado de: <http://odl.openum.ca/files/sites/68/2017/05/Le-bilinguisme-des-juges-a-la-Cour-supreme-fondement-de-legalite-au-Canada-FINAL.pdf>

Ordoñez, P. (2013). *El derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) de las comunidades campesinas y nativas del Perú*. (Tesis de posgrado). Pontificia

Universidad Católica del Perú: Lima. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4806/ORDONEZ_ROSALES_PAOLA_DERECHO_EDUCACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Perú 21 (2017). *Más de un millón de niños en el Perú hablan lenguas originarias*. Recuperado de: <https://peru21.pe/lima/millon-ninos-peru-hablan-lenguas-originarias-77970>

Pulido, Y. (2012). La etnoeducación bilingüe: logro político y desafío para las etnias. *Lenguaje*, pp. 231-254.

Romero, R. (2006). *El orden interno y Derechos Humanos en el Perú*. 1ª Ed. Lima: Editorial San Marcos.

Santiesteban et al. (2008). *Diagnóstico sociolingüístico para el fortalecimiento del quechua en comunidades campesinas de Canchis (Cusco)*. Lima: Tarea Asociación de Publicaciones Educativas.

Soto, J. (2008). *El currículo intercultural bilingüe: la naturaleza humana integrada a su mundo cultural*. 1ª ed. Lima: Magisterio.

Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N°00091-2005-PA/TC. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N ° 00853-2015-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 00889-2017-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano. Expediente N°09520-2014-20-CEA. Recuperado de: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(m0yhhtnark1eqfrjclu5kevde\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(m0yhhtnark1eqfrjclu5kevde))/WfrExpedientes.aspx)

Zavala, V. y Córdova, G. (2003). *Volver al desafío: hacia una definición crítica de la educación intercultural en el Perú*. Lima: Ministerio de Educación.

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 15 de octubre 2018

**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO
DE LAS PERSONAS TRANS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO DESDE UNA MIRADA DIALÓGICA ENTRE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS: AVANCES, RETROCESOS Y DESAFÍOS
(2014-2018)**

*PROTECTING A TRANSGENDER PERSON'S RIGHT TO GENDER
IDENTITY IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: FROM A
DIALOGICAL PERSPECTIVE BETWEEN CONSTITUTIONAL LAW AND
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: ADVANCES, SETBACKS, AND
CHALLENGES (2014-2018)*

Rafael Rodríguez Campos¹

Resumen

En 2014, a través de la Sentencia N° 00139-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante, Tribunal) estableció como doctrina constitucional que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Además, asoció su razonamiento con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendida como un “trastorno y/o patología”. En otras palabras, para ese Tribunal (Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen y Alvarez Miranda, fueron los magistrados que votaron en mayoría) las personas transexuales eran “transtornadas o enfermas”.

Sin embargo, en una decisión histórica para las personas trans en el Perú, el actual Tribunal (Miranda Canales, Ledesma Narváez, Ramos Nuñez y Espinosa-Saldaña Barrera, fueron los magistrados que votaron en mayoría), emitió la Sentencia N° 06040-2015-PA/TC, mediante la cual se alejó de la doctrina constitucional que había fijado en la sentencia anterior, garantizando el derecho de acceso a la justicia de las personas trans que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad. Es decir, a partir de esta sentencia, el Tribunal reconoce la competencia de los jueces para tutelar el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica de las personas trans, ya que considera que “ya no existe ningún impedimento, ni legal, ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos”.

Palabras Clave: Derecho a la identidad de género, persona trans, Tribunal Constitucional.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Universidad Castilla - La Mancha (Toledo - España)

Abstract

In 2014, through Ruling No. 00139-2013-PA/TC, the Constitutional Court (hereinafter, Court) established a constitutional precedent whereby gender is an immutable element and, consequently, it is not possible to request any amendment of data in identity documents. In addition, the Court based its reasoning on the idea that any alteration of identity following that criterion should be construed as a “disorder and/or pathology”. In other words, for this Court (Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen and Alvarez Miranda, judges who voted in the majority), transsexual persons were “disturbed or sick”.

However, in a landmark decision for transgender persons in Peru, the current Court (Miranda Canales, Ledesma Narváez, Ramos Nuñez and Espinosa-Saldaña Barrera, judges who voted in the majority) issued Ruling No. 06040-2015-PA/TC, by which it strayed away from the constitutional precedent it had set in the previous judgment, guaranteeing the right of access to justice to transgender persons who wish to request their personal data be updated in their identity documents. In other words, with this decision, the Court recognizes the competence of judges to protect the right to identity and legal personality of transgender persons, as it considers that “there is no longer any impediment, whether legal or jurisprudential, to protecting these rights”.

Keywords: *Transgender person’s right, gender identity, Constitutional Court of Peru.*

ANÁLISIS

1.1 Razones constitucionales que justificaron el cambio de doctrina constitucional

Al respecto, considero importante exponer las razones por las cuales el Tribunal decidió cambiar de doctrina constitucional: a) Primero, porque el transexualismo no puede entenderse como una patología y/o enfermedad; y b) Segundo, porque existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo de las personas trans.

Sobre lo primero, el Tribunal señaló que existen evidencias científicas de que el transexualismo no es una patología y/o enfermedad. En efecto, citando a la American Psychological Association, organización de prestigio a nivel mundial en este campo, para el Tribunal este enfoque que patologizaba el transexualismo ha sido absolutamente superado. Es más, la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) ha anunciado

que también eliminará su tipificación como enfermedad y/o trastorno. Prueba de ello es que el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS abandonaría el modelo psicopatológico del transgenerismo en el transcurso de 2018, afirmó el Tribunal en la referida sentencia.

Ahora bien, es importante destacar que mientras llevo a cabo la investigación para la elaboración del presente trabajo, llega la noticia de que la OMS ha excluido la transexualidad de su lista de trastornos mentales. Lo ha hecho en la nueva actualización de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) publicada el lunes 18 de junio de 2018, en el que la transexualidad pasa a formar parte de una sección nueva denominada “condiciones relativas a la salud sexual” y a denominarse “incongruencia de género”. Hasta ahora formaba parte del epígrafe dedicado a “trastornos de la personalidad y el comportamiento” –en el subcapítulo “trastornos de la identidad de género”².

No obstante lo antes señalado, corresponde advertir que no solo cambia el nombre y la situación en el manual, también la definición, ya que hasta ahora, el CIE-10 calificaba la transexualidad como “un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, por lo general acompañado de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico, y de deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”.

En cambio, ahora la definición –para adultos y adolescentes– será: “Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico”³.

² Esta actualización, como lo reportan algunos medios de divulgación científica, sustituye a la CIE-10, vigente desde mayo de 1990, año en el que la homosexualidad salió de la lista. Desde entonces se han ido autorizando versiones de esta clasificación cada cierto tiempo, pero la transexualidad siempre ha sido considerada un trastorno en contra de las demandas del colectivo trans, que pide la despatologización de su condición. Se trata, como bien lo recuerdan algunos diarios, de una de las reclamaciones LGTBI más férreas que acaba con la filosofía que subyace en la mayoría de legislaciones del mundo: la transexualidad es una enfermedad que debe ser diagnosticada y necesita tratamiento. Por ello, la OMS ha querido alejarse de esta concepción para reconocerlo como una situación que puede entrar en contacto con los servicios de salud, para lo que crea un nuevo capítulo (Visto el 18 de junio de 2018 en: https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html)

³ Ahora bien, conviene precisar que La CIE-11 se presentará en la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2019 para su adopción por los Estados Miembros, y entrará en vigor el 1 de enero de 2022. Esta presentación, ha especificado la OMS en un comunicado, es un avance que permitirá a los países planificar cómo usar la nueva versión, preparar las traducciones y capacitar a los profesionales de la salud de todo el país.

Pero volviendo a lo que en su momento señaló el Tribunal, resulta fundamental señalar que este criterio también había sido acogido por diversos tribunales internacionales. Para ello, hace alusión al caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte, ver sentencias emitidas en los casos *Atala Riffo y niñas vs Chile*; y *Ángel Alberto Duque vs Colombia*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Van Kuck vs Alemania* y *Godwin vs Reino Unido*); y, a nivel de los organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas (Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de 2015). Todas estas instituciones han señalado que el Derecho a la Identidad de Género merece una especial protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a su relación directa con el Derecho a la Vida Privada y al Principio de Igualdad y No Discriminación.

En ese sentido, para el Tribunal el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; de acuerdo a la evidencia científica referida, y al criterio asumido por diversos tribunales y organismos internacionales, motivo por el cual resultaba necesario dejar de lado la doctrina constitucional impuesta en 2014⁴.

Sobre lo segundo, el Tribunal reconoció que fue un error el haber entendido al sexo como un componente exclusivamente estático, ya que a partir de esa equivocada concepción se les impedía a los jueces analizar los casos en los cuales las personas trans les solicitaban la modificación del sexo en sus documentos de identidad. Así, el Tribunal considera que establecer un contenido pétreo de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal terminó siendo una barrera para la labor interpretativa de los jueces al momento de evaluar este tipo de solicitudes de cambio de sexo.

Asimismo, el Tribunal reiteró su mea culpa al decir que este error ha sido más notorio cuando, en distintas experiencias a nivel comparado e internacional, el avance ha ido en una línea distinta. Para reforzar su posición, por ejemplo, el Tribunal alude a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada identidad de género”.

⁴ Esta toma de posición por parte del Tribunal cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta la modificación que ha efectuado la OMS, que constituye un logro para el colectivo LGTBI, que reclama seguir avanzando en la despatologización total de la transexualidad. Esto implicaría que no fuera denominada y definida como “una incongruencia”, sino como una expresión de la diversidad humana.

En otras palabras, el Tribunal acoge la tesis por la cual la “realidad biológica” no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, ya que el sexo debe comprenderse a la luz de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, refiere el Tribunal, no debe siempre ser determinado en función de su genitalidad, pues se estaría cayendo en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el ser humano es un ser también psíquico y social.

En esa misma línea, el Tribunal hace dos afirmaciones que resultan fundamentales subrayar: a) Primero, que la modificación del sexo de una persona en el registro civil y en los documentos de identidad no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal; y b) Segundo, que hay una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la Identidad de Género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la Identidad Personal. Por este motivo, los jueces deben tener la posibilidad real y efectiva de conocer y resolver las solicitudes de cambio de sexo.

Entonces, en atención a lo antes expuesto, quedó abierto el camino, para que los jueces peruanos, tutelen el derecho a la Identidad de Género de las personas trans permitiendo que las mismas puedan cambiar de sexo y/o nombre en sus documentos registrales (Partida de Nacimiento) y en sus documentos de identidad (Documento Nacional de Identidad), debiéndose tomar en cuenta que “la Partida de Nacimiento es el punto de partida del Documento Nacional de Identidad en el Perú”.

2.2 Los jueces peruanos aplican la nueva doctrina constitucional del Tribunal Constitucional

Al respecto, corresponde señalar que luego de la entrada en vigencia de la nueva doctrina constitucional del Tribunal sobre la materia, ya se vienen registrando casos en los cuales los jueces peruanos (en primera instancia), atendiendo a las consideraciones conceptuales expuestas por el Tribunal han declarado fundadas las demandas presentadas por los justiciables (personas trans) ordenándole al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)⁵, el cambio de sexo y/o nombre tanto en la Partida de Nacimiento

⁵ El RENIEC, es un organismo constitucionalmente autónomo.

Artículo 183°.- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

(...) El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. **Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad.** Ejerce las demás funciones que la ley señala.

como en el Documento Nacional de Identidad (DNI); como por ejemplo, la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que declaró fundada la demanda interpuesta por el ciudadano A.V.V.G, autorizando el cambio de sexo del demandante⁶.

No obstante lo antes señalado, ha surgido en el Perú una nueva interrogante relacionada con la protección del derecho a la Identidad de Género de las personas trans en el ordenamiento jurídico nacional. Una interrogante que trataré de presentar de manera sencilla formulando la siguiente pregunta: ¿Es posible que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans –que hasta ahora han sido tramitadas en la vía judicial-, al amparo de la protección de su derecho a la Identidad de Género, sean tramitadas en la vía administrativa ante el RENIEC?

2.3 El Proyecto de Ley de Identidad de Género en el Perú

Al respecto, es importante señalar que con fecha 15 de diciembre de 2016, el Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, presentó el Proyecto de Ley N° 790/2016, que propone legislar sobre el Derecho a la Identidad de Género.

En síntesis, el referido Proyecto de Ley básicamente planteaba lo siguiente: “Que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans fueran tramitadas en la vía administrativa, es decir, ante el RENIEC”. Ergo, el Proyecto de Ley busca desjudicializar la atención de este tipo de solicitudes.

Sobre el particular, considero oportuno dar a conocer que con fecha 12 de enero de 2017, mediante OFICIO N° 00549-2016-2017-CCR/CR, el señor Congresista de la República, Miguel Ángel Torres Morales, quien era el Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, le solicitó al RENIEC emitir un informe conteniendo una opinión técnica sobre el referido Proyecto de Ley.

Fue así como, mediante OFICIO N° 000051-2017/JNAC/RENIEC, de fecha 05 de julio de 2017, el RENIEC remitió el INFORME N° 000012-2017/RRC/JNAC/GA/RENIEC, de fecha 28 de junio de 2017, mediante el cual analizó el contenido y alcances del referido Proyecto de Ley, señalando básicamente lo siguiente:

Resulta necesario destacar la importancia de un Proyecto de Ley que reconoce expresamente el Derecho a la Identidad de Género. Es más, se

⁶ Por razones que resultan inexplicables desde el punto de vista constitucional y/o legal, la Procuraduría Pública del RENIEC, en su oportunidad, decidió interponer un Recurso de Apelación contra esta sentencia.

trata de una propuesta que recoge expresamente la posición expuesta por el Tribunal Constitucional (Expediente. N° 06040-2015-PA/TC) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Karen Atala Riffo y niñas vs Chile; y Caso Ángel Alberto Duque vs Colombia) sobre la necesidad de brindar tutela a las personas en razón de su Identidad de Género y Orientación Sexual.

En esa línea, resulta fundamental entender que el Derecho a la Identidad de Género se encuentra directamente relacionado con un conjunto de derechos fundamentales que lo refuerzan y garantizan recíprocamente, como bien se reconoce y desarrolla en el Proyecto de Ley (Libertad, Igualdad, Salud, Integridad, Educación, entre otros).

Asimismo, se considera sumamente relevante que el Proyecto de Ley incorpore expresamente la denominada “Cláusula de No Discriminación”, mediante la cual se señala que “discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales con razón de la Identidad de Género”.

Resulta viable y compatible con la Constitución Política el que toda persona “mayor de edad” pueda solicitar la adecuación registral de sus datos personales (imagen, pre nombres y sexo) en sede administrativa, en este caso mediante un procedimiento sencillo y gratuito ante el RENIEC, cuando los mismos no coincidan con su Identidad de Género. [Cursivas añadidas]

No obstante lo antes señalado, se considera necesario que la solicitud cuente con un informe psicológico elaborado por profesional o entidad, acreditados por la autoridad competente, que sirva de sustento para que en sede administrativa, en este caso el RENIEC, proceda con la adecuación registral, tomando en consideración el concepto de disforia de género desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Expediente antes referido (el subrayado es nuestro). [Cursivas añadidas]

Entonces, queda claro que el RENIEC, organismo constitucionalmente autónomo encargado de registrar la identidad de las personas en el Perú, bajo las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, emitió una opinión favorable con respecto al referido Proyecto de Ley para que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans puedan ser tramitadas en la vía administrativa⁷.

⁷ Es oportuno precisar que la opinión remitida por el RENIEC al Congreso de la República es anterior a la publicación de la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo.

Cabe precisar, que la Defensoría del Pueblo⁸ también se había pronunciado a favor de esta propuesta en setiembre de 2016, mediante la publicación del Informe Defensorial N° 175, titulado “*Derechos Humanos de las personas LGTBI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*”, que en la parte Recomendaciones, dirigida al Congreso de la República, señaló en el Punto 1 lo siguiente:

“Aprobar una Ley de Identidad de Género que establezca un procedimiento administrativo a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para que las personas trans puedan cambiar su nombre y/o sexo en sus documentos de identidad. Este procedimiento debe ser célere, no patologizante y respetuoso de su dignidad e intimidad” [Cursivas añadidas].

No obstante lo antes expuesto, es lamentable señalar, que a pesar del tiempo transcurrido desde la presentación del referido *Proyecto de Ley (15 de diciembre de 2016) hasta la fecha (01 de agosto de 2018)*, *este todavía no haya sido dictaminado, y menos aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Parlamento*, que es el paso previo para que cualquier Proyecto de Ley sea aprobado por el Congreso de la República, para luego ser publicado en el diario oficial El Peruano, y convertirse en Ley al día siguiente de la misma, según lo dispuesto en el artículo 105° y 109°, respectivamente, de la Constitución Política.

2.4 La Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al respecto, y por el impacto que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte) tienen para el ordenamiento jurídico peruano, asunto que explicaremos a lo largo de nuestro análisis, es oportuno señalar que el 18 de mayo de 2016, Costa Rica, como Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), presentó ante la Corte, la solicitud de Opinión Consultiva que buscaba que se interprete la protección que brinda la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención) al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la Identidad de Género de cada una. Asimismo, Costa Rica también solicitó a la Corte interpretar cuál es la protección que brinda la Convención al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

⁸ La Defensoría del Pueblo es un organismo constitucionalmente autónomo.

Artículo 162.- Atribuciones de la Defensoría del Pueblo

(...) Corresponde a la Defensoría del Pueblo **defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.**

Luego, el 9 de enero de 2018, la Corte publicó el texto de la Opinión Consultiva OC-24/2017 (en adelante, OC 24/17), mediante la cual aborda un conjunto de materias relacionadas con el principio de no discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual⁹, reconociendo lo siguiente: a) El derecho a la Identidad de Género y Orientación Sexual de las personas trans (garantizando procedimientos que posibiliten el cambio de nombre y/o sexo); y 2) La protección convencional de los vínculos de parejas del mismo sexo (incluye el reconocimiento del matrimonio civil para estas parejas), reiterando la línea de razonamiento expuesta en su jurisprudencia en los casos *Atala Riffo y niñas vs Chile* (2012) y *Ángel Alberto Duque vs Colombia* (2016), respectivamente.

Sobre lo primero, la Corte ratifica que la Identidad de Género y Orientación Sexual son categorías protegidas por la Convención. Y por tanto, señala que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido.

En esa línea, la Corte define a la Identidad de Género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Asimismo, afirma que el derecho a la Identidad de Género y Sexual se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones. Y por tanto, establece que el reconocimiento de la Identidad de Género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*.

A partir de ello, la Corte considera que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que estos sean acordes a la Identidad de Género auto-percibida, es un derecho protegido por la Convención, y por tanto, los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

⁹ Para la resolución de esta solicitud de opinión consultiva, la Corte tomó en cuenta y analizó noventa y uno escritos así como cuarenta participaciones en audiencia para presentar observaciones, e intervenciones recibidas de parte de Estados, órganos de la OEA, organizaciones internacionales, organismos estatales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil.

Además, la Corte especificó las condiciones mínimas que deben tener estos procedimientos internos. Así, para la Corte *estos deben estar destinados a reflejar la identidad de género auto-percibida; deben basarse en un consentimiento libre e informado; no deben exigir certificaciones médicas o psicológicas que resulten irrazonables o patologizantes; deben ser de carácter reservados, deben proteger los datos personales y no reflejar cambios de identidad de género; deben ser expeditos y tender a la gratuidad en la medida de lo posible, y no deben requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.*

Adicionalmente, la Corte concluyó que los trámites materialmente administrativos son los que mejor se ajustan a dichos requisitos, y precisó además que ese procedimiento no necesariamente debe ser regulado por ley.

Sobre lo segundo, la Corte ratifica que la Convención no protege un determinado modelo de familia. Debido a que la definición misma de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales. Es decir considera que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra protegido por la Convención.

En esa línea, la Corte considera que todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar de parejas del mismo sexo deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales. Pero no sólo eso, ya que la Corte estima que esta obligación internacional de los Estados trasciende a la protección de las cuestiones únicamente patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos, reconocidos a parejas heterosexuales, tanto internacionalmente como en el derecho interno de cada Estado.

A partir de ello, la Corte sostiene que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio civil–, en observancia del principio *pro persona*, y porque además, este constituye el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

Ahora bien, sobre el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, la Corte señala categóricamente que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de sentido, salvo el de señalar socialmente a las

parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, por lo menos como señal de subestimación. Por esta razón, la Corte considera que no era admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención.

En ese sentido, la Corte reconoce que si bien la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas, éstas no pueden ser utilizadas para condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación en razón de orientación sexual. Más aún, la Corte establece que en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de la Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

Por lo antes expuesto, la Corte establece que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes. No obstante ello, la Corte precisa que al afirmar esto no le está restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado.

Por último, la Corte recordó que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención, dicho tratado obliga a todos sus poderes y organismos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Tribunal Constitucional, y otros). Por tanto, la Corte considera necesario que los Estados que son parte de la Convención (entre los cuales figura el Perú) impulsen realmente y de buena fe las reformas necesarias para adecuar sus normas, interpretaciones y prácticas internas, aplicando los estándares establecidos en esta OC 24/17

2.5 La vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al respecto, es necesario reconocer, que la publicación de la referida OC 24/17 ha sido objeto tanto de celebración como de rechazo en diversos sectores, no sólo de la sociedad de Costa Rica -país que solicitó la opinión- sino

de toda América Latina. El debate no ha sido ajeno a la comunidad jurídica peruana, en la cual, por ejemplo, podemos encontrar a colegas renuentes a considerar las opiniones consultivas como fuentes de derecho, pues estiman que las mismas se reducen a un mero ejercicio declarativo de la Corte. Siendo ello así, cabría preguntarnos lo siguiente: ¿Son obligatorios los estándares de la OC 24/17 para los países que como el Perú forman parte de la OEA?

En primer lugar, y como lo señala el notable jurista colombiano Jorge Roa (2015), *“el hecho de que existan al menos veinte sentencias contenciosas de la Corte, en las que se aplican estrictamente criterios formulados en las opiniones consultivas prueba que al menos la misma Corte entiende que la fuerza horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta”* [Cursivas añadidas]. (p.107,108)

En segundo lugar, debemos reconocer que la Corte ha señalado reiteradamente que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, *todos sus órganos -incluyendo a los que forman parte de la Administración Pública- también están sometidos al tratado (el subrayado es nuestro). En ese sentido, estos órganos estatales, sin distinción alguna, asumen la obligación de velar que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, y para ello, deben ejercer un control de convencionalidad teniendo en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte (el subrayado es nuestro)*¹⁰.

En tercer lugar, y para comprender el efecto vinculante de la OC 24/17, creo oportuno hacer referencia a lo expuesto por los destacados juristas mexicanos Ángeles Cruz Rosel y Carlos Escoffipe Duarte, quienes en su artículo titulado *¿Es vinculante la opinión consultiva 24/17, sobre derechos LGBTI, de la Corte Interamericana?*, señalan que la Corte ha identificado dos manifestaciones de la obligación de ejercer un control de convencionalidad: a) Primero, cuando existe una sentencia internacional con carácter de cosa juzgada y; b) Segundo, *“en situaciones y casos” en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, como es el caso del Perú*. Ahora, por razones obvias, me centraré en la segunda de estas manifestaciones.

¹⁰ Véase, entre otros: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221; y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.79.

Sobre este punto, los autores referidos destacan que la Corte hace alusión a “situaciones y casos” que establecen jurisprudencia lo cual incluye a las opiniones consultivas (el subrayado es nuestro). De hecho, los autores recuerdan que la Corte expresamente ha señalado que en el ejercicio de su función consultiva no existen “partes” involucradas y no existe tampoco un litigio a resolver, por lo que las opiniones consultivas cumplen la función propia de un control de convencionalidad preventivo¹¹.

En cuarto lugar, cabe recordar que la propia Corte ha indicado –por lo menos desde 2013, de manera uniforme y reiterada- que en situaciones en las cuales el Estado no ha sido parte del proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia *por el sólo hecho de ser parte de la Convención- todas sus autoridades públicas y todos sus órganos deben ejercer, en el marco de sus competencias, el examen de la compatibilidad de sus actuaciones con los estándares interamericanos*¹².

En quinto lugar, y contrario a lo que algunos colegas peruanos han sostenido, queda claro que ese control de convencionalidad también debe ejercerse sobre lo establecido por la Corte en su función consultiva. Así ha quedado claramente establecido por la Corte en su Opinión Consultiva 21/14, al indicar que todos los órganos de los Estados parte de la Convención deben realizar este control incluyendo las interpretaciones realizadas a través de una opinión consultiva. Es más, los colegas peruanos olvidan, por ejemplo, que el propio Tribunal Constitucional ha resuelto casos aplicando estrictamente los criterios establecidos por la Corte en sus opiniones consultivas¹³.

En sexto lugar, la Corte también ha señalado que a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver

¹¹ Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 26.

¹² Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

¹³ STC Exp. N° 0027-2005-PI/TC (Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985).

los casos que se presenten y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos¹⁴.

Por último, queda claro, sobre todo para quienes hemos seguido con atención el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, y entendemos la importancia que tiene la relación dialógica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el proceso de interpretación y protección de los derechos fundamentales de las personas en los Estados que forman parte de la OEA, que existen argumentos jurídicos suficientes para determinar que las obligaciones contenidas en la OC 24/17 no sólo son vinculantes para el estado de Costa Rica, como algunos colegas pretenden hacernos creer, sino también para países como el Perú, que hasta la fecha no cuentan con procedimientos administrativos que viabilicen el cambio de sexo y/o nombre de las personas trans, en defensa del derecho a la Identidad de Género de estas personas, y con las características que la Corte establece.

Finalmente, siguiendo lo expuesto por los juristas mexicanos antes citados, cabría reformular la pregunta que hiciéramos al iniciar esta parte de nuestro análisis: ¿Existen motivos para no reconocer las obligaciones establecidas en la OC 24/17? ¿Es sincero y honesto, académica y profesionalmente hablando, el debate sobre su carácter vinculante o una simple estrategia para deslegitimar el reconocimiento hecho por la Corte? ¿Qué más pronunciamientos o estándares internacionales en materia de interpretación y protección de derechos humanos necesitan los órganos del Estado (legislativos, jurisdiccionales o administrativos) de nuestros países para que decidan tomar en serio la defensa del derecho a la Identidad de Género, el Derecho a la Igualdad y No Discriminación, de las personas trans?

2.6 El impacto de la Opinión Consultiva OC-24/2017 en el ordenamiento jurídico peruano

Al respecto, es importante señalar -mucho más tomando en consideración lo expuesto en el punto precedente de nuestro análisis- lo que la Constitución Política del Perú establece en la Cuarta Disposición Final y Transitoria sobre la interpretación de los derechos fundamentales:

Cuarta Disposición Final y Transitoria - Interpretación de los derechos fundamentales

¹⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

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.*

Asimismo, el Código Procesal Constitucional del Perú, aprobado mediante la Ley N° 28237, también sobre la interpretación de los derechos fundamentales, señala en el artículo V de su Título Preliminar lo siguiente:

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Entonces, si hablamos del caso concreto, al amparo de ambas disposiciones jurídicas (una constitucional y otra legal), que marcan pautas para la interpretación de los derechos fundamentales, podemos afirmar categóricamente que los jueces peruanos, al momento de interpretar el contenido y alcances del Derecho a la Identidad de Género -en el marco de procesos judiciales en los que personas trans soliciten el cambio de sexo y/o nombre- deberán hacerlo tomando en consideración lo expuesto por la Corte en la referida OC 24/17.

2.7 El siguiente paso: Desjudicializar el proceso de cambio de sexo y/o nombre de las personas trans en defensa de su derecho a la Identidad de Género

Al respecto, conviene señalar que luego de la publicación de la mencionada OC 24/17, se ha desatado en el Perú una interesante polémica en torno a la posibilidad de desjudicializar el proceso de cambio de sexo y/o nombre de las personas trans en defensa de su derecho a la Identidad de Género, remitiendo estas solicitudes a la vía administrativa (en el caso peruano, como ya lo señaló, se tramitarían ante el RENIEC).

En ese sentido, creo oportuno recordar lo que la Corte ha dicho al respecto:

A partir de ello, la Corte considera que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del

sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por la Convención, y por tanto, los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

Además, la Corte especificó las condiciones mínimas que deben tener estos procedimientos internos: *estos deben estar destinados a reflejar la identidad de género auto-percibida; deben basarse en un consentimiento libre e informado; no deben exigir certificaciones médicas o psicológicas que resulten irrazonables o patologizantes; deben ser de carácter reservados, proteger los datos personales y no reflejar cambios de identidad de género; deben ser expeditos y tender a la gratuidad en la medida de lo posible, y no deben requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.*

Adicionalmente, la Corte concluyó que *los trámites materialmente administrativos son los que mejor se ajustan a dichos requisitos, y precisó además que ese procedimiento no necesariamente debe ser regulado por ley.*

Sobre el particular, resulta fundamental reiterar lo ya señalado en párrafos precedentes:

Primero, que el Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, presentó el Proyecto de Ley N° 790/2016, que proponía básicamente lo siguiente: “Que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans fueran tramitadas en la vía administrativa, es decir, ante el RENIEC”. Es decir, el Proyecto de Ley busca desjudicializar la atención de este tipo de solicitudes.

Segundo, que el RENIEC, organismo constitucionalmente autónomo encargado de registrar la identidad de las personas en el Perú, emitió una opinión favorable con respecto al referido Proyecto de Ley para que las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre presentadas por las personas trans sean tramitadas en la vía administrativa ante dicha institución.

Tercero, que la Defensoría del Pueblo, organismo constitucionalmente autónomo, se ha pronunciado a favor de esta propuesta en setiembre de 2016, mediante la publicación del Informe Defensorial N° 175, titulado “*Derechos Humanos de las personas LGTBI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*”, que en la parte Recomendaciones N° 1, dirigida al Congreso de la República, le recomendó lo siguiente:

Aprobar una Ley de Identidad de Género que establezca un procedimiento administrativo a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para que las personas trans puedan cambiar su nombre y/o sexo en sus documentos de identidad. Este procedimiento debe ser célere, no patologizante y respetuoso de su dignidad e intimidad.

Por último, a propósito de lo señalado por la Corte en cuanto a que los trámites administrativos son los que mejor se ajustan a dichos requisitos, y *que ese procedimiento no necesariamente debe ser regulado por ley*, es oportuno mencionar que el RENIEC, mediante la Resolución Jefatural N° 19-2018/JNAC/RENIEC, de fecha 14 de febrero de 2018, dispuso la conformación de un Grupo de Trabajo encargado de analizar el contenido y alcances, en todo lo que corresponda, de lo señalado por la Corte en la referida OC 24/17, el mismo que debía emitir un Informe Final (hasta el 14 de mayo de 2018), que servirá como base para la implementación, en caso corresponda, de lo señalado por la Corte en la OC 24/17, incluyendo este último punto.

No obstante lo antes señalado, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por la Corte en esta OC 24/17, y tomando como referencia lo expuesto en el punto 2.4 y 2.5, respectivamente, de nuestro análisis, considero que -ante la ausencia de una Ley de Identidad de Género en el Perú- es perfectamente compatible con la Convención y con la Constitución Política del Perú, que el RENIEC, organismo constitucionalmente autónomo del Estado peruano, diseñe y apruebe un procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre de las personas trans en defensa de su Derecho a la Identidad de Género, el mismo que deberá cumplir con las condiciones anotadas en el punto precedente.

Por último, considero necesario señalar que esta medida también encuentra sustento normativo directo en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala, en el numeral 2.1 y 2.2, respectivamente, referidos a las Fuentes del Procedimiento Administrativo, que son fuentes del Procedimiento Administrativo tanto las disposiciones constitucionales como los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional, mención que para el caso de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como la Convención, cobra especial importancia, ya que es necesario recordar que estos tratados tienen rango constitucional, según lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC (Fundamento 22).

2.8 La Defensoría del Pueblo frente al RENIEC

Al respecto, considero relevante señalar que la Defensoría del Pueblo, mediante el INFORME DE ADJUNTÍA N° 002-2018-DP/ADHPD, elaborado por la Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, publicado en mayo de 2018, denominado “Obligación del Estado Peruano de Aplicar los Estándares Internacionales para el Reconocimiento y Protección del Derecho a la Identidad de Género”, ha llamado severamente la atención al RENIEC por la decisión de su Procuraduría Pública de interponer un Recurso de Apelación contra la Sentencia N° 001-2018-CI-2JCP, emitida por el Segundo Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que declaró fundada la demanda interpuesta por el ciudadano A.V.V.G, autorizando el cambio de sexo del demandante¹⁵.

Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo afirma que la decisión del RENIEC afecta grave y principalmente el derecho a la Identidad de Género del demandante y contraviene la Constitución Política así como los estándares y las obligaciones internacionales asumidas por el Perú a consecuencia de los Tratados de Derechos Humanos que ha ratificado, por lo que resulta indispensable que la Segunda Sala Civil, confirme la resolución cuestionada, dado el tratamiento que este derecho viene recibiendo por tribunales e instancias internacionales así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Derecho Comparado.

En esa línea, la Defensoría del Pueblo, en el referido Informe recuerda que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, Alto Comisionado) recomendó a los Estados emitir documentos que reflejen la identidad de género de las personas. Asimismo, recuerda que el Comité de Derechos Humanos ha mostrado especial inquietud por la renuencia de estos a no hacerlo, y por el contrario, ha saludado la aprobación de normas que permiten el cambio de nombre y sexo en los documentos.

Además, la Defensoría del Pueblo destaca que el Alto Comisionado ha señalado que el procedimiento para el cambio de los datos de identidad debe ser simple, de naturaleza administrativa, basarse en la autoidentificación y no requerir certificados médicos, cirugías, esterilizaciones o el divorcio como condiciones previas. No obstante, manifestó que a la espera de la legislación sobre la materia los Estados pueden realizar acciones para lograr dicho objetivo.

¹⁵ Es importante aclarar que la defensa jurídica de los intereses del Estado peruano está a cargo de los Procuradores Públicos, y que es el Consejo de Defensa Jurídica del Estado (CDJE), órgano adscrito al Ministerio de Justicia, el órgano colegiado encargado de dirigir y supervisar la labor de los mismos. Hago esta precisión porque en estricto el Procurador Público del RENIEC no depende funcionalmente ni responde ante el Jefe Nacional de la referida entidad.

Por último, la Defensoría del Pueblo advierte que se deben respetar los derechos de las personas trans, incluido el derecho a la Identidad de Género, independientemente de que se hayan o no interpuesto acciones legales para lograr su reconocimiento. La Defensoría del Pueblo hace este último apunte pues considera justamente que la ausencia de este tipo de normas propicia un clima de discriminación y violencia contra las personas trans que puede empezar desde los primeros años de su vida tal como se advirtió en el Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género referido en el Informe Defensorial.

En ese orden de ideas, al momento de evaluar la decisión del RENIEC, la Defensoría del Pueblo estimó necesario hacer hincapié en que en 1978, el Perú ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y en 1981 reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45° y 62° de la referida Convención, que de acuerdo al artículo 55° de la Constitución Política y al Tribunal Constitucional, forma parte del derecho nacional y ostenta rango constitucional, según lo establecido en el Fundamento 13 de la Sentencia N° 000007-2007-AI/TC.

Así pues, afirma la Defensoría del Pueblo, dado que el mandato de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 2.2 de la Constitución Política, debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos), tal como lo manda su Cuarta Disposición Final y Transitoria, antes ya mencionada, no es posible hacer una diferencia injustificada sobre la base de la Identidad de Género de una persona.

En consecuencia, subraya la Defensoría del Pueblo, dado que la Opinión Consultiva OC-24/2017 es de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano, este debe modificar su legislación para reconocerla, es decir, permitir el cambio de nombre, sexo y otros datos u elementos en los documentos personales, como los certificados de nacimiento, el Documento Nacional de Identidad, el Pasaporte, entre otros.

2.9 El Estado peruano y los Principios de Yogyakarta

Al respecto, la Defensoría del Pueblo, en el Informe aludido en el punto precedente, recuerda que los Principios de Yogyakarta fueron aprobados por un grupo de expertos en derechos humanos durante un

seminario que se llevó a cabo en noviembre de 2006, donde se discutió sobre los estándares internacionales mínimos que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, frente a la histórica y sistemática violación a los derechos humanos de las personas LGTBI.

Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo advierte que en total, constan de 38 principios con recomendaciones dirigidas principalmente a los Estados. Pero toma especial interés por el tenor del Principio 3 “El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”, que prescribe que la Orientación Sexual o Identidad de Género de una persona es un elemento sustancial de su personalidad, dignidad y libertad. Por consiguiente, los Estados tienen que:

(...)

B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí;

C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona -incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos- reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí;

D. Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida.

(...)

Como puede apreciarse, se trata de principios -sobre todo el Principio 3- que concuerdan con los estándares del Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos en el sentido de reafirmar, según lo expone la Defensoría del Pueblo, que mientras el sexo o género se siga registrando, debe asegurarse un mecanismo rápido, transparente, y accesible para el reconocimiento legal de la Identidad de Género de una persona prescindiendo de intervenciones o diagnósticos médicos o psicológicos, límites de edad, condición económica o de salud, estado civil, opiniones de terceros, entre otros.

Por último, es importante señalar que por su parte, la Defensoría del Pueblo ha sido enfática en ratificar que los Principios de Yogyakarta son una fuente de interpretación válida y necesaria que el Estado peruano debe observar al adoptar cualquier decisión, medida o norma que involucren los derechos de la población de las personas trans, más aún cuando la expresión y vivencias de sus orientaciones e identidades las coloca en una situación de vulnerabilidad que las hace merecedoras de una especial protección.

CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, considero necesario finalizar este trabajo que busca sentar las bases para la elaboración de una investigación más amplia, compartiendo cinco apuntes -a modo de conclusión- que explican cuál es el estado actual de la protección del derecho a la Identidad de Género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano y hacia a dónde deberíamos apuntar en esta materia.

Primero, es importante señalar que tomando en consideración el mandato establecido en las disposiciones jurídicas nacionales previamente citadas, referidas a la interpretación de los derechos fundamentales, el contenido de la mencionada OC 24/17, y lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06040-2015-PA/TC, mediante la cual -como ya recordé- se garantiza el derecho de acceso a la justicia de las personas trans que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, pues se reconoce la competencia de los jueces para tutelar el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica de las personas trans, ya que se considera que “ya no existe ningún impedimento, ni legal, ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos”, quedando claro que no existe fundamento alguno para que los jueces peruanos denieguen las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre de las personas trans, ya que ello supondría una violación al derecho a la Identidad de Género de estas personas.

Segundo, es necesario, por los argumentos expuestos por la Corte (también por el RENIEC y la Defensoría del Pueblo, respectivamente): “Aprobar una Ley de Identidad de Género que establezca un procedimiento administrativo a cargo del RENIEC para que las personas trans puedan cambiar su sexo y/o nombre en sus documentos de identidad, desjudicializando esta materia”.

Tercero, de aprobarse esta Ley, el procedimiento administrativo previsto debería cumplir con las siguientes condiciones: 1) Debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida;

2) Debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; 3) Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género; 4) Debe ser expedito y debe tender a la gratuidad; 5) No debe requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la Identidad de Género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario a la integridad personal, siguiendo la línea establecida por la Corte.

Cuarto, es perfectamente compatible con la Convención y con la Constitución Política, que el RENIEC, organismo constitucionalmente autónomo del Estado peruano, diseñe y apruebe un procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de cambio de sexo y/o nombre de las personas trans en defensa de su derecho a la Identidad de Género, el mismo que debería cumplir con las condiciones anotadas en el punto precedente, sin necesidad de que exista una Ley de Identidad de Género, aprobada por el Congreso de la República que regule esta materia, según lo establecido por la Corte.

En otras palabras, si el RENIEC decidiera aprobar el referido procedimiento administrativo, no estaría haciendo otra cosa que aplicar directamente la Convención y la Constitución Política, al amparo de la línea interpretativa sobre derechos fundamentales marcada tanto por la Corte como por nuestro Tribunal, respectivamente. Asimismo, si el RENIEC adoptara esta decisión también lo haría al amparo de lo expuesto por la Defensoría del Pueblo sobre la necesidad de entender a los Principios de Yogyakarta como una fuente de interpretación válida y necesaria que el Estado peruano debe observar al adoptar cualquier decisión, medida o norma que involucren los derechos de las personas trans.

Por último, siguiendo el razonamiento jurídico expuesto por la Defensoría del Pueblo, consideramos que los jueces y tribunales nacionales tienen el deber de realizar un control de convencionalidad sobre las normas y prácticas que rigen el proceso de cambio de nombre y sexo en el Perú, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, así como de aplicar estándares internacionales en la materia, a fin de amparar la pretensión de aquellos ciudadanos, que como el señor A.V.V.G solicitan el cambio de nombre y sexo, respectivamente, para luego declarar fundadas este tipo de demandas, a

pesar de la oposición de la Procuraduría Pública del RENIEC, o de cualquier otra entidad estatal y/o privada, pues como hemos podido apreciar, este tipo de posturas carecen hoy de todo fundamento constitucional y/o legal.

REFERENCIAS

Roa, Jorge Ernesto (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Corte IDH (20 de Marzo 2013). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay Supervisión de cumplimiento.

Fecha de recepción : 31 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 20 de octubre 2018

LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE FAMILIA, LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL NIÑO Y SU INTEGRACIÓN A SU FAMILIA BIOLÓGICA COMO DERECHOS DEL HIJO EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

THE FAMILY STATUS, STATIC AND DYNAMIC IDENTITY OF THE CHILD AND HIS INTEGRATION TO ITS BIOLOGICAL FAMILY AS RIGHTS OF THE SON IN THE CHALLENGE OF PATERNITY PROCESS

José Yván Saravia Quispe¹

Resumen:

La finalidad del presente artículo es analizar los derechos que alcanzan al niño, niña o adolescente cuando se encuentran inmersos en un proceso de impugnación de paternidad, de esta forma, se busca definir el contexto normativo establecido en la irrevocabilidad y caducidad de la negación del reconocimiento de filiación, establecidos en los artículos 395º y 400º del Código Civil.

De igual forma, se analizará el derecho a la identidad del niño, tanto en su vertiente estática como en la dinámica y el derecho a ser integrado a su familia biológica, ello con el propósito de comprender con mayor amplitud los derechos invocados y poder efectuar una correcta ponderación ante una evidente colisión de principios; buscando como respuesta lo que más beneficie a la niña, niño o adolescente.

Palabras clave: estado de familia, identidad estática, identidad dinámica, integración a la familia biológica, impugnación de paternidad, caducidad, irrevocabilidad, control difuso, ponderación.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the rights that reach the child or adolescent when they are immersed in a process of challenge of paternity, in this way, seeks to define the regulatory context established in the irrevocability and expiration of the denial of recognition of filiation, established in articles 395º and 400º of the civil code.

Likewise, the right to the child's identity will be analyzed, both in its static aspect and in the dynamics and the right to be integrated to its biological family, with the

¹ Juez Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Este. Ex Fiscal Adjunto Provincial de Familia del Distrito Fiscal de Amazonas. Ex Fiscal Adjunto Provincial en lo Civil del Distrito Fiscal de Lima. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctorado en Derecho en la misma casa superior de estudios. Especialista en Derecho de Familia y Género de la Universidad de Jaén – España.

purpose of understanding with greater amplitude the invoked rights and being able to make a correct weighing before an evident collision of principles; searching in response what most benefits the child or adolescent.

Key words: *family status, static identity, dynamic identity, integration to the biological family, impugnation of paternity, expiration, irrevocability, diffuse control, weighting.*

INTRODUCCIÓN

Las reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema respecto al control difuso para inaplicar los artículos 395º y 400º del Código Civil, respecto a la irrevocabilidad del reconocimiento de la filiación y plazo de caducidad para negar el reconocimiento, han hecho presumir que dichos artículos per se son inconstitucionales; sin embargo, las últimas consultas y casaciones han empezado a analizar la finalidad de estos dispositivos legales y qué derechos del niño protegen.

Asimismo, si bien en un inicio se consideraba que bastaba la prueba de ADN para excluir del acta de nacimiento al padre legal, actualmente se viene sosteniendo que el derecho a la identidad del niño no es solo la biológica, sino que debe tenerse en cuenta la identidad dinámica, por lo tanto, no se puede descartar de plano que la irrevocabilidad del reconocimiento y el plazo de caducidad para negarlo, vulneren algún derecho del niño; en todo caso ante una colisión de derechos se debe analizar el derecho a la identidad, pero en sus dos vertientes tanto estática como dinámica.

Otro punto importante es el análisis que hace la Corte Suprema respecto a lograr la identificación del padre biológico dentro del proceso de impugnación de paternidad, señalando que excluir al padre legal no garantiza el derecho al niño a ser integrado a su familia biológica; consecuentemente, que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, en realidad el niño no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico.

Como se puede apreciar dentro del proceso de impugnación de paternidad se entrelazan una serie de derechos del niño, niña y adolescente que el Juez deberá tener en cuenta al momento de emitir un pronunciamiento y por lo tanto es necesario conocer cada uno de ellos y cómo es aplicable en cada caso en concreto.

1. EL DERECHO A LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE FAMILIA ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTITUCIÓN.

Según Cornejo Chávez (1999) “el reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra; asimismo, los caracteres del reconocimiento, según el citado autor, son universal, formal, facultativo, personal, individual, puro e irrevocable”. (p.111)

Ante este reconocimiento, nuestro legislador ha previsto una serie de restricciones a las posibilidades de negación del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial, todas las cuales buscan limitar la posibilidad de impugnación del vínculo paterno-filial ya formado:

- El artículo 395º del Código Civil, que establece que el reconocimiento es irrevocable.
- El artículo 399º del Código Civil, que establece que el reconocimiento no puede ser negado por el padre o por la madre que intervinieron en él.
- El artículo 400º del Código Civil, que establece un plazo de caducidad de noventa días para negar el reconocimiento, contados a partir del momento en que aquel se celebró o en que se tuvo conocimiento del mismo.

Para ingresar al fondo del debate planteado debemos de conocer cuales fueron las razones por la que nuestros legisladores incorporaron estas restricciones en el código civil de 1984, sobre la irrevocabilidad del reconocimiento y el plazo para negarlo.

Señala Cornejo Chávez (1999) que el legislador, en el caso del establecimiento de un plazo perentorio, persigue la finalidad de consolidar un estado de familia en aras de la estabilidad, señalándose que: “La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad” (p. 111)

Para Carlos Cárdenas Quiroz (1999), “el Código Civil contiene normas procesales, de definiciones procesales, trámites, plazos, como el caso del artículo 400º del Código Civil que incluye en la lista de normas con regulaciones procesales” (p.135). Por lo tanto, el artículo citado **contiene**

una norma jurídica regulativa **con una regla procesal que califica como permitida la realización de una acción negatoria de paternidad, pero en un plazo específico de caducidad de noventa días**, que se computa a partir del momento que se tuvo conocimiento del acto.

En este sentido, estando que la acción impugnatoria cuenta con un plazo de caducidad establecido en el artículo 400º de la norma sustantiva y en interpretación sistemática con los artículos 2003º y 2007º del mismo cuerpo legal, que establece que dicho plazo extingue la acción y el derecho transcurrido el último día del plazo; en consecuencia, la demanda debe ser interpuesta antes del vencimiento del plazo de noventa días de conocido el acto de reconocimiento, para no incurrir en la causal de improcedencia prevista en el artículo 427º numeral 3 del Código Procesal Civil en razón de la caducidad.

De igual forma, el acto de reconocimiento provoca, entre otras cosas, que el artículo 395º de nuestro Código Civil disponga que “el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”; en efecto, conforme a lo descrito líneas arriba una de las características del reconocimiento en su irrevocabilidad, a lo señalado por Cornejo Chávez (1999) “por su carácter declarativo o equiparable a la confesión” (p. 111); y también a razón “a las consecuencias que este acto produce no solo en el hijo reconocido (ya sea en el plano material, por las relaciones afectivas que normalmente acompañan a la filiación, como en el jurídico, por el sistema de derecho prevé a favor del niño), sino sobre el propio padre, la familia y la sociedad que exigen que el legislador dote a este acto de características particularmente estrictas para quien lo celebra”, conforme se estableció en el Voto de la magistrada Rodríguez Chávez en la Consulta N° 3873-2014-San Martín.

Es así que la intervención del legislador contenida en las normas limitando la acción, persigue entonces, la consecución de una **finalidad de protección y consolidación del estado de familia**, la misma que goza de protección constitucional en el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, norma que protege la institución jurídica de *familia*, como instituto natural y fundamental de la sociedad: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; que a decir de Plácido Vilcachagua (2005) “el primer deber constitucional que dimana del artículo 4º para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional” (p.333-334), constituyendo la familia elemento natural y fundamental de la sociedad gozando de especial protección social y estatal.

De igual forma, se encuentra tutelada en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

Igualmente, lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona al nivel adecuado de vida que le asegure a ella y a su familia la salud y el bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la más amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

Asimismo, los artículos en análisis regulan una acción de estado. Zanoni (2002) señala que debe entenderse por estado: “la particular atribución a la persona, efectuada por el ordenamiento jurídico, como sujeto de relaciones jurídicas familiares”(p. 90); siendo la ratio legis del código sustantivo la protección al derecho del estado constante de familia, que se hace mucho más vigente en la estructuras de las familias actuales, que pueden estar conformadas por vínculos socioafectivos y no solo sanguíneos, como por ejemplo las denominadas “familias ensambladas”, o familias reconstituidas o familias mixtas; conforme lo establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 9332-2006-AA.

Asimismo, en el Código Civil de 1984 es posible advertir que la posesión de estado está presente tanto en la institución familiar de la filiación matrimonial como extramatrimonial; por ejemplo, el artículo 375º, admite como medio probatorio de la filiación matrimonial, a la sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante de estado de hijo, cuando falta partida de nacimiento del hijo matrimonial de los padres. De igual forma, el artículo 376º, prevé que es inimpugnable la filiación matrimonial cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado; y en aplicación del artículo 402, inciso 2), además de la prueba biológica, permite declarar la filiación extramatrimonial, si el hijo que se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en la posesión constante de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o su familia. Esto significa, como lo precisa Mudarra Banto (2016), que “nuestro derecho familiar peruano admite que la paternidad puede basar en un vínculo biológico, en otros casos, también puede sustentarse en la posesión de estado” (p. 62).

En este sentido, las disposiciones legales, en principio no se encuentra afectadas con vicios de inconstitucionalidad. Detrás de las reglas descritas no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad del reconociente de desdecirse o retractarse posteriormente de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador sobre el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en el niño, la familia y la sociedad, porque maximiza la protección del instituto de la familia en el sentido de pertenencia de una persona menor de edad en el núcleo familiar; consecuentemente por si solo los articulados normativos no son inconstitucionales debiendo ponderarse en el caso en concreto si existen otros derechos supra que serían más beneficiosos para su interés superior.

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL NIÑO O NIÑA.

Si bien, la justificación del legislador tiene sustento en un principio constitucional tan importante como la **protección y consolidación del estado de familia**, también es verdad que en ese momento no se analizó el principio jurídico de la identidad del niño, quizás porque no se tenía regulado como medio probatorio una científica y eficaz como la del ADN.

No obstante, en la actualidad en el marco de la evolución de los derechos humanos entre ellos los del niño, niña y adolescente se ha visto que la protección a la familia como principio constitucional colisionaría con **el derecho a la identidad de la persona menor de edad** y a ser integrado a su familia biológica, el mismo que tiene sustento en la Convención sobre los derechos del niño y en nuestra Constitución Política del Estado.

Es así, que a la llegada de la prueba científica de ADN es que se otorga una gran importancia al derecho a la identidad en su faz estática que como señala Ortiz de Rosas (2005) “está representada en el origen genético biológico de la persona”. (p. 1) Precizando Rivera (1993) que “el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal”. (p. 118)

Asimismo, Nora Lloveras citada por Varsi Rospigliosi considera que “la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella – los progenitores o padres- y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social”. (p. 446)

Por su parte, la Convención sobre los derechos del niño en el artículo 7.1 consagra el derecho de los menores a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, derecho a un nombre y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; el artículo 7.2 de la misma Convención obliga a los Estados Partes a velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación nacional y obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos internacionales; **el artículo 8.1 de la Convención establece el compromiso de los Estados de respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares;** y en el artículo 8.2 se establece la obligación de prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente la identidad cuando el menor es privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad; coincidiendo con el artículo 6° de la Declaración de los derechos del niño, contempla el derecho de los menores de edad, al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, y que siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad **de sus padres.**

No obstante, en la actualidad la Jurisprudencia ha identificado que el derecho a la identidad no solo tiene un componente estático o biológico, sino que también cuenta con un componente dinámico y los dos tipos constituyen una unidad inescindible. El primero es el resultado de una información genética que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. Esta vertiente de la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad; estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad.

En este sentido, si bien el niño, niña y adolescente, conforme al artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes tienen derecho a su identidad biológica, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos; también el mismo artículo señala que tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad, ello dentro del marco de su identidad, que no es otra cosa que su identidad dinámica, siendo un principio contemplado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Este principio del desarrollo integral de la personalidad se constituye a partir del derecho a la libertad, que permite que cada ser humano decida sobre su propia vida y desarrolle su personalidad en una dirección, según una determinada escala de valores; es en virtud de la libertad que cada cual puede escribir su biografía y perfilar su identidad.

Consecuentemente, es en base a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad que se sustenta jurídicamente la identidad dinámica en el derecho. En este sentido, cabe sostener que la noción de identidad personal es integral, comprende no sólo los datos biológicos estáticos sino, además, aquellos que determinan la personalidad dinámica del sujeto.

En esta vertiente dinámica también se puede observar la posesión de estado paterno filial; es decir, si bien la paternidad se puede basar en un vínculo biológico, también se puede sustentar en la posesión de estado padre e hijo. Asimismo, Aguilar Llanos (2013), nos habla de la verdad socioafectiva, señalando que “el padre social se trata de aquella persona que no siendo padre biológico, si lo es desde el punto de vista legal y se comporta como un verdadero padre, cuida como tal a los hijos, asume todas las responsabilidades propias de un padre, estableciendo una relación beneficiosa para el hijo o hija.” (p.13)

Este derecho a la identidad dinámica nos muestra al reconocimiento en su característica de irrevocabilidad ante una posición de estado como vínculo social de filiación; en este sentido, la identidad biológica es importante pero no es absoluta; muchas controversias se sustentarán en la verdad afectiva y en la posesión de estado paterno filial y no solo en los lazos de sangre; no pudiendo descartarse de plano los artículos establecidos en el Código Civil, porque el derecho a la identidad del niño, consagrada en la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño, no solo debe analizarse desde su vertiente estática sino también desde la dinámica.

3. LA ACREDITACIÓN EN JUICIO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

Cuando se tiene una pretensión de impugnación de paternidad se debe partir en que los artículos 395° y 400° del código civil son constitucionales y que su finalidad es proteger a la familia y al ser el control constitucional excepcional debe existir una justificación razonable que haga posible inaplicar tales artículos.

Es así que al colisionar el principio de identidad no basta justificarla solo en la identidad biológica, porque si no estaríamos dejando vulnerable el derecho al libre desarrollo de su personalidad del niño, niña y adolescente, por lo que corresponde que la judicatura también analice su identidad dinámica.

Ahora bien, a diferencia de la identidad biológica que se acreditará con una prueba científica de ADN, la acreditación de la identidad dinámica es más

compleja porque es un elemento subjetivo, para ello es necesario que las partes procesales o de oficio por el magistrado se incorpore como medio de prueba un informe del equipo interdisciplinario del poder judicial; asimismo, se cumpla con lo establecido en el artículo 85° del código de los niños y adolescentes, es decir escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Cada caso planteado como pretensión en un proceso de impugnación de paternidad resulta diferente a otro; por lo tanto, no se puede generalizar que solo se resolverá la litis con la acreditación de los padres biológicos, sino que existirán casos en que el niño, niña o adolescente haya desarrollado dentro de su identidad una historia familiar en donde identifique como su padre aquel que lo ha reconocido y esa realidad es parte de su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Algunos críticos a esta teoría refieren que el niño, niña y adolescente pueden ser manipulados para que pueda referir o manifestar una historia que en la realidad no sucede, pero para ello está el equipo interdisciplinario que podrá establecer si lo relatado por el infante es fabulado o coherente, asimismo, se puede incorporar testimoniales de su entorno familiar y social para poder acreditar la identidad dinámica.

Asimismo, siempre existirán casos complejos en donde el niño, niña y adolescente ha desarrollado su identidad dinámica, como los hijos reconocidos dentro del matrimonio y que han sido formados dentro del hogar conyugal, arraigados a la familia paterna legal y que luego de muchos años por alguna circunstancia se le informa que su identidad biológica es otra, no pudiendo borrar del niño todo aquello que es parte de su posesión constante de estado padre e hijo y de familia; en esos supuestos, para resolver la controversia, no bastará la prueba biológica de ADN.

De igual forma, habrán casos en los que se podrá resolver la controversia sin mayor inconveniente probatorio en el que primará la realidad biológica, como aquellos en los que el menor de edad no ha desarrollado su identidad familiar con el padre legal, sea por abandono de éste, por motivos de violencia u otros; asimismo, aquellos que a pesar de que han desarrollado afinidad parental con el padre legal también conocen su origen biológico y éste ha desarrollado afinidad paterno filial con su progenitor y puede ser superado con ayuda profesional especializada. De ahí la importancia de lo señalado por la Corte Suprema cuando indica que dentro del proceso de impugnación de paternidad de un hijo se debe identificar al supuesto padre biológico e incorporarlo como litisconsorte, de esta forma respetando el derecho de defensa se podrá establecer la real identidad del niño al momento de sentenciar.

4. DERECHO A SER INTEGRADO A SU FAMILIA BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Otro supuesto que se presenta en los procesos de impugnación de paternidad es que usualmente solo intervienen en la litis la madre y el padre legal, sustentando este último que biológicamente no es el progenitor; sin embargo, no se ha identificado al padre biológico. En estos casos, ha sido usual que las sentencias excluyan la paternidad, pero ello ha generado que los niños, niñas adolescentes no cuenten con su identidad biológica absoluta, es decir, no se ha incluido la identidad del padre biológico, señalando una parte de la doctrina y la jurisprudencia, a la que me aúno, que no se está cumpliendo con el derecho a la integración del niño a su familia biológica, porque el excluir la única identidad que contaba no basta para cumplir con este derecho; de ahí la importancia de replantear la interpretación de este derecho en aplicación a los procesos de impugnación de paternidad.

El derecho a que el niño, niña o adolescente sea integrado a su familia biológica es un derecho importante para la persona menor de edad, porque busca lograr una identidad plena. Para que se cumpla este derecho tiene que excluir al progenitor legal, pero a su vez se deberá incluir al padre biológico.

Es así como toma relevancia el Voto de la magistrada Rodríguez Chávez en la Consulta N° 3873-2014-San Martín, cuando señala que: “se evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara en la tinta la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. ¿Se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor? No, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria.”

Es por ello, que para que se inaplique los artículo 395º y 400º del Código Civil, no basta con excluir al padre legal sino efectuar una investigación de filiación del niño para determinar en el mismo proceso al padre biológico; siendo importancia la participación del juez como director del proceso en la búsqueda entre los medios probatorios sobre todo en la declaración de las partes y testigos de advertir al supuesto padre biológico, debiendo

incorporarlo al proceso como litisconsorte necesario en cualquier etapa del proceso y con el mismo sistema de prueba de ADN determinar la verdadera identidad estática de la persona menor de edad, para considerar la declaración judicial de paternidad del progenitor biológico en la sentencia.

Veamos que nos dice al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Gelman vs Uruguay, en su fundamento 123: *“prevalece el derecho de la familia de educar a los niños que biológicamente traen a la vida, y que cuenta con un dato muy fuerte con base científica, como es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica.”*

Ello vamos a interpretarlo con lo establecido en el artículo 8.2 de la Convención sobre los derechos del niño que establece: “la obligación de prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente la identidad cuando el menor es privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad.

En este sentido, si bien el conocer que el padre legal no es el progenitor biológico, no se puede dejar libre el derecho para que se haga valer la investigación de filiación en otro proceso, porque la convención en el artículo señalado nos dice que el restablecimiento de la identidad del niño debe ser rápidamente y tiene su sustento en el principio de su interés superior.

Sobre el derecho a la investigación de la paternidad Varsi Rospigliosi refiere que: “su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y Código de los niños y adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento constitucional e imprescindible, pues fortalece el principio de protección de la familia.” (p. 447-448)

Al ser considerado la investigación de paternidad filiatoria un derecho constitucional y convencional es perfectamente posible en aras del interés superior del niño, la acumulación de pretensión a la impugnación de paternidad la filiación extramatrimonial, con la finalidad de que se determine la real identidad biológica del niño, porque el juez no puede sentenciar determinando solo una parte del derecho a la integración a su familia biológica con la sola exclusión del padre legal, sino, como ya hemos referido, la inclusión de su padre biológico, solo así se estaría cumpliendo con el derecho invocado.

Al respecto en la Casación N° 1622-2015-Arequipa, se ha establecido: “...el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación.”

En efecto, a la luz de una interpretación a favor del niño y no de las partes procesales, se puede llegar a la conclusión que una sentencia, so pretexto de proteger la identidad del niño, descarta la única referencia de paternidad que tenía y que fue establecido a la voluntad del firmante o por mandato de la ley, no tiene efectos positivos, porque el niño en ese proceso no accede a su origen biológico y por ende no se cumple con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y mucho menos con lo establecido en el artículo 8.1 de la convención sobre los derechos del niño.

Esta teoría se reafirma en la misma Casación cuando refiere que: “No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria.”

Asimismo, hace referencia al rol importante que cumple los artículos 399° y 400° del Código Civil, cuando se presentan estos casos al momento de resolver y como se ha venido señalando, la Corte Suprema de la República en esta casación precisa que estas disposiciones legales son “una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial y que a su vez, no resultarían opuestas al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció”. Contrario sensu, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, es decir establecer quien es el padre biológico, la aplicación de las normas establecidas en los artículos 400° y 395° de la norma sustantiva si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona y se podría inaplicar los artículos señalados.

5. EL CONTROL DIFUSO COMO EXCEPCIONALIDAD Y LA COLISIÓN DE DERECHOS EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

Como se puede apreciar todos los derechos invocados tienen sustento constitucional, pero en el caso en concreto pueden colisionar; ante ello, se ha optado por acudir a la técnica de ponderación de principios mediante el test de proporcionalidad aplicando el control difuso; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el control constitucional es excepcional y no puede aplicarse como regla a todos los casos sino debe analizarse en el caso en concreto.

Establecer lo que es más beneficioso para el niño, niña o adolescente nos lleva por el cauce de la afectación de los derechos del niño y de las partes procesales. En la lucha de intereses uno de los derechos debe ceder porque dos derechos no pueden preexistir frente a una misma situación.

En el caso en concreto, en los procesos de impugnación de paternidad se ha establecido un plazo de caducidad en el artículo 400º del Código Civil, y pese a estar en un código sustantivo es un dispositivo adjetivo y por lo tanto tiene naturaleza imperativa; más aún si entendemos que el legislador pretende proteger el derecho a la consolidación del estado de familia del niño.

No obstante, como se ha señalado **no se admite a discusión que las personas menores de edad, detentan un derecho fundamental a la identidad biológica y dinámica, así como a conocer y desarrollarse con su familia natural o biológica**, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que establece el Principio del Interés Superior del Niño.

Por lo que, si bien en *abstracto* la norma contenida en el artículo 400º del Código Civil es constitucional, ello no descarta que la misma norma *en concreto*, por las particularidades y circunstancias anotadas, presente incompatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; por lo que corresponde acudir a la técnica de *ponderación* de derechos que implica. Al respecto, Prieto Sánchez (2010) señala que: “una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto(...); se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”(p. 96-97).

Es importante destacar que en un Estado Constitucional de Derecho con supremacía de la norma constitucional, **el ejercicio del control difuso constituye un deber constitucional** de los jueces, máxime que el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución Política del Perú manda que: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” La norma constitucional citada guarda perfecta armonía con lo previsto en el artículo 51 de la Carta Magna que dispone: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

No obstante, es pertinente anotar que se presume la validez constitucional de las leyes, que además son obligatorias conforme lo prevé el artículo 109º de la Constitución Política del Estado, que gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución; significado que **el uso del control difuso debe ser “excepcional”** –aplicándose a los casos de conflicto de normas y para efectos de preservar la primacía de las normas constitucionales; **debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad.**

En ese orden, conforme lo señala Canosa Usera (1988) “quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad” alegada; en ese mismo sentido, *MESÍA Carlos (2004) establece que* “por lo que el control difuso procede cuando la inconstitucionalidad de la ley resulte manifiesta y no sea factible encontrar alguna interpretación acorde a la Constitución” (77); por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

De advertir alguna norma aplicable al caso concreto, que no admita interpretación conforme a la constitución, procederán a realizar el control difuso; debiendo tener sumo cuidado, pues se trata de un proceso gravoso y complejo, en tal sentido, se deben tener presentes las siguientes pautas:

a) Partir de la presunción de constitucionalidad de las normas legales, teniendo presente que, cuando se invoque la inconstitucionalidad de una norma, esta incompatibilidad debe probarse.

b) Realizar un juicio de relevancia, que implique el examen del caso, donde se determine sin lugar a dudas que se trata de la norma legal aplicable, esto es, la norma relevante e insoluble para la resolución del caso.

c) Realizar una labor interpretativa exhaustiva, agotando la búsqueda de una interpretación compatible con las normas constitucionales y los derechos fundamentales.

d) Finalmente, sólo cuando no sea posible una interpretación acorde a la Constitución, corresponderá declarar la inaplicabilidad de la norma al caso concreto; en el acto procesal por el cual se resuelve el asunto, esto es en un auto o sentencia (empero se recomienda en ambos casos, que se trate del pronunciamiento sobre el fondo o tema principal del asunto que se resuelve).

Asimismo, se debe tener presente el test de proporcionalidad que incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de idoneidad o adecuación, es determinar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, se debe analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Ello conforme lo establece el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias como la emitida en el Expediente N° 579-2018-AA-TC.

En el caso analizado, los artículos que establecen la irrevocabilidad del reconocimiento y el plazo para negarlo, se deben presumir a priori que no vienen viciadas de ilegitimidad, máxime si su finalidad está sustentada en el principio constitucional de protección a la familia, en ese orden quien enjuicie la norma debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente dicha inconstitucionalidad.

Para ello las partes accionantes invocan el derecho de identidad del niño, también sustentada en la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño, generando una colisión de principios constitucionales; sin embargo, como se ha precisado el derecho identidad no solo está conformado por la estática o biológica, sino también por la dinámica, ésta última sustentada en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

Es así que no resultará sencillo inaplicar los artículos en comentario cuando se demuestre que la identidad filiatoria de una persona menor de edad, en su faceta dinámica, se encuentra en la posesión del estado de hijo o hija del padre legal, asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. También, cabe la posibilidad que dicha identidad dinámica sea arraigada al padre biológico y por lo tanto, se tendrá que inaplicar los artículos; no obstante, cual fuera el hecho, la ponderación tendrá que realizarse en el caso en concreto debiendo la Judicatura necesariamente tener en cuenta en su motivación la identidad estática y dinámica del niño, niña y adolescente.

De igual forma, la ponderación tendrá una conclusión distinta sino se asegura dentro del proceso que el niño se integrará a su familia biológica; es decir, se haya realizado durante el proceso una investigación filiatoria con la finalidad de incluir la paternidad biológica del hijo y garantizar plenamente su derecho de ser integrado a su familia biológica.

Pero debe quedar claro que no todos los casos de impugnación de paternidad concluirán con un control difuso o que la Judicatura solo tendrá en cuenta la prueba de ADN de exclusión del padre legal; ello a razón de que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio; asimismo, que la colisión de principios constitucionales en los casos de impugnación de paternidad no se resume en el principio de identidad biológica, sino también en los derechos analizados en el presente artículo; asimismo, no bastará excluir de la partida de nacimiento al padre legal sin incluir al padre biológico; debiendo efectuarse forzosamente un test de proporcionalidad en el caso concreto, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.

CONCLUSIÓN

- La intervención del legislador contenida en los artículos 395º y 400º del Código Civil y que limita la acción, persigue la **finalidad de protección y consolidación del estado de familia**, la misma que goza de protección constitucional en el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que protege la institución jurídica de *familia*.
- En este sentido, las disposiciones legales, en principio no se encuentra afectadas con vicios de inconstitucionalidad. Detrás de las reglas descritas no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad de quien reconoce de desdecirse o retractarse posteriormente

de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador sobre el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en el niño, la familia y la sociedad. porque maximiza la protección del instituto de la familia en el sentido de pertenencia de una persona menor de edad en el núcleo familiar.

- En el marco de la evolución de los derechos humanos entre ellos los del niño, niña y adolescente se ha visto que la protección a la familia como principio constitucional colisionaría con **el derecho a la identidad de la persona menor** de edad y a ser integrado a su familia biológica, el mismo que tiene sustento en la Convención sobre los derechos del niño y en nuestra Constitución Política del Estado.
- No obstante, en la actualidad la Jurisprudencia ha identificado que el derecho a la identidad no solo tiene un componente estático o biológico, sino que también cuenta con un componente dinámico y los dos tipos constituyen una unidad inescindible. El primero es el resultado de una información genética que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. Esta vertiente de la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad; estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo.
- Este derecho a la identidad dinámica nos muestra al reconocimiento en su característica de irrevocabilidad ante una posición de estado como vínculo social de filiación; en este sentido, la identidad biológica no es absoluta; muchas controversias se sustentarán en la verdad afectiva y en la posesión de estado paterno filial y no solo en los lazos de sangre; no pudiendo descartarse de plano porque es parte del derecho a la identidad del niño consagrada en la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño.
- Ahora bien, a diferencia de la identidad biológica que se acreditará con una prueba científica de ADN, la acreditación de la identidad dinámica es más compleja porque es un elemento subjetivo, para ello es necesario que las partes procesales o de oficio por el magistrado se incorpore como medio de prueba un informe del equipo interdisciplinario del poder judicial; asimismo, se cumpla con lo establecido en el artículo 85° del código de los niños y adolescentes, es decir escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

- Asimismo, siempre existirán casos complejos en donde el niño, niña y adolescente ha desarrollado su identidad dinámica, como los hijos reconocidos dentro del matrimonio y que han sido formados dentro del hogar conyugal, arraigados a la familia paterna legal y que luego de muchos años por alguna circunstancia se le informa que su identidad biológica es otra, no pudiendo borrar del niño todo aquello que es parte de su posesión constante de estado padre e hijo y de familia; en esos supuestos, para resolver la controversia, no bastará la prueba biológica de ADN.
- El derecho a que el niño, niña o adolescente sea integrado a su familia biológica es un derecho importante para la persona menor de edad, porque busca lograr una identidad plena. Para que se cumpla este derecho tiene que excluir al progenitor legal, pero a su vez se deberá incluir al padre biológico.
- Es por ello, que para que se inaplique los artículo 395º y 400º del código civil, no basta con excluir al padre legal sino efectuar una investigación de filiación del niño para determinar en el mismo proceso al padre biológico; siendo de importancia la participación del juez como director del proceso en la búsqueda entre los medios probatorios sobre todo en la declaración de las partes y testigos de advertir al supuesto padre biológico, debiendo incorporarlo al proceso como litisconsorte necesario en cualquier etapa del proceso y con el mismo sistema de prueba de ADN determinar la verdadera identidad estática de la persona menor de edad, para considerar la declaración judicial de paternidad del progenitor biológico.
- Los artículos que establecen la irrevocabilidad del reconocimiento y el plazo para negarlo, se deben presumir a priori que no vienen viciadas de ilegitimidad, máxime si su finalidad está sustentada en el principio constitucional de protección a la familia, en ese orden quien enjuicie la norma debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente dicha inconstitucionalidad.
- No todos los casos de impugnación de paternidad concluirán con un control difuso o que la Judicatura solo tendrá en cuenta la prueba de ADN de exclusión del padre legal; ello a razón de que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio; asimismo, que la colisión de principios constitucionales en los

casos de impugnación de paternidad no se resume en el principio de identidad biológica, sino que se deberá tener en cuenta todos los derechos precisados en el presente artículo académico.

REFERENCIAS

Aguilar Llanos B. (2013). *La filiación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2004). *Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Barcelona: Editorial Ariel.

Cárdenas Quiroz, Carlos (1999). *Para Leer el Código Civil, Volumen II*, Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica.

Canosa Usera, Raúl (1998). *Interpretación y Fórmula Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Cornejo Chávez, Héctor (1999). *Derecho Familiar Peruano*, Lima :Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 10º.

Cornejo Chávez, Héctor (1982). *Derecho Familiar Peruano, Sociedad Paterno-filial*, Lima: Editorial Studium.

Cornejo Chávez, Héctor (Setiembre 1998). *Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Código Civil, IV, Exposición de Motivos y Comentarios, Derecho de Familia, Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Tercera Edición*, Lima Perú.

Fernández Sessarego, Carlos (1992). *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Editorial Astres.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2008). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo VIII – Procesos Constitucionales Orgánicos. Sánchez Gil, Rubén “La presunción de constitucionalidad”*, México: Marcial Pons.

Hakansson Nieto, Carlos (2014). *El proceso de inconstitucionalidad, una aproximación teórica y jurisprudencial*, Lima: Palestra.

Mesía Carlos (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.

Mudarra-Abanto, María (s/f). *Criterios para una adecuada admisión y resolución de demandas por negación del reconocimiento.*

Ortiz de Rosas, Abel Fleitas. (15 de noviembre, 2005). Derecho a la Identidad. *La Ley*. Buenos Aires, Año LXIX, N°222.

Prieto Sánchez, Luis (2010). El juicio de ponderación constitucional. *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima: Palestra.

Plácido Vicachagua, Alex (2005). La familia en la Constitución Peruana. *La Constitución Comentada, Análisis artículo por artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del Perú*. Director: Walter Gutiérrez, Tomo I, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición.

Varsi Rospigliosi, Enrique (s/f). *La Investigación de la Paternidad*. Tomo IV, Gaceta Jurídica.

Zannoni, Eduardo A. (2002). *Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II*, 4ta. Edición Actualizada, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Fecha de recepción : 29 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

**CRÓNICA DE LA LEY 27811: 16 AÑOS DESPUÉS, ACIERTOS Y
DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ASOCIADOS A LA
DIVERSIDAD BIOLÓGICA.**

*CHRONICLE OF THE LAW 27811: 16 YEARS AFTER, STRENGTHS AND
CHALLENGES IN THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE OF
INDIGENOUS PEOPLES DERIVED FROM BIOLOGICAL RESOURCES.*

Joyce Lenna Ticona Núñez¹

“El conocimiento es poder”
Francis Bacon

Resumen:

El artículo describe el proceso de elaboración y aprobación de la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos; y analiza brevemente algunas disposiciones que se vienen aplicando y que en consecuencia constituyen un avance práctico en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas; igualmente, reflexiona sobre las posibles razones por las que algunos de los principales componentes de la Ley, como la suscripción de contratos de licencia o el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, aún no han sido materia de implementación.

Palabras claves: conocimiento colectivo, conocimiento tradicional, consentimiento informado previo, contratos de licencia, fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas, ley 27811, propiedad intelectual, pueblos indígenas, registros.

Abstract:

The article describes the process of developing and enacting the Law N° 27811, Law introducing a protection regime for the collective knowledge of indigenous peoples derived from biological resources; and briefly analyze some provisions

¹ Abogada y Magister en Derecho de la Propiedad Industrial por la Universidad Panthéon Assas - Paris 2 y Magister en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible por la Universidad Panthéon Sorbona - Paris 1. Consultora en acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales, variedades vegetales, semillas, bioseguridad, gestión de biodiversidad, transferencia de tecnología y propiedad intelectual. Correo electrónico: lennaticona@gmail.com

successfully applied which therefore constitute a practical advance in the protection of traditional knowledge of indigenous peoples; also ponder about the possible causes for the absence of license contracts or the implementation of the Fund for the Development of Indigenous Peoples, as main themes of the Law.

Key words: *collective knowledge, traditional knowledge, prior informed consent, intellectual property, license contracts, fund for the development of indigenous peoples, law 27811, indigenous peoples, registers.*

INTRODUCCIÓN

A finales de 1995, y en gran medida por las negociaciones relacionadas al Programa Internacional de Cooperación para la Biodiversidad (ICBG) (Tobin B y Taylor E., 2009, p.41), germinaban las primeras reflexiones sobre cómo plantear un régimen nacional de protección de conocimientos tradicionales². Este contexto propició que a inicios de 1996, el Instituto Nacional de Defensa de Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI y el entonces denominado Ministerio de Agricultura, conformaran cinco grupos de trabajo con el objetivo de elaborar la propuesta de marco legal para la protección de los conocimientos de las comunidades indígenas.

Coadyuvando a esta iniciativa, la entonces Ley de Propiedad Industrial aprobada mediante Decreto Legislativo N° 823 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de abril de 1996³, incluyó disposiciones para el establecimiento de un régimen de protección y, de ser el caso, un registro, de los conocimientos de las comunidades nativas y campesinas⁴.

El grupo de trabajo encargado de elaborar una propuesta de marco legal para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas elaboró un primer y segundo borrador en junio de 1996 y agosto de 1997, respectivamente. El documento fue circulado entre expertos del tema para finalmente lograr una propuesta mejorada en abril de 1999. Por otro lado, dado el interés de validar la propuesta con los propios poseedores del conocimiento tradicional y bajo el sustento legal del Convenio N° 169 de

² Reunión de Trabajo entre SPDA y el INDECOPI. En: RUIZ, Manuel. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina. Lima: Unión Mundial para la Naturaleza/Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2006, p. 128

³ El Decreto Legislativo N° 823 estuvo vigente de mayo de 1996 a febrero de 2009 fecha que entró en vigor el Decreto Legislativo N° 1075, Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

⁴ El artículo 63 del Decreto Legislativo N° 823 señalaba que por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, podrá establecerse un régimen especial de protección y, de ser el caso, un registro, de los conocimientos de las comunidades nativas y campesinas.

la OIT⁵, se presentó la propuesta en dos talleres dirigidos a representantes de los pueblos indígenas durante abril y mayo de 1999⁶. Igualmente se realizó una presentación en el Seminario Internacional “Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos: Una oportunidad en el mercado global” co-organizado por el INDECOPI y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, del 19 al 21 de mayo de 1999.

Producto de este trabajo organizado y multisectorial, liderado por el INDECOPI y los entonces denominados Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, Ministerio de Agricultura y Ministerio de Pesquería⁷; el 21 de octubre de 1999 se publicó en Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, el Documento de Trabajo N° 003-1999 titulado “Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos”, el cual contenía el estudio y análisis de la realidad de ambas materias en el Perú, así como las propuestas normativas de las mismas.

El proceso de difusión de este documento comprendió además de su publicación a fines de recibir comentarios, reuniones con gremios⁸, una presentación ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República y varios talleres y mesas redondas posteriores⁹.

Extendiéndose el plazo para la recepción de comentarios¹⁰ hasta el 22 de mayo de 2000 se recibieron más de treinta aportes de diferentes sectores e instituciones nacionales e internacionales, que dieron como resultado la propuesta normativa contemplada en el Anexo B del Documento de Trabajo N° 010-2000. Área de Estudios Económicos del INDECOPI. “Propuesta de régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas (y algunas reflexiones sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos)” de

⁵ Artículo 6 inciso a) del Convenio 169 que dispone que se debe realizar una consulta a los pueblos indígenas cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

⁶ El primer taller se realizó en Lima los días 26 y 27 de abril de 1999 el mismo que contó con la participación de 16 representantes nacionales de pueblos indígenas; el segundo taller se llevó a cabo en Urubamba, Cusco los días 10,11 y 12 de mayo de 1999 donde participaron 36 representantes de los pueblos indígenas.

⁷ El mismo que además conto con la participación de varias instituciones en diferentes etapas, teniendo un rol protagonista: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP), Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), Instituto del Mar del Perú (IMARPE), INDECOPI, Instituto Nacional de Investigación Agraria (INIA), Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), Instituto Indigenista Peruano, Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales (MITINCI), SPDA, Universidad Agraria La Molina.

⁸ Cámara de Comercio Internacional, CONFIEP, SECREX - Sociedad de Comercio Exterior del Perú, Sociedad Nacional de Industrias, así como con la Asociación de Industrias Farmacéuticas de Origen y Capital Nacionales (ADIFAN) y con la Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos (ALAFARPE).

⁹ Detalladas en el Documento de Trabajo N° 010-2000. Área de Estudios Económicos del INDECOPI. “Propuesta de régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas (y algunas reflexiones sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos). Preparado por Juan Luis Avendaño Cisneros, Ana María Pacón, Gonzalo Ruiz y Begoña Venero, con la colaboración de Sylvia Bazán, Armando Cáceres y Beatriz Boza. Agosto, 2000.

¹⁰ Periodo de recepción de comentarios fue del 21 de octubre de 1999 al 20 de diciembre de 1999 inicialmente, el cual fue ampliado al 21 de febrero de 2000 y nuevamente al 22 de mayo de 2000.

fecha agosto de 2000. Sin embargo, del total de aportes recibidos, solo dos pertenecían a representantes de los pueblos indígenas lo cual evidenciaba el fracaso en conseguir involucrar efectivamente a los poseedores de los conocimientos tradicionales en el proceso participativo de la elaboración de la propuesta normativa (Tobin B. 2001, p. 53); así y en tanto las organizaciones indígenas manifestaron su desacuerdo con el contenido de la propuesta normativa, el INDECOPI decidió no presentar el borrador de la propuesta ante el Congreso (Tobin y Swiderska K., 2001, p.10) bajo el fundamento de la necesidad de promover un nuevo proceso y mayores consultas.

Sin embargo, a pesar de este estancamiento, las reuniones, talleres y los debates que se originaron durante el proceso de elaboración de la propuesta normativa evidenciaron la urgente necesidad de contar con mecanismos para la protección del conocimiento tradicional. En respuesta a este escenario, en el año 2002 se presentaron los siguientes proyectos de ley, todos con el objetivo común de establecer el régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas: Proyecto de Ley N° 2754/2001-CR, Ley que protege la propiedad intelectual comunitaria: comunidades campesinas y nativas, presentado por el congresista Yohny Lescano Ancieta con fecha 6 de mayo de 2002; Proyecto de Ley 2439/2001-CR, Ley que establece un Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, presentado por el congresista Héctor Chávez Chuchón con fecha 20 de mayo de 2002; y el Proyecto de Ley 3275/2001-CR, Ley que crea el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos y Comunidades Indígenas vinculados a los recursos biológicos, presentado por el Grupo Parlamentario Perú Posible con fecha 27 de junio de 2002.

El Dictamen de la Comisión de Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República de fecha 09 de julio de 2002, recaído en los mencionados proyectos señaló a las iniciativas legislativas como un precedente en el quehacer jurídico nacional en tanto pretendían establecer el reconocimiento del Estado Peruano del derecho y la facultad de los Pueblos Indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos, con el objetivo común de establecer un régimen especial de protección y concluyó recomendando la aprobación de los mismos con un texto sustitutorio. En la 13ava Sesión de la Comisión Permanente del Congreso de la República, de fecha 18 de julio de 2002, el texto sustitutorio de 71 artículos, 2 disposiciones complementarias, una transitoria y una final fue aprobado por 18 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención.

Finalmente, el 10 de agosto de 2002 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección

de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos.

No obstante lo expuesto, y a fines del presente artículo quisiéramos mencionar algunos elementos de interés sobre los proyectos de Ley antes mencionados.

En relación al Proyecto de Ley N° 2754/2001-CR, Ley que protege la propiedad intelectual comunitaria: comunidades campesinas y nativas, mencionar que su ámbito establecía la protección intelectual comunitaria aplicada a los conocimientos tradicionales, creaciones, diseños, patrimonio cultural, artesanía, alfarería, música, gastronomía, danza, arte y otros de todos los grupos étnicos culturales que tengan derechos intelectuales comunitarios.

Igualmente, se hace notar el planteamiento del Proyecto de Ley N° 2934/2001-CR el cual recogía íntegramente la propuesta elaborada por el INDECOPI, donde se proponían aspectos como definiciones de comunidades campesinas y nativas; y en especial: 1) La mención del mínimo del 0.5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento colectivo al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; 2) La mención de regalía del mínimo del 0.5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos que se encuentre en el dominio público destinado para el Fondo; y 3) Dentro de los requisitos del contrato de licencia el establecimiento de regalías que incluían “un pago inicial o alguna forma de compensación directa e inmediata a los pueblos indígenas y un porcentaje (no definido) del valor de la venta bruta antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo”¹¹.

Sin embargo, fue del Proyecto de Ley 3275/2001-CR que los legisladores recogieron la mayor cantidad de propuestas de artículos que hoy se aprecian en la actual Ley 27811 y donde se hace referencia a: 1) La precisión del porcentaje del 10% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento colectivo al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; 2) Al porcentaje no definido cuando se trate de uso de conocimientos tradicionales que se encuentren en el dominio público para el Fondo y; 3) Al establecimiento de compensaciones en el contrato de licencia que incluyen un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido

¹¹ Proyecto de Ley N° 2439/2001-CR, artículo 24, Contenido del contrato de licencia.

a su desarrollo sostenible; y al porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir del conocimiento colectivo objeto del contrato de licencia.

El presente artículo consta de la siguiente estructura: i) Parte Introductoria donde se plasma la crónica del proceso de elaboración y aprobación de la Ley 27811; ii) Una primera parte donde se exponen lo que se considera algunos de los aciertos y logros de la Ley N° 27811; iii) Una segunda parte donde se analizan algunos de los elementos que por la complejidad de su puesta en práctica, constituyen los desafíos actuales en la implementación de la Ley N° 27811 y iv) Parte Final donde se exponen algunas consideraciones y recomendaciones en un deseo de contribuir en las reflexiones sobre la implementación de la Ley N° 27811.

II. PRIMERA PARTE: LOS ACIERTOS

RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

El reconocimiento del Estado peruano sobre el derecho y facultad de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus conocimientos colectivos se desprende de la Constitución Política del Perú¹²; de las disposiciones del artículo 8j del Convenio sobre la Diversidad Biológica¹³; del artículo 7 de la Decisión 391 de la CAN¹⁴; y los artículos 23 y 24 de la Ley de Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica¹⁵.

Se hace notar que el derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus conocimientos tradicionales nace por el simple hecho de poseerlos, en reconocimiento que los mismos forman parte de su identidad cultural y étnica¹⁶, de su contribución al desarrollo o a la preservación de estos.

Los derechos atribuidos son inalienables en tanto los conocimientos tradicionales son un legado de las generaciones pasadas para las presentes y futuras. En el mismo sentido, estos derechos son imprescriptibles forman parte del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas¹⁷.

¹² Artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú.

¹³ El mismo que establece la obligación de los Estados de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

¹⁴ El cual reconoce, sujeto a la legislación nacional, el derecho de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

¹⁵ El cual señala que los pueblos indígenas están facultados para controlar el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas, los que constituyen su patrimonio cultural.

¹⁶ Artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú.

¹⁷ Artículo 11, Ley N° 27811.

DEFINICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

La Ley N° 27811, incluye en su definición de Pueblos Indígenas a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. Si bien, en un momento inicial se consideró señalar por separado las definiciones de comunidades campesinas, nativas y demás pueblos indígenas a fin de distinguir los derechos atribuidos a cada pueblo indígena y los que corresponden a una comunidad individual, finalmente se consideró que el no reconocimiento legal no era razón suficiente para excluir a estos pueblos indígenas del régimen propuesto, por lo que el texto de la Ley hizo referencia a Pueblos Indígenas de forma general.

Se hace notar que, la propuesta inicial decidió no hacer referencia a las comunidades afroamericanas en base al fundamento del reducido número de grupos afrodescendientes en el país y su proceso de aculturación (INDECOPI, 2000, p. 17).

ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Es importante señalar que este *Régimen sui generis* fue posible en tanto las disposiciones expresas de la entonces Ley Propiedad Industrial aprobada por Decreto Legislativo N° 823; además, señalar que la Ley N° 27811 recoge en su Primera Disposición Complementaria el principio de la independencia de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual con relación a las disposiciones de las Decisiones 345 y 486 de la CAN.

OBJETIVOS

Nótese que la creación del régimen de protección tuvo como objeto “no sólo contribuir a preservar y transferir sino también a desarrollar los conocimientos de los pueblos indígenas”¹⁸ señalándose la necesidad de un marco legal con reglas claras a fin de crear mecanismos que promuevan la inversión en la investigación y desarrollo de los conocimientos tradicionales.

REGISTROS DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS

La Ley señala al INDECOPI como la institución encargada del Registro Nacional Público y el Registro Confidencial de Conocimientos Colectivos dejando la organización de los Registros Locales a los mismos Pueblos Indígenas, de conformidad con sus usos y costumbres. Los registros son uno de los mayores logros de la Ley N° 27811, en tanto constituyen el referente de los

¹⁸ En el Documento de Trabajo N°003-1999

esfuerzos del INDECOPI en la capacitación que se brinda a las comunidades sobre procedimiento para registrar sus conocimientos tradicionales y donde además se les brinda información de la utilidad del registro para proteger conocimientos y evitar la biopiratería. Hasta agosto de 2018, el INDECOPI ha otorgado un total de **5 257** Títulos de Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos¹⁹.

El consentimiento informado previo del que hablaremos más adelante, es parte fundamental en el proceso de la elaboración de cualquier registro o base de datos de conocimientos tradicionales, el mismo que por su naturaleza debe tener lugar en el mismo seno de la comunidad, y requiere además de un procedimiento previamente pactado en concordancia con sus costumbres, leyes y derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

Establecido y reconocido el derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, es consecuente que recaiga en ellos como poseedores, la potestad de determinar si desean compartir los mismos con un público más amplio, así como las formas y términos de la apertura de la información, o en su defecto la decisión de no compartirlos. Así, el Consentimiento Informado Previo (PIC por sus siglas en inglés) es la suma de los requisitos que permiten contar con la autorización otorgada por poseedores del conocimiento tradicional para el acceso y uso de uno o varios de sus conocimientos, en conformidad con sus normas reconocidas y para la realización de una determinada actividad; evitando así su uso inadecuado o no autorizado y constituyendo una medida de protección para que los mismos no sean puestos en el dominio público sin su debida autorización.

La Ley N°27811 no brinda mayores orientaciones sobre los pasos para obtener el consentimiento, no obstante de la propia definición se desprenden ciertos requisitos para su debido otorgamiento, los cuales esperan desde hace 16 años ser oficialmente interpretados en la deseada reglamentación de la Ley. Se hace resaltar que la Ley también confiere protección al Pueblo Indígena ante la divulgación no autorizada por parte de un tercero con acceso legítimo al conocimiento tradicional pero con deber de reserva.

Igualmente, se enfatiza que para el acceso a los conocimientos con fines científicos es necesario contar con el consentimiento informado previo del

¹⁹ Nota de Prensa. Balance Primer Semestre 2018. Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Recuperado de: <http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6355/NP%20180813%20Balance%20Conocimientos%20colectivos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pueblo Indígena poseedor del conocimiento; mientras que para el acceso con fines comerciales es además necesario suscribir un contrato de licencia e inscribirlo en el registro que implemente para estos fines el INDECOPI.

III. SEGUNDA PARTE: LOS DESAFÍOS

RÉGIMEN DE BENEFICIOS MONETARIOS Y NO MONETARIOS

Considerando la complejidad de conocer o asignar un valor real a los conocimientos colectivos durante el proceso de negociación para su acceso, y haciendo la salvedad que igualmente existen beneficios no monetarios como por ejemplo, aquellos que se pueden dar en la fase de investigación referidos a la transferencia de tecnología, capacitaciones, publicaciones conjuntas, etcétera; *grosso modo el régimen sui generis* de protección prevé dos tipos de compensaciones económicas:

1) Acceso a conocimientos colectivos con fines comerciales que no están en el dominio público: Para el cual en las cláusulas del contrato de licencia se deberá contemplar:

- ❖ Un pago inicial o alguna forma de compensación directa inmediata;
- ❖ Un pago no menor del 5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos materia del contrato destinado a los pueblos indígenas;
- ❖ Un porcentaje no menor del 10% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos destinados al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

2) “Regularización” de acceso a conocimientos colectivos que estén en el dominio público:

- ❖ Para los conocimientos que hayan sido publicados entre el 08 de agosto de 1982 y el 08 de agosto de 2002, se deberá destinar un porcentaje (no definido) del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados en base a dicho conocimiento colectivo, para el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

La propuesta inicial del INDECOPI contemplaba que estas compensaciones sean determinadas por la libre negociación de las partes, lo cual parecía más coherente en tanto un contrato, es por definición, el acuerdo de la libre voluntad de las partes. En relación a la fórmula utilizada en los articulados que contemplan compensaciones económicas, se acota que en el documento de trabajo N° 010-2000 se indica que “se ha optado por establecer como unidad de referencia el valor de las ventas brutas antes de impuestos, en lugar de otros posibles indicadores, como los beneficios netos o las ventas netas, debido a su mayor simplicidad y en analogía con la figura utilizada en el caso de las regalías por concepto de derechos de autor”.

Se ha comentado que la suscripción de contratos de licencia permitiría analizar si los altos porcentajes son factibles o no, pero ciertamente 16 años después de la entrada en vigencia de la Ley, los contratos de licencia brillan por su ausencia. Una de las razones principales serían justamente las disposiciones que establecen un alto porcentaje mínimo que impiden la posibilidad de negociar contratos de licencia de forma más abierta, lo que podría estar ocasionando que las empresas potencialmente interesadas hayan asumido una posición de cautela frente a las disposiciones de la Ley N° 27811. Una alternativa sería una modificación de los porcentajes que permitiría a partes tener mayor libertad al momento de fijar la compensación en función del acceso de conocimiento, pudiendo inclusive utilizarse el sistema de regalías escalonadas.

CONTRATOS DE LICENCIA

La Ley N° 27811 señala que los conocimientos colectivos forman parte del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas, de forma tal que los mismos son inalienables e imprescriptibles; es decir, no pueden ser cedidos, vendidos, transferidos; sólo pueden ser objeto de licencias de uso.

De acuerdo a lo consignado en la Ley, quienes estén interesados en acceder a los conocimientos para fines de aplicación comercial o industrial, deberán: contactar, consultar y, negociar con el o los pueblos indígenas - poseedores del conocimiento colectivo-, un contrato de licencia de uso, el cual deberá ser obligatoriamente escrito, en idioma nativo y castellano; y por un plazo renovable no menor de un año ni mayor de 3 años, donde se prevean las condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo. Los contratos de licencia no confieren exclusividad sobre el conocimiento colectivo y su inscripción en el registro del INDECOPI es obligatoria.

Nuestro Código Civil señala que un contrato es acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial²⁰; por lo que se asume que las condiciones obligatorias impuestas por la Ley N° 27811 en relación a los requisitos de forma, duración del contrato y la obligatoriedad de su inscripción en el registro del INDECOPI, se concibieron en aras que el INDECOPI ejerza una suerte de rol supervisor de los requisitos mencionados en el contrato de licencia a fin de salvaguardar los intereses y derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo cierto es que desde la publicación de la Ley, a la fecha de la redacción del presente artículo, no existe ningún contrato de licencia registrado en el INDECOPI. Sin embargo, consideramos importante señalar la experiencia de los acuerdos suscritos en el marco del Programa Internacional de Cooperación para la Biodiversidad (ICBG) en el año 1996, antes de la promulgación de la Ley N° 27811. Durante esta experiencia se suscribieron un contrato de recolección de material biológico, un acuerdo de opción de licencia, acuerdos de subcontratos y un contrato de licencia de know-how entre la Organización Central de Comunidades Aguarunas del Alto Marañón (OCAAM), la Federación de Comunidades Nativas Aguarunas del Río Nieva (FECONARIN) y la Federación Aguaruna del Río Dominguíza (FAD), así como su organización representativa nacional, la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y Searle Pharmaceuticals (subsidiaria farmacéutica de Monsanto Inc.) (Tobin y Taylor, 2009, p. 40).

Las negociaciones realizadas entre 1993 y 1996 se llevaron a cabo en el marco de las disposiciones del Convenio de Diversidad Biológica y concluyeron en los acuerdos antes mencionados. En setiembre de 1999, ante la intención de no extender la licencia de *know-how*, Searle decidió cancelar la licencia (Greene, Shane, 2006, p. 23).

FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en adelante el Fondo, se creó bajo el razonamiento que siendo los conocimientos tradicionales compartidos por los Pueblos Indígenas, consecuente era lógico que todos los pueblos indígenas gocen de los beneficios que resulten de su acceso y utilización por parte de terceros. El porcentaje fijado - al menos el 10% del valor de las ventas brutas - se desarrolló en el sentido que sería imposible identificar en cada contrato de licencia a todos los Pueblos Indígenas que posean el conocimiento objeto de la licencia; por lo que resultaba justo reservar un porcentaje de los beneficios para aquellos Pueblos Indígenas

²⁰ Artículo 1351 del Código Civil Peruano.

que posean el conocimiento tradicional aunque no hayan participado en la negociación. De esta manera, se buscó lograr que todos los Pueblos Indígenas obtengan un beneficio, al menos indirecto, en tanto la naturaleza colectiva del conocimiento tradicional.

Si trazamos una línea de tiempo en relación a los esfuerzos para implementar el Fondo, podemos mencionar que en 2011 se designaron a los miembros de su Comité Administrador mediante la Resolución Ministerial N° 185-2011-MC. Este Comité Administrador realizó dos sesiones donde se aprobaron propuestas de artículos sin llegar a aprobarse una propuesta de reglamento completa²¹. En razón a los cambios en la dirigencia de las organizaciones representativas²², la Resolución Ministerial N° 155-2013-MC actualizó a los representantes designados, situación que se repitió nuevamente con la reciente Resolución Ministerial N° 155-2018-MC, la cual designó como miembros del Comité Administrador a representantes de las siguientes organizaciones: CNA, ONAMIAP, FENMUCARINAP, UNCA, AIDSESP y dos representantes del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

A pesar de lo expuesto, los esfuerzos por implementar el Fondo han sido incipientes recayendo la responsabilidad tanto en las organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas, como en el Ministerio de Cultura en su rol de ente rector en materia de Pueblos Indígenas u Originarios²³.

AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE

Si la Ley N° 27811, encarga los registros públicos y confidencial de conocimientos colectivos al INDECOPI y lo establece como Autoridad Nacional Competente Administrativa para resolver todo lo relativo a la protección de los conocimientos colectivos; se hace mención que la Ley N° 27811 también otorga un rol importante a la participación de la Ley al Ministerio de Cultura en el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y en el Consejo Especializado en la protección de conocimientos indígenas²⁴; sin mencionar la reciente precisión del Ministerio de Cultura como Ente Rector en materia de Pueblos Indígenas u Originarios²⁵. A la luz de este contexto, y en consideración

²¹ Acta del 20 de setiembre de 2012 donde se acordó que el Reglamento Interno regía desde la firma de la mencionada acta pero el mismo constituiría parte de la redacción del Reglamento del Fondo a ser aprobado mediante Decreto Supremo; y Acta del 4 de octubre del 2012 donde se aprobó la inclusión de artículos en la propuesta de Reglamento del Fondo.

²² La cual determinó como miembros a la CONACAMI, CNA, AIDSESP, CONAP, CCP y dos representante del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

²³ Decreto Legislativo N° 1360, Decreto Legislativo que precisa las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura.

²⁴ Tampoco implementado a la actualidad.

²⁵ Decreto Legislativo N° 1360, Decreto Legislativo que precisa las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura.

a las competencias de ambas instituciones en materia de conocimientos tradicionales, se hace necesario coordinar esfuerzos interinstitucionales a fines de implementar la Ley N° 27811, un primer paso se ha dado a través del reciente Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional en materia de conocimientos tradicionales suscrito por ambas instituciones con fecha 15 de agosto de 2018 y referido principalmente al desarrollo de documentos pedagógicos y eventos de difusión en la materia²⁶.

IV. CONCLUSIONES

Transcurridos 16 años desde la entrada en vigencia de la Ley N° 27811, sus principales y más notorios logros recaen en la constitución per se del régimen especial de protección, la destacada labor del INDECOPI en la implementación de los registros confidencial y público a través de la capacitación a las comunidades poseedoras de estos conocimientos tradicionales, y la obligatoriedad de la obtención del consentimiento informado previo. No obstante, y dado que los componentes de la Ley se conceptualizaron en una natural interrelación, la eficacia práctica y valor de los logros mencionados no alcanzará su potencial deseado en tanto no existan contratos de licencia de uso de conocimientos tradicionales o un rol más activo por parte de los mismos Pueblos Indígenas en la interposición de denuncias por uso indebido de sus conocimientos tradicionales ante el INDECOPI. Igualmente la incipiente implementación del Fondo para el Desarrollo Indígena deja entrever una falta de compromiso por parte de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y especialmente del propio Estado, en tanto el desarrollo de proyectos integrales de los Pueblos Indígenas constituye per se la concretización práctica de los objetivos de la Ley.

REFERENCIAS

Constitución Política del Perú (1993).

Comisión Permanente del Congreso de la República (2002). *Diario de Los Debates. Comisión Permanente 13ª G Sesión de la Comisión Permanente del Congreso de la República.*

²⁶ Los compromisos conjuntos del Convenio Específico de Cooperación son: a) Elaborar un documento pedagógico sobre la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios; b) Elaborar un documento pedagógico sobre el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas u Originarios; c) Elaborar un documento base sobre los registros locales de conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios y d) Coordinar, cuando sea pertinente, conferencias, seminarios, talleres, foros, charlas, mesas de difusión entre otras, con relación a la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Congreso de la República (2002). *Dictamen de la Comisión de Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República recaído en el Proyecto de Ley N° 2754/2001-CR, Proyecto de Ley 2439/2001-CR, y Proyecto de Ley 3275/2001-CR.*

INDECOPI (1999). *Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos* Documento de Trabajo N° 003-1999. Área de Estudios Económicos. Preparado por Armando Cáceres, Ana María Pacón, Víctor Revilla, Gonzalo Ruíz y Begoña Venero; con la colaboración de Héctor Agui, Beatriz Boza, Hugo Eyzaguirre, Javier Mori y Demetrio Rojas. Lima, Perú.

INDECOPI (2000). Documento de Trabajo N° 010-2000. Área de Estudios Económicos del INDECOPI. *Propuesta de régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas (y algunas reflexiones sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos)*. Preparado por Juan Luiz Avendaño Cisneros, Ana María Pacón, Gonzalo Ruiz y Begoña Venero, con la colaboración de Sylvia Bazán, Armando Cáceres y Beatriz Boza. Lima, Perú.

Greene, Shane (2006). *Pueblos Indígenas? La cultura como política y propiedad en la bioprospección farmacéutica.* *Revista Colombiana de Antropología*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH.

Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (24 de julio 2002).

Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales.

Registro de Expedientes del Congreso de la República. Departamento de investigación y documentación parlamentaria. Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos. Recuperado de: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

Ruiz, Manuel (2006). *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*. Lima: Unión Mundial para la Naturaleza/ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Tobin, Brendan (2001). *Redefining Perspectives in the Search for Protection of Traditional Knowledge: A Case Study from Peru*. Review of European Community & International Environmental Law. Volumen 10. Issue 1.

Tobin, Brendan and Taylor Emily (2009). *Across the Great Divide: A case study of complementarity and conflict between customary law and TK protection legislation in Peru. Initiative for the prevention of Biopiracy. Year IV N° 11. Lima, Perú.* Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Tobin Bredan y Swiderska Krystyna (2001). *En busca de un lenguaje común: Participación indígena en el desarrollo de un régimen sui generis para la protección del conocimiento tradicional en el Perú.* London, Inglaterra: International Institute for Environmental and Development (EIID).

Fecha de recepción : 29 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 25 de octubre 2018

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SERIE “13 REASONS WHY”*

LEGAL ANALYSIS OF THE TV SERIES “13 REASONS WHY”

Vanessa Antuanet Abreu Sancho¹

Elizabeth Huamán Cruz²

Resumen

El presente artículo aborda diversos problemas jurídicos que surgen en torno a la serie televisiva “13 Reasons Why”, entre los que se encuentran la inducción al suicidio, la violación sexual, el bullying, entre otros; los que son analizados no solo desde una perspectiva jurídica, sino también bioética. Para finalmente, determinar si estos actos constituyen delito y si cabe interponer algún tipo de acción penal en contra de quienes los cometieron.

Palabras clave: Inducción al suicidio, Violación sexual, Responsabilidad, Violencia escolar

Abstract:

This article studies the legal problems that arise around the series “13 Reasons Why” among which are the induction to suicide, rape, bullying, among others, these are analyzed not only from a legal perspective but also bioethics. Finally, to determine if these acts constitute a crime and if it is possible to file some kind of criminal action against those who committed them.

Keywords: Induction to suicide, Rape, Responsibility, School violence.

* El presente artículo constituye una versión corregida del trabajo que sobre la materia prepararon las autoras como parte del curso: Seminario de Bioética y Biojurídica, dictado en el semestre 2018 - I, en la Facultad de Derecho de la UNIFE por el Mag. Ronald Cárdenas Krenz.

¹ Alumna del X ciclo de la Facultad de Derecho de la UNIFE, ex Representante ante el Consejo Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UNIFE.

² Alumna del X ciclo de la Facultad de Derecho de la UNIFE, ex Representante ante el Consejo Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UNIFE.

INTRODUCCIÓN

El suicidio juvenil es un problema que afecta seriamente a la población, siendo grave especialmente en los jóvenes. Conforme señalan Bedoya & Montaña (2016), citando a La Organización Mundial de la Salud (OMS), el suicidio es "el acto deliberado de quitarse la vida". Desde 1970 es considerado como un problema de salud pública. Según el Instituto Nacional de Salud Mental de Lima, se presentan de 1 a 3 suicidios al día en nuestro país y alrededor de un 8.9% de peruanos ha pensado en quitarse la vida en algún momento.

En el año 2017, se estrenó "13 Reasons Why", basada en la novela escrita por Jay Asher en 2008, convirtiéndose en una de las series más populares de Netflix en diversos países, especialmente entre los adolescentes.

El argumento gira en torno a los hechos que llevaron a una adolescente ficticia, llamada Hannah Baker, de 17 años, a tomar la drástica decisión de acabar con su vida, dejando testimonio de las razones que la llevaron a ello a través de 13 cassettes¹³. Fallecida la menor, sus padres inician una investigación con el fin de saber qué sucedió con su hija, encontrar responsables e iniciar las acciones legales correspondientes.

ANTECEDENTES

Durante los 13 episodios que tiene la primera temporada, se observa cómo la protagonista vive distintas situaciones que la involucran a ella y a diversos compañeros de su escuela.

Todo lo vivido y descrito por Hannah Baker, que de por sí son situaciones traumáticas para cualquier persona adulta, lo son más para una adolescente que no cuenta con un soporte emocional que la ayude a superar las circunstancias difíciles de las que es víctima; sus padres están distantes debido a la mala situación económica que atraviesan; y, además, las personas a las que ella considera sus mejores amigos, se alejan para ir en busca de nuevas amistades e intereses.

ANÁLISIS JURÍDICO

Esta serie tiene relevancia jurídica porque desarrolla a lo largo de sus 13 capítulos distintos temas como:

³ Ante el éxito de la serie, Netflix decidió grabar otra temporada, la que fue lanzada en mayo del 2018. Se calcula que ha sido vista por 6,08 millones de espectadores en sus 3 primeros días de estreno. Los personajes principales de la serie son: Clay Jensen, Hannah Baker, Bryce Walker, Jessica Davis, Justin Foley y Tony Padilla.

- **La búsqueda de un responsable del suicidio de Hannah Baker.**

Respecto a este punto, es necesario analizar si corresponde imputar la responsabilidad de esta conducta a alguno de los compañeros de escuela de la protagonista; para ello, consideramos necesario hacer referencia al delito de "Instigación o ayuda al suicidio"⁴, que se encuentra tipificado en el artículo 113 de nuestro Código Penal. Del análisis de esta figura, se puede advertir que este es un delito DOLOSO, por lo que es necesario que el sujeto activo busque con su accionar que el sujeto pasivo, en este caso Hannah Baker, acabe con su vida.

Sin embargo, en la serie no se evidencia que quienes abusaron y vulneraron los derechos de la protagonista, por más viles y perversos que sean, buscasen que ella acabe con su vida; es decir, ellos no tenían la intención de que ella se suicide. Es más, en el primer capítulo de la primera temporada, la propia Hannah señala que quienes ella señala como responsables de su muerte no sabían lo que sus acciones iban a desencadenar.

Por lo tanto, lo ocurrido con Hannah Baker, no reúne los presupuestos necesarios para ser considerado como "Instigación o ayuda al suicidio", consecuentemente, no existe responsabilidad penal imputable a alguno de sus compañeros respecto a esta figura delictiva.

- **El abuso sexual.**

La violación sexual⁵ se encuentra tipificada en el artículo 170° de nuestro Código Penal, este tema se aborda en más de un capítulo de la serie, ya que la protagonista y una de sus compañeras de escuela, el personaje Jessica Davis, fueron abusadas sexualmente. Sin embargo, ninguna de ellas denunció los hechos, y estos se hicieron públicos recién mediante los audios dejados por Hannah Baker tras su muerte.

Es necesario precisar, que en el caso de Hannah Baker, se torna difícil la obtención de alguna prueba que corrobore que este hecho sucedió, debido a que solo se cuenta con la declaración de la víctima en un casete, quien no realizó la denuncia correspondiente y, además, no es posible que se puedan realizar los exámenes médicos necesarios para acreditar los hechos.

⁴ Artículo 113°.- Instigación o ayuda al suicidio
"El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.
La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta."

⁵ Artículo 170°.- Violación sexual
"El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años." (...)

Conforme señalan García Matamoros & Ávila Medina (2017, p.174) al referirse a la violación sexual, "(...) dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho." Sin embargo, en el presente caso no existe una declaración formal de la víctima y tampoco sería posible obtener una, debido a que ella falleció.

Por otro lado, también se debe analizar la declaración del violador, obtenida por un compañero de escuela (Clay Jensen), sobre el particular, esta declaración tampoco podría ser utilizada como prueba, toda vez que fue obtenida mediante el uso de la violencia; además, quien confesó podría alegar que lo dijo con la finalidad de generar confusión o para evitar que continúe la agresión hacia él.

Respecto a la violación sexual de Jessica Davis, sí se podría probar la existencia de este delito, debido a que la víctima puede ser sometida a los exámenes médicos pertinentes y ofrecer su declaración con el fin de iniciar un proceso penal en contra de su agresor.

Asimismo, es necesario referirnos a la persona que comete estos delitos: Bryce Walker, ya que si bien es cierto no puede ser procesado por la violación de Hannah Baker, sí puede serlo por la de Jessica Davis, solo es necesario que ella decida denunciarlo.

- **La violencia en el ámbito escolar.**

Este es un problema recurrente en nuestra época; resulta curioso cómo es que los personajes de la serie, adolescentes, tienen gran facilidad para conseguir armas de fuego, situación que no dista de la realidad debido a que se han registrado numerosos tiroteos en las escuelas de Estados Unidos en los últimos años. Muestra de ello es uno de los últimos tiroteos ocurrido en una escuela de EEUU originado por un estudiante en el Distrito Escolar de Santa Fe, Texas, quien provocó la muerte de al menos 10 personas y dejó varios heridos; en el presente año, se han registrado 22 tiroteos en centros educativos de los Estados Unidos. (El Tiempo, 2018)

Si bien es cierto, en nuestro país no se dan situaciones similares, la violencia en el ámbito escolar no escapa a nuestra realidad, prueba de ello es el reciente caso ocurrido en Satipo (Junín), donde un estudiante del cuarto grado de primaria, quien había sido expulsado de su colegio por mala conducta, incendió su centro de estudios (RPP, 2018), si bien este hecho, felizmente, no comprometió

la integridad física de sus compañeros y personal administrativo, generó la destrucción de los materiales didácticos y mobiliarios de la escuela; suceso que evidencia el grado de violencia presente en nuestros centros educativos.

CASO PERUANO

Distintos medios de comunicación de nuestro país informaron el caso de un joven ingeniero arequipeño de 23 años, Franco Alonso Lazo Medrano⁶, quien, según refieren, se suicidó siguiendo la dinámica de la serie; es decir, dejó unos audios e instrucciones para las personas a las que iban dirigidas las grabaciones que se encontraban en su computadora. Sin embargo, si bien se dejaron audios para distintas personas, no se puede afirmar que él haya tomado la decisión de acabar con su vida para imitar el accionar de la protagonista de la serie, ya que una persona no decide poner fin a su vida por el solo hecho de imitar algún comportamiento, sino que deben haber ocurrido situaciones en su vida personal que lo llevaran a suicidarse.

NUESTRA POSICIÓN

Después de haber analizado la serie a grandes rasgos, consideramos necesario realizar las siguientes preguntas:

1. ¿El suicidio de Hannah Baker representa un delito?

Si bien nuestra posición ya quedó clara con lo explicado líneas arriba, es necesario recalcar que el suicidio de Hannah Baker por más terrible y triste que sea, no representa delito, no nos encontramos ante un caso de "Instigación o ayuda al suicidio", en tanto no se cumple con el requisito establecido por nuestro ordenamiento jurídico, que es, la existencia de dolo por parte del (o de los) sujeto (s) activo(s) del delito, no hay intención de que la protagonista termine con su vida, ya que como señala Bramont-Arias (1994, p.58), la acción consiste en instigar, es decir, "provocar incitar, o inducir a otro a que se suicide. Esta instigación debe tender a que el inducido ponga fin a su vida y debe dirigirse a persona determinada".

De lo anterior, se puede deducir que para que se configure el delito de "Instigación o ayuda al suicidio", las sugerencias que se dan a la persona para que ponga fin a su vida, deben ser categóricas, es decir, no basta con el solo hecho de hacer insinuaciones; tampoco el hecho de que la protagonista de

⁶ La Policía encontró dentro de su cuarto dos notas suicidas, una donde daba instrucciones y nombres de las personas para que escuchen unos audios que dejó en su computadora. Obtenido de: <https://larepublica.pe/sociedad/882870-arequipa-joven-se-suicida-por-decepcion-amorosa-y-deja-indicaciones-para-escuchar-audios>

la serie haya sufrido maltratos físicos y psicológicos puede ser considerado como instigación. Fue ella quien tomó la decisión de acabar con su vida para evadir las situaciones violentas de las que era víctima, sin que ninguno de sus compañeros le haya sugerido que recurra al suicidio. En todo caso, se puede señalar que las personas de su entorno actuaron de manera indiferente ante los problemas que la protagonista enfrentaba.

2. ¿La serie incentiva de alguna manera el suicidio en los adolescentes?

Consideramos que el contenido de la serie si bien muestra situaciones difíciles para muchos de los espectadores, evidencia circunstancias que lamentablemente se dan a diario y que muchas veces desconocemos, ya que quienes sufren de abuso no lo manifiestan o simplemente no se perciben las señales que ellos transmiten.

Concordamos con Horrillo (2017) cuando señala que esta "no es una serie sobre el *bullying*, el suicidio, el machismo, las violaciones o las redes sociales. Es sobre cómo los adolescentes del siglo XXI se enfrentan a todos esos problemas y cómo los adultos son incapaces de verlo".

Cuando se estrenó la serie, generó gran controversia debido a que muchos especialistas en salud mental de Estados Unidos estimaron que "13 Reasons Why" podría generar un "efecto contagio"⁷ en la audiencia." (Diario La República, 2018).

Se ha dicho, por ejemplo, que la serie "(...) no proporcionó suficientes referencias respecto a los recursos de prevención del suicidio para personas que puedan estar en riesgo." (Diario El Comercio, 2018). También se le ha acusado "(...) de mostrar una visión polémica y edulcorada del suicidio." (Diario El Comercio, 2018).

También se han publicado noticias sobre la serie, como sigue:

"Una madre de Florida ha acusado a '13 Reasons Why' del intento de suicidio de su hija, una adolescente de 15 años que trató de quitarse la vida el pasado Día de la Madre" (Diario El Comercio, 2018).

"Escuelas primarias de Canadá emitieron un comunicado enviado a los padres advirtiendo el contenido de la serie: acusa de hacer una "glamourización del comportamiento suicida" (Del Moral, 2017)

⁷ También conocido como "Efecto Werther", debido a que en el siglo XVIII, cuando la novela "Las penas del joven Werther" fue prohibida porque, una serie de suicidios similares a los del libro.

Sin embargo, según "una investigación realizada por la Universidad de Northwestern, 13 Reasons Why, funcionó como una herramienta educativa para los jóvenes, fomentó las charlas entre padres e hijos, e inspiró más compasión entre los adolescentes." (Karter, 2018).

Entonces, para contestar la pregunta de si la serie busca incentivar el suicidio en los adolescentes, nuestra respuesta es NO, porque así como algunas personas podrían pensar que quienes ven esta serie buscarán imitar el comportamiento de Hannah Baker para acabar con sus problemas, ¿por qué no podemos creer que tendrá un efecto contrario?; es decir, que desincentivará a los jóvenes a que acaben con su vida, que entiendan que esa no es la salida a sus problemas, sino que por el contrario, es el comienzo del caos en las vidas de todos aquellos a quienes dejan atrás.

Adicionalmente, es importante que aquellos cercanos al entorno de los adolescentes, como padres o familiares que viven con ellos, así como profesores o consejeros en los colegios, deben estar pendientes si existen signos de alerta de que estos jóvenes poco a poco se están desligando de todos, ya que al desligarse dejan de tener un soporte, que los hace vulnerables y los predispone a tomar este tipo de decisiones.

CONCLUSIONES

Durante la serie, observamos que la protagonista fue víctima de abusos y agresiones de diferente tipo, lo que la llevó a tomar la decisión equivocada de acabar con su vida; sin embargo, la responsabilidad de este hecho no puede ser imputada a una persona distinta a la misma Hannah Baker, debido a que no concurren los elementos necesarios para la configuración del delito de "Instigación o ayuda al suicidio".

Por otro lado, que esta serie que aborda situaciones violentas sea vista por adolescentes o menores de edad no representa un peligro para ellos, ya que si los temas tratados en la serie son conversados con algún adulto responsable podrán ser entendidos por aquellos más vulnerables que sientan que están en la misma situación que Hannah. 13 Reasons Why debe actuar como un disuasorio para que los jóvenes no sientan que el suicidio es la solución para sus problemas.

No obstante, en el caso de la violación sexual sufrido por la protagonista, sí existe delito debido a que el hecho fue consumado; sin embargo, el problema se centra en si existen pruebas suficientes que permitan iniciar una acción contra el agresor, debido a que Hannah Baker falleció sin haber

efectuado una denuncia sobre el abuso, solo dejó una cinta en la que narra los hechos. Por otro lado, la violación sexual sufrida por Jessica Davis, sí podría ser llevada a juicio, si es que ella decide denunciar los hechos.

REFERENCIAS

Bakalarz, B., & Pappolla, R. (s.f.). *Suicidio en adolescentes*. Recuperado de: <http://www.sap.org.ar/docs/SUICIDIO.pdf>

Barón, O. (agosto de 2000). *Adolescencia y suicidio*. Psicología desde el Caribe, 48-69. Recuperado de : <http://www.redalyc.org/pdf/213/21300605.pdf>

Bedoya, E., & Montaña, L. (19 de Julio de 2016). *Suicidio y trastorno mental*. Recuperado de : <http://www.redalyc.org/jatsRepo/4235/423548400012/index.html>

Bramont-Arias, L. (1994). *Manual de derecho penal: Parte especial*. Lima: San Marcos.

Del Moral, M. (06 de mayo de 2017). *La polémica alrededor de "13 Reasons Why": ¿concientización o incitación?* Recuperado de : <https://www.infobae.com/tendencias/2017/05/06/la-polemica-alrededor-de-13-reasons-why-concientizacion-o-incitacion/>

Diario El Comercio (20 de mayo de 2018). *13 Reasons Why confronta las críticas por su contenido con estas advertencias*. Recuperado de : <https://elcomercio.pe/tvmas/series/netflix-13-reasons-why-advertencias-publico-contenido-noticia-521151>

Diario El Comercio (15 de mayo de 2018). *Acompañamiento de un adulto es importante para los adolescente que miran 13 Reasons Why*. Recuperado de: <http://www.elcomercio.com/tendencias/acompanamiento-adulto-adolescentes-serie-13reasonswhy.html>

Diario La República (18 de mayo de 2018). *Resumen en 2 minutos de la primera temporada de 13 Reasons Why*. Recuperado de: <https://larepublica.pe/cine-series/1244243-13-reasons-why-2-resumen-primera-segunda-temporada-serie-netflix>

El Tiempo (18 de mayo de 2018). *Diez muertos en tiroteo en escuela de Texas, EE. UU.* Recuperado de : <http://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/tiroteo-en-escuela-de-santa-fe-texas-estados-unidos-219070>

García-Matamoros, L., & Ávila-Medina, D. (2017). *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Guía Salud (s.f.). *Guía de Práctica Clínica sobre la Depresión Mayor en la Infancia y en la Adolescencia*. Recuperado de http://www.guiasalud.es/egpc/depresion_infancia/completa/documentos/apartado09/apartado09.pdf

Horrillo, E. (05 de abril de 2017). *Por qué padres y adolescentes deben ver la cruda nueva serie de Selena Gómez*. Obtenido de El país: https://elpais.com/elpais/2017/04/04/icon/1491299079_468707.html

Karter, E. (21 de marzo de 2018). *Estudio multinacional: Cómo reaccionaron los adolescentes y sus padres al ver la serie de Netflix "13 Reasons Why"*. Recuperado de: https://13reasonsresearch.soc.northwestern.edu/netflix_latin-american-release.pdf

Moya, J. (2007). *La conducta suicida en adolescentes, sus implicaciones en el ámbito de la justicia juvenil*. Recuperado de : <http://www.osamcat.cat/cat/Publicacions/Articles/ConductaSuicida.pdf>

Pacheco, B., & Peralta, P. (2015). La conducta suicida en la adolescencia y sus condiciones de riesgo. *ARS Médica: Revista de ciencias médicas*, 40(1), 47-55. Recuperado de: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/article/view/38>

RPP. (22 de mayo de 2018). *Menor de edad es investigado por ocasionar un incendio en su escuela en Satipo*. Recuperado de : <http://rpp.pe/peru/junin/menor-de-edad-es-investigado-por-ocasionar-un-incendio-en-su-escuela-en-satipo-noticia-1124256>

Vargas, H., & Saavedra, J. (2012). Factores asociados con la conducta suicida en adolescentes. *Revista de neuropsiquiatría*, 75(1), 19-28. Recuperado de: http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/1294/2012_Vargas_Factores%20asociados%20con%20la%20conducta%20suicida%20en%20adolescentes.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Fecha de recepción : 27 de agosto de 2018

Fecha de aceptación : 28 de octubre 2018

DISCURSO DEL DR. VÍCTOR GUEVARA PEZO EN OCASIÓN DE LA PRESENTACIÓN DE SU LIBRO “EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD”*

DR. VÍCTOR GUEVARA PEZO’S SPEECH AT THE PRESENTATION OF HIS BOOK “THE RIGHT TO INFORMATION VS. RIGHT TO PRIVACY”

Agradezco a la UNIFÉ, especialmente a su Vice Rectora Doctora Victoria García García y a su Decano de la Facultad de Derecho Dr. Mario Romero Antola por la deferencia que han tenido de decidir la publicación del libro que hoy presentamos.

Agradezco asimismo al Dr. Ronald Cárdenas, ex Decano de la Facultad, por su valiosa presencia, sus interesantes comentarios y sus generosas expresiones para conmigo

Es un ensayo sobre el tema “El derecho a la información frente al Derecho a la intimidad”. Este ensayo participó en el II Concurso internacional de ensayos jurídicos convocado por la Asociación de ex alumnos de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, obteniendo el primer puesto.

Trata de la permanente tensión, del antagonismo perenne, que se da entre esos dos derechos, ambos fundamentales e importantes.

Comienza refiriéndose a lo trascendental que es y ha sido para el hombre el reconocimiento de derechos. Por la limitación de páginas que impusieron las bases del Concurso no fue posible lamentablemente dedicar más espacio a este asunto.

Al respecto, resulta pertinente recordar que hasta la revolución americana de 1776 y la francesa de 1789 no había una declaración que de modo universal reconociera la vigencia de derechos en beneficio de todos los hombres del mundo. En otros términos y aunque suene increíble, la mayoría de los hombres no tenía derechos. Antes, en 1215, a través de la Carta Magna,

* La presentación del libro se llevó a cabo el 31 de mayo de 2018 en el Salón de Conferencia de la Biblioteca Central de la UNIFÉ.

y en 1869, mediante el Bill of Rights, los Señores de Inglaterra - o sea, sólo ese estrato superior de la sociedad inglesa, siguiente al que ocupaban los reyes - había logrado que se le reconociera algunos derechos.

En la actualidad, es la Declaración de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que rige la protección y vigencia en casi en todo el mundo de esos derechos, que tienen la particularidad de recaer sobre atributos esenciales físicos y espirituales de los seres humanos y cuya supresión vulnera y lesiona gravemente la dignidad humana.

Los derechos que en esa Declaración reciben el calificativo de humanos, en nuestra Constitución de fundamentales y en nuestro Código Civil de derechos de la persona, tienen, a diferencia de todos los demás derechos las características principales de ser inherentes, innatos, intransferibles, indisponibles, esenciales, extrapatrimoniales, absolutos y autónomos.

Dentro de la larga y cuidada lista de derechos de la Declaración de 1948 se encuentran los que constituyen materia de estudio del libro que presentamos y comentamos: el derecho a la intimidad y el derecho a la información.

Vamos a ocuparnos primero del Derecho a la intimidad y después del Derecho a la información. Luego trataremos de la tensión, de la contradicción, del enfrentamiento que hay entre ellos en la realidad.

En el libro consignamos hasta 13 definiciones del Derecho a la intimidad. Para nuestro diálogo de hoy queremos quedarnos con una que nos parece breve y bastante completa. Dice Nerson en su artículo "La protección de l' intimité" publicado en París en el Journal des Tribunaux que "consiste en tener un sector personal reservado a fin de hacerlo inaccesible al público sin la voluntad del interesado". Buscando mayor precisión podríamos añadir diciendo que "el derecho a la intimidad impide que otras personas ingresen sin consentimiento en la vida de uno". Esta precisión nos lleva a indicar que a nuestro juicio las personas vivimos en tres diferentes esferas de vida: 1) la pública, a la que todos tienen acceso sin que podamos hacer nada para impedirlo; 2) la privada, a la que tienen ingreso inevitablemente nuestros familiares y otras personas a las que dejamos entrar; y, finalmente, 3) la íntima, a la que sólo ingresan aquellos a los que queremos abrirles la puerta.

Ahora, qué hechos, qué situaciones, son los que constituyen, contienen o conforman la esfera de vida íntima. **Novoa Montreal** hace una relación muy completa:

- 1) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual.
- 2) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas, que el individuo desea sustraer del conocimiento ajeno.
- 3) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo.
- 4) Aspectos o anomalías físicos no ostensibles.
- 5) Comportamiento del sujeto no conocido por extraños y que de serlo originaría críticas o desmejoraría la apreciación de éstos sobre aquel.
- 6) Afecciones de salud cuyo conocimiento menoscabe el aprecio que para fines sociales o profesionales pudieran tener los demás sobre el sujeto.
- 7) La vida pasada del sujeto en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste.
- 8) Contenido de comunicaciones, orales o escritas, de tipo personal dirigidas únicamente para el conocimiento de personas determinadas.
- 9) Orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil.
- 10) El cumplimiento de funciones fisiológicas y hechos o actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables.
- 11) Momentos penosos de extremo abatimiento.
- 12) En general, todo acto, hecho o actividad personal no conocido por otros, cuyo conocimiento por estos produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial).

A esta extensa y, pienso, exhaustiva nómina agrega **Milagros Tello Febres** lo siguiente:

- 1) Ingresos económicos.

- 2) Rentas.
- 3) Nivel de vida.
- 4) Pasivo.
- 5) Cantidades declaradas al fisco y tributos pagados.
- 6) Informaciones dadas y recibidas bajo secreto profesional.
- 7) Ambiente físico en el que se desarrollan los actos de la vida íntima, privada (el hogar, el domicilio, el trabajo).

El hecho de ejercer plenamente el derecho a la intimidad y de tener consiguientemente un espacio, una esfera inexpugnable a la que ingresen sólo los que el titular de ese derecho quiera, le permite a éste:

- 1) Rechazar las intrusiones en su vida íntima, no consentidas ni autorizadas.
- 2) Controlar la información que tengan otros sobre él, pudiendo por tanto prohibirles que la difundan y entreguen sin su permiso, con la facultad adicional de conseguir las corrección de la misma cuando aparezca equivocada.
- 3) Mantenerse en soledad.
- 4) Ejercer plena autonomía en la toma de decisiones pudiendo, en tal virtud, rechazar y remover toda presión e influencia externa que obstaculice o distorsione tal ejercicio.

Nacimiento del derecho a la intimidad

El Derecho a la intimidad nació en la universidad más antigua de los Estados Unidos, la Universidad de Harvard, fundada en 1636. Propusieron su reconocimiento dos entonces destacados estudiantes, Samuel Warren y Louis Brandeis, en el ensayo titulado "Right of Privacy" (Derecho a la intimidad) publicado en diciembre de 1890 en la revista de la Escuela de leyes de esa universidad (Harvard Law Review). Más tarde se convirtieron en ilustres juristas. Warren llegó a ser un consultor de renombre aunque murió a edad más o menos temprana, 58 años. Brandeis vivió más, hasta

los 85 años y fue nada menos que magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Warren y Brandeis escribieron el ensayo indignados profesionalmente por el hecho de que todos los sábados la gente esperaba con viva curiosidad la aparición de una revista de corte amarillo dedicada a publicar impunemente chismes y habladurías que envolvían la vida íntima de la gente que conformaba la alta, cerrada y conservadora sociedad bostoniana. Por sus páginas desfilaban nombres y apellidos destacados, protagonizando romances y amoríos, infidelidades, encuentros y desencuentros ciertos o imaginados, en un ambiente insano de escándalo y agravio. Se trataba pues de una evidente y lesiva invasión de la intimidad de las personas, no protegida en ese entonces por derecho alguno. Nótese que desde aquel hecho inicial, fundador del Derecho a la intimidad, se produce un choque entre los que quieren cautelar y cuidar Warren y Brandeis (la intimidad) y el supuesto derecho a informar de aquella revista.

Al postular el nacimiento del derecho a la intimidad, Warren y Brandeis revisaron y comentaron más de 30 casos tramitados en cortes inglesas y americanas. Entre ellos el famoso caso incoado por el Príncipe Alberto de Sajonia-Coburgo-Gotha, esposo de la reina Victoria de Inglaterra, contra William Strange. Resulta que tanto el príncipe como la reina habían adoptado afición por la pintura, pero no querían que supieran esto sino sus más íntimos allegados. Strange tuvo ocasión de conocer algunos aguafuertes pintados por el príncipe y otros por la reina a través de un amigo de ellos de apellido Judge, a quien los artistas le habían obsequiado unas pinturas. Strange sacó indebidamente copia de ellas e hizo unos catálogos de las mismas, ofreciendo a quien los comprara obsequiarle unos ejemplares autografiados por sus autores. El príncipe montó en cólera e interpuso una acción judicial destinada a paralizar la circulación de tales catálogos. – Al comenzar el proceso parecían vencer los argumentos aparentemente razonables de Strange. Dijo éste que el hecho de que una persona sea propietario de algo no le da facultades para evitar o impedir que otros la vean y expresen sus comentarios u opiniones sobre ella; que en todo caso podía tratarse sólo de una violación de las normas que imponen buenas maneras, buenos modales, normas de trato social, mas de ninguna manera de una transgresión de carácter legal. La sentencia favoreció finalmente al príncipe. Se sustentó en la afirmación de que un propietario sí puede impedir que otros vean lo suyo. Pero además que en este caso particular se trataba de unos objetos que habían sido creados por la inspiración y los sentimientos de sus autores para conocimiento exclusivo de algunas personas y que no puede ser lícitamente posible ingresar al mundo de los deseos sentimientos, emociones y afectos personales sin el asentimiento de quienes lo expresan.

Tanto impacto produjo el ensayo de Warren y Brandeis que en lo sucesivo comenzó a servir de sustento a numerosas sentencias de las cortes americanas que reconocieron y validaron la vigencia de ese nuevo derecho, el Derecho a la intimidad. Recordemos que en los Estados Unidos, como en los demás países regidos por el sistema del *common law*, los derechos pueden ser creados por vía jurisprudencial, a diferencia de lo que pasa en los del *jus scriptum*, como el nuestro, en los que sólo pueden ser establecidos por ley.

Inicialmente, fue materia de confusión con otros derechos también importantes, como el derecho a la imagen, el derecho al honor o el derecho a la identidad, pero poco a poco se fueron decantando las semejanzas y diferencias para dar paso a la identificación clara, al reconocimiento cabal de los elementos que componen cada uno de esos derechos.

En nuestro ensayo revisamos y comentamos algo de la vastísima jurisprudencia que se ha producido en los Estados Unidos desde 1894. En esta ocasión nos referiremos sólo a algunas sentencias.

Por ejemplo, el caso resuelto en 1912 en el que Douglas enjuició y venció a Stokes por haber divulgado sin su consentimiento unas fotos que el primero había encargado tomarlas al segundo, de unos niños hijos suyos, siameses, fallecidos, unidos desde los hombros hasta la cadera.

El de Schulz, de 1914, contra la compañía de seguros Frankfurt. Schulz había sido ofrecido como testigo por alguien que demandó a la compañía de seguros. Ésta para inducirlo a que se mudara y no declarara en su contra contrató a unas personas que se encargaron de acosarlo, de seguirlo, día y noche. La sentencia le dio la razón a Schulz pues considero que lo hecho por la compañía de seguros afectaba la paz, la tranquilidad, la intimidad de Schulz.

El caso de Melvin contra Reid, de 1931. Gabrielle Darley había tenido una juventud licenciosa y disoluta, llegando incluso a ejercer la prostitución y ser incriminada en un crimen del cual salió absuelta. Años después, se casó con Bernard Melvin y se convirtió en una respetable dama. Reid, que era cineasta, se enteró de la agitada vida que había tenido la ya señora Melvin e hizo una película llamada "The real kimono" mostrando la vida pasada de la Sra. Melvin, mencionándola incluso por su apellido de soltera. La señora demandó para que se dejara de proyectar la cinta y se le pagara como indemnización la, para entonces, elevada suma de 50 mil dólares. El Tribunal de California, que hasta entonces había mostrado resistencia a reconocer el derecho a la intimidad, lo hizo en esta primera oportunidad, admitiendo que la demandante merecía el amparo de la justicia y concediéndole la razón.

En el ensayo mencionamos varias normas dictadas en los Estados Unidos sobre el derecho a la intimidad.

Comentamos igualmente la contribución doctrinaria tan importante de William Prosser, que fuera Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de California y que escribió aquel notable artículo "Privacy", cuyos conceptos desarrolló después en el "Law of Torts". Destacamos asimismo la obra de quien es considerado exponente más calificado mundialmente en el estudio del Derecho a la Intimidad, el profesor Alan F. Westin, de la Universidad de Columbia, que publicó "Privacy and freedom", libro de 487 páginas que va por la octava edición.

En Inglaterra, como lo decimos en el ensayo, no ha tenido el Derecho a la Intimidad desarrollo semejante al de los Estados Unidos. Ello se debe tal vez al carácter flemático de los ingleses, a su extremado cuidado por evitar que lo privado e íntimo se mezclen con lo público o a su inveterada renuencia a dictar muchas regulaciones. Lo cierto que ninguna existe para normar o regular el derecho a la intimidad, para protegerlo. La jurisprudencia inglesa tampoco se ha mostrado muy pródiga.

En Francia, en cambio, la jurisprudencia ha sido fértil respecto de este derecho; aún antes del ensayo de Warren y Brandeis que le puso bases doctrinarias tan consistentes. Todavía en 1858 se dictó una célebre sentencia. Se trataba de Elisa Félix, cuyo nombre artístico era Rachel, una artista de teatro aclamada en Francia y en toda Europa. Como mucha gente en aquellos tiempos, murió joven, a los 38 años y de tuberculosis. A su muerte, su hermana Sara Félix contrató a los conocidos fotógrafos Crette y Ghemar para que le tomaran unas fotos en su lecho de muerte; el contrato contenía el compromiso de que no obtuvieran más copias de las concertadas. Los fotógrafos violaron el compromiso facilitando unas reproducciones a la destacada pintora O'Donell que hizo a partir de ellas un retrato a lápiz que lo publicó el semanario L'Illustracion. Sara demandó a la revista pidiendo una reparación y obtuvo una sentencia notable que le dio la razón, apoyándose en argumentos tan macizos como estos: "Por grande que sea un artista, por histórico que sea su nombre, tiene una vida privada distinta a la pública. Puede querer morir en la oscuridad después de haber vivido o precisamente por haber vivido en el triunfo...El hombre célebre tiene el derecho de morir oculto y si la familia después del último suspiro quiere hacer reproducir sus rasgos para ella sola, no se puede en nombre de la celebridad sobrevivir a la muerte, tocar esas cosas".

En 1850 el Tribunal de Casación de París dictó sentencia prohibiendo la publicación de unas cartas privadas enviadas por Benjamin Constant a Madame Recamier.

En 1934, Jim Lemoine, conocido bibliotecario de París, venció en juicio a los herederos de Anatole France, propietarios de una editorial que había publicado "La rebelión de los ángeles", una novela en la que de modo reconocible aparece Lemoine internado en un manicomio, hecho que era cierto.

En 1965, el destacado actor Gerard Philipe consiguió que el Tribunal de París dispusiera el secuestro de toda la edición del "France Dimanche", en la que con fotos aparecía un relato de la penosa enfermedad que afectaba a su hijo.

En 1965, Pablo Picasso consiguió que el Tribunal de París mandara incautar todos los ejemplares del libro "Vivir con Picasso", escrito por Francois Gilot, narrando pormenores de la vida íntima que habían compartido más de 10 años.

Sobre Francia, he mencionado solamente casos de personas notorias entre todos los que aparecen en el ensayo.

Después de haberse producido copiosa jurisprudencia y doctrina sobre el derecho a la intimidad, el legislador francés incorporó en su viejo Código de 1804 un nuevo artículo 9 destinado a defender este derecho.

Aunque por mucho tiempo no ha andado España al compás de los cambios e innovaciones en materia jurídica, sobre todo en cuanto a derechos fundamentales, no es posible dejar de mencionarla aunque sea para destacar su atraso debido sin duda a la fuerte marca autoritaria impresa sobre su historia. Y es ineludible mencionar a España porque de un modo u otro existen entre nuestros países nexos indelebles, a veces invisibles, que nos unen en todos los órdenes. No es posible pues borrar 288 años de vida colonial con 197 de República imperfecta, ni existe – por último- razón para hacerlo. Lo destacable ahora de España es que con motivo de su retorno a la democracia ha hecho suyos, por su Constitución de 1978, los derechos humanos y expresado en el artículo 18 de la misma que garantiza -entre otros- el derecho a la intimidad. Posteriormente, ha promulgado la Ley de 5 de mayo de 1982 destinada especialmente a proteger los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

La Argentina es, desde hace tiempo, fuente de consulta y sede de la mejor doctrina jurídica. Cada año sus numerosas editoriales jurídicas ponen en manos de los lectores –nosotros entre ellos- cientos de nuevos libros sobre las diversas materias del Derecho. En el campo civil es particularmente fecunda esa labor que proyecta su luz sobre todos los países americanos de

habla hispana. Es por eso que, nuestra atención mira siempre con expectativa lo que allá se diga o dirá, se haga o se hará. El 15 de octubre de 1975 se dio la ley argentina N° 21113 que añadió al Código Civil de ese país el artículo 1971 bis que protege el derecho a la intimidad en los siguientes términos:

El que arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuese delito penal, será obligado a cesar en tales atrocidades si antes no hubiese cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta fuere procedente para una adecuada reparación. (Artículo 1975 bis, Código Civil argentino)

En el Perú, la primera publicación que puso a consideración de la comunidad jurídica la necesidad de reconocer y proteger el derecho a la intimidad fue la que hizo el profesor Carlos Fernández Sessarego, bajo el título de "Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro I del Código Civil" en los números 445 y 446 de la revista "El Mercurio Peruano", meses de mayo y junio de 1964.

Posteriormente, la Constitución de 1979 estableció en su artículo 2, inciso 5, por vez primera en la historia del país, que la persona tendría el derecho a la intimidad.

Más adelante, el Código de 1984, hoy vigente, incluyó en sus artículos 11, 14 y 16 tres normas destinadas a cautelar este derecho. No contienen, sin embargo, estos artículos disposiciones suficientemente protectoras. El artículo 14, que es el central, principal para el efecto, se limita a prohibir a quien hubiera tomado conocimiento de hechos pertenecientes a la intimidad de una persona, que los ponga de manifiesto, mejor dicho que los haga públicos, que los divulgue sin el asentimiento de esa persona. No contiene disposiciones esenciales como la de prohibir la intrusión en el mundo íntimo de las personas, la de consagrar la autonomía en la toma de decisiones, la de poder controlar la información que tengan de uno y actualizarla y rectificarla cuando fuese preciso; no ampara tampoco la soledad, paz y tranquilidad a las que tenemos derecho, de modo inviolable, todas las personas.

En el ensayo hacemos mención a algunas disposiciones dadas no hace mucho en el Perú relacionadas con el derecho a la intimidad, como

las leyes 27489 y 27863, sobre el funcionamiento de las centrales privadas de información así como la Ley de Bancos. Reclamábamos la dación de una ley de protección de datos personales, reclamo que ha sido satisfecho con la expedición de la Ley 29733.

A partir del año 1994, tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, se han resuelto numerosos casos en los que se discutieron situaciones concernientes al Derecho a la Intimidad. Hemos hecho acopio y comentario breve de ellos.

Es muy importante mencionar, en tono si se quiere de denuncia o tal vez mejor de advertencia, los diversos medios o formas que se emplean para vulnerar la intimidad. En 1967, la Conferencia de Juristas Nórdicos hizo un recuento de ellos, que vale la pena recordar y está vigente:

- 1) El registro, mejor dicho la obtención de datos personales, de modo de poder perpetrar sin autorización la construcción de perfiles psicológicos que faciliten el manejo de esas personas.
- 2) La violación y registro ilegal de domicilios.
- 3) Los exámenes médicos, psicológicos y físicos, compulsivos.
- 4) Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes referentes a una persona.
- 5) La interceptación de la correspondencia.
- 6) La captación de mensajes telefónicos o de otra clase.
- 7) La utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o escucha.
- 8) La grabación sonora y las tomas inconsultas de fotografías o películas.
- 9) Las intromisiones de la prensa.
- 10) La divulgación pública de hechos de la vida íntima.
- 11) La vigilancia, seguimiento o reglaje de una persona.
- 12) La realización de llamadas telefónicas repetidas e insistentes.

El Derecho a la información

Hasta aquí hemos dicho todo lo principal que contiene el ensayo acerca del derecho a la intimidad.

Tratemos ahora del otro derecho, del derecho que se le contrapone, que se enfrenta en tensión y contradicción al derecho a la intimidad, que pretende someterlo en nombre de un interés superior; del Derecho a la información.

Definámoslo con **Reniz**: "Es aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad para juzgar por sí misma la realidad, con conocimiento suficiente". Esta definición, empero, expresa el contenido de este derecho únicamente desde el lado del informado. Preciso es considerarlo también desde la perspectiva del informador, del derecho y deber que éste tiene de hacer saber al público, con veracidad, todo lo que acontece en la sociedad, de hacer participar a las personas en la vida de todos los días, vida con miserias e infortunios, vida igualmente con alegrías, éxitos y grandezas.

El derecho a la información tiene, como que también es fundamental, los mismos caracteres que distinguen a los de su género.

El derecho a la información debe reposar en la vigencia plena del derecho a la libertad, en sus diversas manifestaciones; libertad de expresión, de opinión, de conciencia, de pensamiento y de creencia. La información dada sin ese imprescindible sustento es espuria, bastarda y apócrifa; responde a designios autocráticos y autoritarios; es ilegítima y contraria a los principios que deben guiar una vida social civilizada y democrática.

La Declaración de los Derechos Humanos de diciembre de 1948 atribuye tres poderes al Derecho a la información:

- 1) El de recibir información, que tienen todos los ciudadanos. Tal información ha de ser veraz, sobre hechos de interés e importancia públicos, dentro del contexto completo de la realidad, asequible por todos y rápida.
- 2) El poder de divulgar la información, que es el que tienen los medios y que debe cumplir los mismos requisitos que el poder anterior.
- 3) El poder de investigar, o sea el que tienen los medios de indagar, de escudriñar el fondo, los detalles y la verdad de los hechos

divulgados. En el uso de esta facultad o poder, como en el de los otros, los medios deben actuar con serena ponderación, actitud responsable y diligente prudencia, sin incitar pasiones irracionales ni inclinaciones al escándalo a las que son muchas veces proclives las multitudes tumultuarias y algunos informadores.

La doctrina añade a esos tres poderes otros también importantes:

- El de guardar secreto sobre las fuentes de donde proviene la información.
- El de considerarse despedido arbitrariamente, que tiene el trabajador periodista que sea víctima de una imposición que pretenda obligarle a decir algo que vaya en contra de sus principios morales o cívicos.
- El derecho de todas las personas de conseguir que el medio que hubiera incurrido en inexactitudes o agravios publique la correspondiente rectificación.

Cuando sólo había prensa escrita como medio de información, el alcance y repercusión de este Derecho en la vida de las personas eran muy limitados. Ahora con la infinidad de avances de la ciencia y la tecnología, con la existencia de múltiples clases de medios (radio, televisión, internet), la información y el derecho que le corresponde llegan, para bien o para mal (más creo que para bien) hasta los lugares más distantes y remotos. Nuestra vida, la vida de todos los días, está sin duda atada, influida y, hasta me atrevería a decir, determinada por el inmenso torrente de información que se produce incesantemente.

El derecho a la información frente al derecho a la intimidad

Puestos frente a frente el Derecho a la información y el Derecho a la intimidad, ¿cuál de ellos debe primar?

¿Debe acaso vencer el deseo y la exigencia de los medios de hacer saber a sus lectores, radio oyentes y televidentes, todo lo que sucede con las personas sin importar si ello demanda invadir como fuera el mundo íntimo y cerrado de ellas? O ¿debe preponderar la valla, el obstáculo, el impedimento que oponga la persona para que su mundo íntimo sea siempre infranqueable, aun frente a la sociedad que requiere conocer hechos sucedidos en ese mundo para atender o resolver cuestiones que implican intereses superiores de justicia o seguridad?

Es difícil, diría yo imposible resolver esa disyuntiva a través de una norma que establezca reglas o fórmulas rígidas. Pienso que la solución deberá darse siempre en cada caso ingresando a la esfera de la intimidad sólo cuando éste sea ese el único camino para atender intereses superiores.

En los años 60 del siglo anterior se produjo en Inglaterra un caso representativo de cuando, justificadamente, puede incursionar la prensa en la intimidad de una persona. John Profumo, de 48 años, casado, Ministro de Guerra del gobierno conservador de Mc Millan y miembro del Parlamento, conoció en una reunión a la modelo y bailarina de cabaret Christian Keller, de 19 años. Hizo fácil y rápida amistad con ella; establecieron relaciones íntimas. Sin embargo, resultó que Keller mantenía en el mismo tiempo relaciones íntimas con Yevgeni Ivanov, quien fue Agregado Naval de la Unión Soviética en Londres y espía de este país. Este hecho hizo suponer que le hubieran sido arrancados a Profumo secretos militares o que pudieran extraérselos en cualquier momento. Llamado Profumo al alarmado Parlamento negó haber sostenido relaciones íntimas con Keller. La prensa sin embargo no le creyó y, luego de hacer investigaciones, consiguió y publicó pruebas que acreditaban la clase de relaciones de Profumo-Keller. Esto obligó a Profumo a renunciar a sus cargos y a alejarse para siempre de la política. Motivó, asimismo, que corto tiempo después cayera por esa misma razón el gobierno con la dimisión de Mc Millan.

La prensa hizo bien en ingresar a la intimidad de Profumo y develar, por razones de seguridad nacional, lo sucedido.

Pero no siempre son así, justificadas, las intrusiones de la prensa. Muchas veces se producen para satisfacer la curiosidad morbosa de los lectores, oyentes y videntes y para, sobre todo, incrementar con ello el tiraje de los periódicos y la audiencia de los medios radiales y televisivos, con el consiguiente beneficio económico.

Así, por ejemplo, entre abril y octubre del 2011 el país siguió en congelado suspenso la trágica noticia de la desaparición de un joven estudiante de Agronomía, Ciro Castillo, quien con su enamorada, Rosario Ponce, había marchado de excursión al Colca. Luego de una desavenencia tomaron caminos distintos y a Castillo se le perdió el rastro. Entonces, su padre protagonizó una espectacular búsqueda de la que, día a día, daban cuenta los medios, en sus principales titulares. No importó que para atraer y afirmar la atención se usara innecesarias referencias a la vida íntima de la pareja ni que se tuviera que conocer interioridades de la familia del desaparecido. Después de ocho meses apareció el cadáver y terminó la sórdida novela.

Otro caso es el de la muerte de la cantante Edita Guerrero, vocalista principal del popular conjunto Corazón Serrano que atraía la simpatía y adhesión de multitudes. Los médicos que asistieron al deceso certificaron que este se había producido como consecuencia de un aneurisma cerebral. De pronto alguien, anónimamente, denunció que la causa de la muerte no había sido un aneurisma sino el maltrato físico que le había inferido su esposo Paul Olórtiga. El Ministerio Público recogió esta denuncia y la hizo suya apoyándola en una necropsia realizada en condiciones irregulares. Cuatro años duró el proceso y el público, frente al regodeo de los medios, tuvo también que enterarse innecesariamente de circunstancias de la vida íntima de los esposos. Después de tan largo tiempo, la Corte Suprema determinó que el fallecimiento se había debido a un aneurisma. Olórtiga tuvo que padecer injusta prisión por algunos meses.

Otro caso terrible: nueve años duró el proceso penal por el crimen de Miriam Fefer. De esos nueve, siete estuvo en la cárcel Eva Bracamonte, hija de la difunta, inculpada sin que nunca se le pudiera probar culpabilidad, autoría mediata o inmediata. Mientras duró el proceso, el público se fue enterando por los medios de particularidades de los hijos de la occisa que, enfrentados con odio y pasión malsana, y motivados por intereses económicos hereditarios, sacaron a relucir mil y un aspectos de su vida íntima, que nunca se hubieran conocido y que no tenían por qué hacerse públicos. Muy al comienzo del juicio, Alejandro Ospina Trujillo confesó ser el autor del crimen, indicando que al ser sorprendido por la Sra. Fefer robando en casa de ésta no tuvo más alternativa que matarla.

Tan grande es la tentación de traficar con intimidades que ni el Washington Post ni Newsweek, medios renombrados mundialmente, importantes, tuvieron reparo para entrar en detalles sobre la ropa de Mónica Lewinsky en el caso del affaire con Clinton.

Muchos casos más hemos visto en los que sin justificación seria se han puesto en exhibición menudencias íntimas (el caso Llamoja, el caso Marco Gabriel Arenas Castillo, tantos más).

En el ensayo no aparecen dos situaciones relacionadas con el derecho a la intimidad que han cobrado singular relieve con posterioridad al tiempo en que fue escrito y que hoy merecen comentario por la trascendencia que tienen.

Una es la ilegal injerencia que se produjo en las elecciones del país más importante de la tierra, los Estados Unidos, a través de la red social más grande del planeta: Facebook. Esto sucedió mediante la contratación por el comité

de campaña de Donald Trump de la firma inglesa Cambridge Analytica, especializada en marketing electoral. Cambridge por su parte subcontrató a Global Science Research, una empresa de propiedad de Aleksandr Kogan, nacido en Rusia y que estudió y trabajó en Inglaterra. Fue Global la encargada de extraer indebidamente información de más de 50 millones de usuarios con la que se podía construir perfiles psicológicos de todos ellos que contenían además de sus datos personales (edad, religión, estado civil, sexo) su tendencia política, gustos y preferencias de toda clase, relaciones de amistad y trabajo, etc. Elaborados con esa información unos perfiles psicológicos, segmentaron por grupos a los más de 50 millones de personas cuya participación en las elecciones iba a ser ciertamente decisiva. Luego, a través de usuarios ficticios, emprendieron una campaña de mensajes escritos para determinar la reacción que deberían conseguir en los diversos conjuntos de electores: entre los indecisos o indiferentes, para animarlos a actuar a favor de Trump; en los partidarios de Trump, para reafirmarlos en sus convicciones; en los simpatizantes de Clinton para hacerles desistir, empleando para ello el lema, repetido hasta el cansancio, de "Defeat crooked Hillary" (derrota a la corrupta Hillary). Tan refinado fue el programa empleado que para evitar ser rastreados o hackeados utilizaron un "temporizador antidestrucción". Y tanto fue el alcance de este método de injerencia que el itinerario que siguió Trump en toda su campaña así como el discurso que empleó en cada lugar estuvo marcado, orientado, por los resultados y las recomendaciones que se iban obteniendo con el uso del mismo. Se estima que los resultados decisivos de los estados de Virginia, Colorado y Florida, que al comienzo de la campaña eran inciertos o adversos, resultaron al final favorables por la tarea de injerencia.

En este caso la violación del derecho a la intimidad se ha producido, a nuestro juicio, primero por la obtención de datos personales cuya entrega no estaba autorizada por los usuarios. En segundo lugar por haber atentado contra la adopción autónoma de decisiones, influyendo en ellas a través de una forma de manipulación psicológica artera, engañosa y desleal.

Otra situación digna de mención y comentario es la aparición en los últimos tiempos de los llamados drones (del inglés *drone*, que significa zángano, y que alude al zumbido que producen dichos insectos, semejante al de los drones). Los drones son pequeñas aeronaves pilotadas a distancia que pueden incursionar donde no llegan por su volumen los helicópteros ni los aviones y que pueden realizar servicios valiosos en diversos órdenes, pero que también pueden servir para el espionaje comercial, industrial y también doméstico, personal. Para impedir que se emplee en esto último la Ley 30740, dada el año anterior para normar el uso de drones, incluyó este modo de uso entre las operaciones prohibidas.

Quiero hacer público mi reconocimiento a la Dra. Gisela Vidal Cabeza, cuyo empeño contribuyó a la publicación de nuestro ensayo.

La intimidad es el último reducto que nos queda a los seres humanos para dejar a salvo nuestra individualidad y espiritualidad. Hagamos todo lo posible para impedir que los mercaderes nos conviertan en meras piezas de un mundo frío y exclusivamente cibernético o en simples cifras de balances contables.

Gracias por su atención.

Víctor Guevara Pezo

COLABORADORES EN EL PRESENTE NÚMERO

VANESSA ANTUANET ABREU SANCHO

Alumna del X ciclo de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ, ex Representante ante el Consejo Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ.

ELIZABETH HUAMÁN CRUZ

Alumna del X ciclo de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ, ex Representante ante el Consejo Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ.

JUAN J. BLOSSIERS MAZZINI

Especializado en Derecho Informático, y delitos informáticos, Pionero en Investigación Premio Internacional de la Federación Interamericana de Abogados con sede en Washington EEUU, 18 años de profesor en ingeniería, negocios y derecho, 22 años de Abogado PUCP, ha sido Fiscal Superior de Lima, Analista del BCRP, Asesor del Tribunal Constitucional del Perú, del Ministerio del Interior, Autor de 8 libros de Derecho, miembro de la Asociación Derecho e Informática, Chile, Conferencias de Derecho y Nuevas Tecnologías Buenos Aires, Argentina, Diploma en Informática Jurídica del Instituto de Informática de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Infopuc, Informática para Abogados módulos I,II,III.

OCNER CÓRDOVA LÓPEZ

Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima- Este Poder Judicial del Perú. Magister en Derecho Civil; Juez titular del Segundo Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho.

Correo electrónico: ocordoal@pj.gob.pe

ROCÍO DEL PILAR EYZAGUIRRE RIVAS DE LARIOS

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFÉ. Especialista en Derecho Civil. Estudios de Maestría en Persona, Matrimonio y Familia en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Consejera Familiar.

Correo electrónico: rocioeyza@gmail.com

VÍCTOR GUEVARA PEZO

Ex Jefe del Departamento legal de la Corporación Peruana del Santa y Gerente Legal de PETROPERÚ. Asesor el Ministro de la Presidencia (2000) y del Ministerio de Industria y Turismo (2001) Miembro del Tribunal Administrativo de COFOPRI. Docente universitario desde 1974, en las universidades Católica, de Lima y UNIFÉ. Actualmente dedicado al ejercicio privado de la profesión. Coautor de “Instituciones del Derecho Civil Peruano”. Autor de “Personas Naturales”, “¿Qué requiere el país en materia constitucional?” y diversos artículos en revistas especializadas de Derecho. Autor de la novela “Doña Elvira”.

CHRISTIAN HERNÁNDEZ ALARCÓN

Juez Superior de la Corte de Ventanilla, integrante de la Comisión de Género del Poder Judicial, Profesor de Derecho de Familia de la PUCP y de la Academia de la Magistratura

JOSÉ JHONATAN HERNÁNDEZ LÓPEZ

Representante de la “Red Distrital de Municipios Escolares de Lima Sur”. Conductor del Programa Radial Distrital “Sin Rollos ni Paltas” / Villa El Salvador / 2013-2017. Recibimiento al Primer Ministro de Canadá en su visita a Perú STÉPHANE DION por el proyecto “Empoderamiento de niños, niñas y adolescentes” / Villa el Salvador / 2016. Exposición en el Seminario internacional “Libertad de expresión, medio de comunicación y derechos de la niñez y adolescencia” / Universidad de Lima / 2017. Exposición y elaboración de el “Examen Periódico Universal” (EPU) / Organización de las Naciones Unidas (ONU) / 2017. Exposición en el “Primer conversatorio: La Radio en el Perú Frente a los Desafíos de la Nueva Comunicación” / Radio Nacional del Perú / 2018. Conducción del Canal de Televisión Online “Salgalú TV” / 2018.

MIRYAM FALLA DE GÜICH

Licenciada en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Becaria de Perfeccionamiento por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina. Doctora en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Especialista en Filosofía Moral y

Ética Biomédica. Actualmente se desempeña como docente en la escuela de Pos grado de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.
Correo electrónico: mpfguich@gmail.com

BRUNO NOVOA CAMPOS

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
Correo electrónico: brunonovoacampos@gmail.com

ROSE MARY POSADAS GUTIÉRREZ

Maestra en Derecho Civil con mención de Derecho de Familia de la Universidad Femenina. Facilitadora de la Escuela Registral del RENIEC y Docente de la Universidad Tecnológica del Perú. Especialista Legal en Derecho Civil de la Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social del RENIEC.
Correo electrónico: romypg32@hotmail.com

KAREN MARIBEL REBAZA VÍLCHEZ

Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos con estudios concluidos de Maestría en Gestión Pública. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ).
Correo electrónico: karenrebazav@unife.edu.pe

NUCCIA SEMINARIO HURTADO

Coordinadora General del Círculo de Estudios en Ambiente y Desarrollo Sostenible (CEADES) de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Estudiante del XI ciclo de la Facultad de Derecho de dicha casa superior de estudios.
Correo electrónico: nucciaseminarioh@unife.edu.pe

BEATRIZ MAY LING RAMÍREZ HUAROTO

Abogada, Magister en Derecho Constitucional y Doctoranda en Derecho por la PUCP, con estudios intensivos de posgrado en Derecho de Familia

por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Maestría con mención en Derecho de Familia de la UNIFE.

RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con un Título de Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Cuenta con un Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Es Candidato a Máster en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Con experiencia docente en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho de la PUCP), Teoría Política (Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP), Derecho Electoral y Ciencia Política (Facultad de Derecho de la USMP). Es profesor de Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Es miembro del Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Es Asesor del Gabinete de Asesores de la Jefatura Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Escribe y publica artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Derechos Humanos y Ciencia Política en medios especializados y periodísticos.

JOSE YVÁN SARAVIA QUISPE

Juez Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Este. Ex Fiscal Adjunto Provincial de Familia del Distrito Fiscal de Amazonas. Ex Fiscal Adjunto Provincial en lo Civil del Distrito Fiscal de Lima. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctorado en Derecho en la misma casa superior de estudios. Especialista en Derecho de Familia y Género de la Universidad de Jaén – España.

JOYCE LENNA TICONA NÚÑEZ

Abogada y Magister en Derecho de la Propiedad Industrial por la Universidad Panthéon Assas - Paris 2 y Magister en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible por la Universidad Panthéon Sorbona - Paris 1. Consultora

en acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales, variedades vegetales, semillas, bioseguridad, gestión de biodiversidad, transferencia de tecnología y propiedad intelectual.

Correo electrónico: lennaticona@gmail.com

ROSA AMELIA VALLEJOS LIZÁRRAGA

Abogada de la Universidad San Martín de Porres (UPSMP), Magister en Derecho Civil con Mención en Derechos de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Docente en Diplomados de Derecho de Familia y Derechos del Niño, Docente de la Maestría de Sistemas de Protección de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente contra la Violencia de la Universidad Nacional Herminio Valdizán, Miembro de la Comisión Consultiva de Familia, Niño, Niña y Adolescente y Coordinadora de Programas de Save the Children Perú.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA FAMILIA

I. DISPOSICIONES GENERALES:

1. Se recibirán artículos originales, no publicados y no enviados para su publicación a ningún otro medio de comunicación.
2. Los temas de investigación deberán ser relacionados con el Derecho de la Familia, los niños, niñas y adolescentes, derechos de la mujer, derecho de personas, derecho de las personas con discapacidad, o de las personas adultas mayores, así como relacionados con la ética, la bioética y la biojurídica.
3. Los artículos pueden ser: científicos, técnicos, de opinión y comentarios. Los primeros, son resultados de investigaciones ya realizadas. Los segundos, presentan información que puede ser resultado de investigaciones preliminares o de un hecho relevante y bien documentado con datos científicamente válidos. Los terceros, de opinión y comentarios, se basan en información sobre temas vigentes selectos de la realidad nacional.

II. FORMATO DE PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS:

El formato de los artículos debe presentarse de la siguiente forma:

1. **Página del título y autor**

El autor o autores del artículo escribirá(n) su(s) nombre(s) de pila y apellidos.

Al final del apellido del autor, se debe de efectuar una llamada por medio de un asterisco, a fin de indicar a pie de página las referencias profesionales y académicas más importantes, las mismas que deben ser breves.

Ejemplo:

Milagros Caravedo Salinas (*)

(*) Magistrada de la Corte Superior de Justicia de Ancash – Poder Judicial de Perú.

2. Resumen y Abstract

Resumen: Está escrito en idioma español, indicar lo que trata el artículo en breves líneas. No debe ser mayor de 150 palabras (10 líneas).

Abstract: Es el Resumen traducido al idioma inglés. De no ser posible su realización los editores se encargarán de efectuarlo.

3. Palabras clave y key words (las palabras claves traducidas al inglés)

4. Introducción

5. Contenido :

La redacción del texto debe realizarse en lenguaje claro y preciso, teniendo en cuenta al lector no especialista.

6. Conclusiones

7. Referencias bibliográficas y citas bibliográficas.

Las referencias se enumeran de manera correlativa según el orden en que aparecen por primera vez en el texto. Las referencias se identifican mediante números arábigos entre paréntesis.

Las citas bibliográficas, se insertan al final del texto del artículo, siguiendo la forma y los signos de puntuación que se indican en el punto IV.

8. Numeración de páginas : Las páginas deben estar numeradas.

EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO: Número máximo de páginas: 20, incluyendo notas a pie de página, tablas, ilustraciones y referencias bibliográficas.

El número máximo de ilustraciones (figuras, recuadros, diagramas y cuadros) dentro del artículo es de seis.

FUENTE: Los artículos deberán estar escritos en letra Arial estilo normal, tamaño de fuente número 11; a espacio sencillo y en formato Microsoft Word

SOPORTE : El autor deberá entregar su artículo en formato digital (enviado por correo electrónico a ifamilia@unife.edu.pe) o en un CD-RW, así como debidamente impreso en hojas A-4 en una sola cara.

Los autores deberán enviar una reseña de su currículum vitae en un párrafo de cinco líneas incluyendo correo electrónico, teléfono y dirección postal.

III. ENTREGA DE ARTÍCULOS Y CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN:

1. El autor deberá remitir vía correo electrónico a ifamilia@unife.edu.pe, el texto del artículo, conjuntamente con la Carta de Cesión de Derechos debidamente escaneada con la firma del autor o autores o entregada en forma física en la Oficina del Instituto de la Familia.

El formato de la Carta debe recogerse en la Oficina del Instituto de la Familia o, si lo desea el autor, se le podrá enviar vía e-mail.

2. Los autores **ceden y transfieren en forma exclusiva, a través de la carta de Cesión dirigida al Decano de la Facultad de Derecho**, el derecho de publicar, distribuir y divulgar su obra a través de la Revista del Instituto de la Familia, tanto en el territorio nacional como fuera del país.

3. Asimismo, los autores autorizan a la Universidad para colgar el artículo en su página web o en la del Facebook del Instituto de la Familia.

4. La responsabilidad del contenido, autoría y originalidad del artículo es exclusivamente de sus autores.

5. Los autores recibirán en forma gratuita tres ejemplares de la revista. Dado que se trata de colaboraciones voluntarias, la Universidad no se compromete al pago de ninguna suma por la elaboración y/o publicación de los artículos.

6. Los artículos serán recibidos en la Oficina del Instituto de la Familia ubicado en el primer piso de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Av. Los Frutales N° 954 Urb Santa

Magdalena Sofía o a través del correo ifamilia@unife.edu.pe; telef (511) 4364641 o (511) 4341885 anexo 300; atención con la la editora de la Revista Abog. Gisela Vidal Cabeza.

7. El Comité Editorial se reserva el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para efectos de la presentación de la revista en general.

8. Plazo para la entrega de artículos: 31 de agosto de 2018.

IV. REVISIÓN DE ARTÍCULOS:

Para la selección y publicación final de los artículos, éstos serán revisados por pares (árbitros) y por el Comité Editorial de la Revista del Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho- UNIFÉ, para su selección y publicación.

El Comité Editorial aprueba o rechaza los artículos de acuerdo a las bases de publicación.

El procedimiento que se sigue es el siguiente:

- a) El responsable de la Revista verifica que el artículo cumpla con los aspectos formales. De no cumplir con las normas estipuladas se informa al autor para que realice los ajustes correspondientes. Una vez subsanadas las observaciones formales del artículo por el autor, el responsable remite el artículo a un árbitro a fin que éste emita el informe de revisión correspondiente. Cabe señalar que el árbitro no conoce la identidad del autor y viceversa.
- b) El responsable de la Revista envía al autor el resultado con las sugerencias, si hubieren para mejorar el artículo.
- c) El responsable recibe la versión final y la envía al impresor para la edición.

Se considera los siguientes criterios de evaluación:

- a) Adecuación y pertinencia a la temática tratada.
- b) Originalidad del artículo.

- c) Rigurosidad en el desarrollo del artículo
- d) Referencias actualizadas.
- e) Cumplimiento de las normas de publicación y estilo APA.

Luego de la evaluación se considera el artículo:

1. Aceptado para publicar.
2. Aceptado para publicar con observaciones (se recomienda realizar ciertas modificaciones antes de su publicación).
3. No se recomienda su publicación.

PAUTAS A CONSIDERAR EN LA REDACCIÓN DE LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Los autores deben considerar las siguientes pautas formales, siguiendo el modelo de las Normas de la American Psychological Association (Normas APA):

CITACIÓN DE REFERENCIAS EN EL TEXTO:

1. Citación directa de las fuentes: menos de 40 palabras

- El texto se cita entre comillas, anotando el nombre del autor, año y número de página. Ejemplo:

Según Ledesma Narváez (2008) en cuanto a la conciliación en el campo del derecho procesal, “es el acto jurídico, procesal, bilateral y solemne orientado a poner fin al conflicto”(p. 5).

2. Citación directa de las fuentes: mayor a 40 palabras

- Se despliega en un bloque independiente del texto y se omiten las comillas. Se anota el autor, año y número de página. Ejemplo:

En cuanto a la dejación de la casa, significa el elemento de hecho en el abandono, y que se materializa en que el cónyuge ya no vive en el domicilio conyugal, elemento que casi siempre se trata de probar a través de una copia certificada de denuncia policial, sin embargo, a criterio de los jueces ello es insuficiente por considerar que se trata de una denuncia de parte, por lo tanto a la certificación deberían agregarse otras pruebas pertinentes. (Aguilar, 2016 p. 248)

3. Citas dentro de las citas textuales

- Como lo diría Bennet (1985, citado por Guillen y Aduna, p. 52) la cultura puede entenderse como “un conjunto unido de maneras de actuar..., maneras de pensar ... y (...) maneras de sentir...(Solís, 1994, p. 63) de un grupo de individuos las cuales se heredan y transmiten de generación en generación permitiéndoles reconocerse y ser reconocidos”.

4. Citación de referencias en el texto

a) Un trabajo de un solo autor

- o Jessen (1970) afirma que el derecho de autor era conocido en la antigüedad...
- o El derecho de autor era conocido en la antigüedad bajo el aspecto patrimonial (Jessen, 1970)
- o En 1970 el estudio realizado por Jessen afirmó que el derecho de autor era conocido en la antigüedad ...

b) Un trabajo de múltiples autores (de tres a más

- o Calvo, Marrero y García (2005) afirman que ...
- o Calvo et al (2005), consideran que ...
- o Ireys, Chernoff, De Vet et al (2001)

Seis o más autores: Citar el apellido del primero de ellos, seguido por et al. y el año, tanto la primera vez como en las subsecuentes: Schalock et al (2007).

c) Entidades como autores

Que tienen abreviaturas:

- o Cuando se cita por primera vez: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI, 2014); o también (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], 2014)
- o Citas subsecuentes en el texto: INDECOPI (2014); o también (INDECOPI, 2014)

Que no tiene abreviaturas:

- o Cuando se cita por primera vez: Universidad Femenina del Sagrado Corazón (2015); o también (Universidad Femenina del Sagrado Corazón , 2015)
- o Citas subsecuentes en el texto: Universidad Femenina del Sagrado Corazón (2015) ; o también (Universidad Femenina del Sagrado Corazón , 2015)

d) Autores con el mismo apellido

Ejemplo:

Entre los estudios, revisamos a M.A. Light y Light (2008) e I. Light (2006).

En las Referencias:

- o Light, I. (2006). *Deflecting Immigration...*
- o Light, A. & Light, I. H (2008). *The geographic*

e) Fuentes secundarias

Al respecto, Ots Capdequí (citado por Pizarro, 1974) afirma que en el Derecho Indiano no existían normas específicas en materia de derechos de autor...

f) Obras clásicas

- o Freud (1915/1993)
- o Freud, S (1993) Puntualizaciones sobre el amor de transferencia. En S. Freud. Obras Completas (Vol 12, p. 159). Buenos Aires. Amorrortu (trabajo original publicado en 1915).

g) Comunicaciones personales

- o J. Pérez Muller (comunicación personal, 15 de mayo, 2005)
- o (J. Pérez Muller, comunicación personal, 18 de enero, 2005)

h) Notas a pie de página

Se ubicarán al pie de la página del texto ubicando el número sobre la palabra referencial, Ejemplo:

- o En la UNIFÉ, la Asamblea Universitaria es el ente rector de la Universidad y analiza, evalúa y aprueba los Planes de Funcionamiento¹.

5. Reseña bibliográfica

Deberá haber correspondencia entre las citas del texto, salvo las fuentes por comunicación personal; deben estar organizadas en orden alfabético y sin numeración. Ejemplo:

- o Blondet, C y Carmen, M. (1994). *La situación de la mujer en el Perú: 1980 - 1994*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.

a) Editores:

- o Virole, B (Éd.) (1996). *Psychologie de la surdit  [Psicología de la sordera]* Paris. Bruxelles. De Boech & Larcier S.A.

b) Fecha de publicación:

- o Velit Granda, J (19 de marzo de 2013). La hora de la reconciliación. *El Comercio*, p. A 18.

c) Publicaciones periódicas: diarios, boletines y revistas

o Silva, L (15 de marzo de 2013). Cumpl  mi sueño de ser abogada. *El Comercio*, p. A 13.

o Deza, S. (2007). Trascendiendo apariencias: historias de mujeres en reclusión. *Avances en Psicología*. 15(1), pp 115-133.

o Rowe, J (1985). Probanza de los Incas nietos de los conquistadores, *Histórica*. Vol IX N  2, Lima: PUC, 193- 220.

¹ Está conformada por la Rectora, los Vicerrectores, los Decanos, los representantes de los docentes, de las alumnas y de la Entidad Fundadora.

o López Salazar, J.A. (2010). Atravesando una muralla invisible. Teorías de la comunicación semiótica autista. *Signo y Pensamiento*, 29(57). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/2536>

d) Publicaciones no periódicas: libros y reportes

o Tarrow, S. (1997). *El poder en movimiento : los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid, España: Alianza Universitaria.

e) Referencia On line se debe presentar según el siguiente modelo:

o Juan Carlos Tudesco, (Enero –Abril 2004). ¿Por qué son tan difíciles los pactos educativos? *La Revista Iberoamericana de Educación* N° 34 (on line) ISSN: 1681-5653. España: Organización de Estados Iberoamericanos. Recuperado de <http://www.campus-oei.org/revista/rie34a01.htm>.

o American Psychological Association. (2013). *About APA*, Recuperado de <http://www.apa.org/about/index.aspx>

o Morales, P. (2011). Las representaciones de los docentes en los procesos de construcción identitarios de las personas sordas dentro de su educación. *Estudios Pedagógicos*, 37(2), 161 – 180. Doi: 10.4067/SO718-07052011000200010

f) Tesis en internet:

o Castillo, J.C. (2006) *El Estado- Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la nación y al reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid - UCM, Madrid, España. Recuperada de <http://biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t28946.pdf>

Las abreviaturas (símbolos, antónimos y siglas) deberán ser definidos en la primera vez que son usadas, excepto en el resumen, salvo si se repiten más de una vez (a partir de la segunda se usará las abreviaciones).

