

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 14, EDICIÓN 58, AGOSTO 2022

EDICIÓN DÍA DEL JUEZ Y LA JUEZA

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Juan Guillermo Piscoya, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
REFORMA CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. NOTAS DE REFLEXIÓN	
<i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
¿QUÉ FALLA EN LA JUSTICIA?	
<i>MANUEL ATIENZA</i>	27
.....	
EL MALTRATO COMO FALTA CONTRA LA PERSONA Y SU DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL, APLICADA POR LOS OPERADORES DE JUSTICIA PERUANOS	
<i>SUGEY MAGALI FLORES ALARCÓN</i>	30
.....	
LOS PADRES DE FAMILIA COMO RESPONSABLES SECUNDARIOS DE LA VIOLENCIA EJERCIDA CON EL BULLYING RESPECTO A LOS HIJOS MENORES DE EDAD	
<i>JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ</i>	45
.....	



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

La ocasión del día del juez representa para los jueces motivo de reflexión y balances en varios sentidos y nos conduce, una vez más, a los trabajos de profundidad desarrollados por Luigi Ferrajoli y Perfecto Andrés Ibáñez en relación a la jurisdicción, su significado, y a la importancia de conservar, en toda democracia constitucional, un Poder Judicial fuerte.

Podríamos acaso pensar que el Estado de derecho, consolidado en la expresión de un Estado constitucional, ya ha permitido el afianzamiento del Poder Judicial como tal, dado el marco normativo constitucional que hoy existe sobre la función judicial, y, sin embargo, tomando las palabras de Ferrajoli, debemos advertir que siempre habrá poderes salvajes, expresión dura pero muy cierta en referencia a los entes que se abren camino entre los pliegues del Estado liberal, que amenazarán la independencia de los jueces, principio considerado por Ibáñez como la garantía de las garantías, e instrumento sin el cual no puede hablarse de la sostenibilidad de un Poder Judicial como verdadero poder dentro del Estado de derecho.

Por lo tanto, así como suele decir Ibáñez que la filosofía *non serve a niente*, esto es, que la filosofía no sirve a nadie, pues igual sucede con los jueces, en tanto la judicatura debe tenerse por ingobernable, en el sentido de que no pueden ni deben concretarse modelos de interferencia en las decisiones de los jueces.

De la misma forma, aquello que Ibáñez llama la *astucia del modelo de Estado de derecho en relación a los jueces*, debe hacernos reflexionar sobre la inducción a los jueces de una falsa conciencia de su modelo de inserción, en apariencia independiente en el aparato estatal, cuando en realidad los otros poderes del Estado, las más de las veces, promueven normas a través de las cuales se pretende controlar el desempeño de la actividad jurisdiccional. Entonces, en dicho caso, no hay referencia a un verdadero modelo de independencia judicial.

Desde esa perspectiva, el principio de independencia judicial, como meta garantía del Estado de derecho, consolida un reforzamiento del papel de la jurisdicción, y se realiza un papel constitucional de la jurisdicción que, en buena cuenta, igualmente conduce a la realización de los derechos fundamentales, una de las tareas centrales de los jueces en su rol de impartición de justicia.

En atención a lo expuesto, el día del Juez nos sirve para volver a realizar un valioso diagnóstico, en el sentido de la relevancia del rol de los jueces en el Estado de derecho, y nos inclina a dirigir la mirada hacia el escenario de reflexión que plantean pensadores de fuste como Ferrajoli e Ibáñez, dos de los más importantes puntales del desarrollo de la teoría de la jurisdicción.

De la misma forma, los aportes de ambos autores nos advierten que resulta necesario considerar que el desarrollo de las ideas de las garantías judiciales y de la protección judicial que enarbola la doctrina, como mecanismos puntuales de consolidación y defensa de los derechos de las personas, no puede ser considerado un punto de llegada o terminado en su esencia, en tanto es verdaderamente punto de partida para la consolidación de los derechos.

En ello queremos expresar que no podemos pensar que los actuales marcos jurídicos en los Estados puedan considerarse tareas acabadas si acaso existen sistemas de protección de los derechos, como los advertidos en los Estados en forma interna y externa. Por el contrario, esos baremos de tutela nos dicen, con necesidad insoslayable, que aún queda mucho por trabajar para que un Poder Judicial pueda ser un verdadero garante de los derechos de las personas,

Feliz día del Juez a los jueces de Perú y de otras latitudes.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



REFORMA CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

NOTAS DE REFLEXIÓN¹

Edwin Figueroa Gutarra²



Resumen: Este trabajo destaca que las reformas constitucionales representan experiencias muy complejas cuya naturaleza exige abordar el análisis de conceptos como el poder constituyente y las relaciones entre Constitución y *democracia constitucional*, entre otras nociones. Además, considera una toma de posición entre dos tendencias contrapuestas: el originalismo norteamericano, que representa una corriente en contrario a sucesivos cambios en la Constitución, y la más aceptada tesis de una denominada *living Constitution* o Constitución viviente, cuya dinámica evolutiva es una nota esencial. Realizados estos enfoques, este estudio aborda algunos matices de la experiencia peruana en reformas constitucionales.

Abstract: This work highlights that constitutional reforms represent very complex experiences whose nature requires addressing the analysis of concepts such as constituent power and the relationships between the Constitution and constitutional democracy, among other notions. In addition, it considers a position between two opposing tendencies: North American originalism, which represents a current contrary to successive changes in the Constitution, and the most accepted thesis of a so-called living Constitution, whose evolutionary dynamics is an essential note. Having carried out these approaches, this study addresses some nuances of the Peruvian experience in constitutional reforms

Palabras clave: reforma constitucional, poder constituyente, *democracia constitucional*, mutación constitucional, *living Constitution*, originalismo norteamericano, *momento constituyente*, *sentimiento constitucional*, Constituciones de Perú.

Keywords: constitutional reform, constituent power, constitutional democracy, constitutional mutation, living Constitution, North American originalism, constituent moment, constitutional sentiment, Constitutions of Peru.

Sumario

Introducción. 1. La reforma constitucional y sus contextos. 2. Poder constituyente y reforma constitucional. 3. ¿Riesgos de una reforma constitucional? 4. La experiencia de Perú: reformas constitucionales una y otra vez. Ideas a título de conclusión

¹ Ponencia presentada al XIII Congreso de Derecho Constitucional Dr. Domingo García Belaunde, realizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, entre los días 9 y 11 de diciembre de 2021.

² Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

Introducción

Las reformas constitucionales, siempre complejas en su dimensión, alcances y efectos, constituyen ángulos de debate que implican cuestiones relevantes: desde aquella primera que expresa que constituye potestad incluso originaria de una Nación cambiar las principales directrices sobre su modo de entender la primacía de la Constitución y los derechos fundamentales, hasta la nota característica de oxímoron de la reforma misma, dado que una Carta Fundamental supone, por un lado, una vocación de permanencia en el tiempo y, sin embargo, la propuesta de reforma involucra, por otra parte, una clara determinación: que las cláusulas finales que se previeron respecto a una Carta Magna en rigor no han sido tales, en tanto las bases primigenias sobre las que se propusieron los valores de una Norma de Normas, no fueron tan sólidas en su planteamiento y, por tanto, hay una exigencia de cambio.

Las posiciones sobre las reformas constitucionales, de igual modo, oscilan entre dos extremos materiales: en un primer ámbito tenemos la posición radical del originalismo norteamericano, que asegura la voluntad de inicio de los *framers* o los *founding fathers*, esto es, de observar el propósito fundacional de aquellos colonos que dieron origen a la Nación, y cuya inspiración creadora debe, en todas las circunstancias, ser observada, pues fue en ese marco de inicio que se levantó la patria. En otro nivel, visualizamos la posición amplia de las Constituciones flexibles, caso este último en que bastaría la sola voluntad del legislador o de una iniciativa amplia de ciudadanos, para que se produzcan los cambios necesarios en una Carta Fundamental, no solo los de un ámbito parcial de reforma, sino incluso la reforma total de la Constitución.

Lo afirmado *supra* nos conduce, en este estudio, a examinar las posibilidades de una posición intermedia, aún a riesgo de no concluir en la configuración completa de una propuesta, en tanto los extremos de una tesis por naturaleza propia son negativos: desde una fórmula radical de no modificabilidad hasta la posición harto flexible de una Carta que sea cambiada sin mayores exigencias que aquellas que competen a una ley ordinaria. Habremos de examinar una posición teórica que nos ubique en un punto de razonabilidad y proporcionalidad entre ambas opciones.

Desde ese eje de ideas, pretendemos abordar algunas consideraciones de rigor en ese arduo camino de, por una parte, concebir una reforma constitucional, hasta, bajo otro enfoque, atender a un conjunto de directrices mínimas, llamémoslas ejes basilares de consideración respecto a la reforma, en la aseveración de que la observancia de los contenidos de ésta no nos lleve a oscilar entre Escila y Caribdis, pudiendo en este caso naufragar aparatosamente el barco que representa una reforma constitucional.

En ese orden de conceptos, asignamos un sentido de cambio tangible, razonable y proporcional a una reforma constitucional, en tanto ausentes estas líneas mínimas de contenido, estamos frente a ese difícil escenario que Karl Schmitt ya denominaba *Verfassungsvernichtung*, o de destrucción total de la Constitución, y ese no es el destino final al que aspira una democracia, más aún si ésta aspira a denominarse una



democracia constitucional, ámbito en el cual incluso conviven dos términos de suyo contrapuestos: democracia, en el sentido de apertura de los derechos ciudadanos, de una parte; y de otra, el constitucionalismo como expresión de límite a los derechos fundamentales y las exigencias de primacía de la Constitución.

La democracia es, en estas líneas de reflexión, un marco de enfoque necesario, pues las reformas constitucionales exigen ese escenario ineluctablemente. En caso contrario, ausente la democracia, o inexistentes los mecanismos de *checks and balances* que son líneas de arraigo de la misma, la reforma constitucional es solo un arraigo del autoritarismo, o de figuras para las cuales no existe un real Estado de derecho.

1. La reforma constitucional y sus contextos

Gonzales Encinar se cuestiona, a propósito de una crítica a un libro de Pedro de Vega sobre la reforma de la Constitución, respecto a si una posibilidad de reforma es acaso una real defensa de la Constitución, y si, a su turno, el miedo a la reforma no es, por el contrario, un riesgo para la fuerza normativa de la Constitución. En todo caso, plantea si no se configura una “táctica del avestruz”, en referencia a que podamos esconder la cabeza si en su caso estamos frente a una exigencia de reforma constitucional y no optamos por ejecutarla. (1985, p.346)

Aquí hay varios matices de afirmación y optemos por el tema principal: la reforma de la Constitución expresa, también, una defensa del principio de primacía de la Constitución, pues nuestra realidad tiende a ser dinámica y no estática. El concepto de una denominada *living Constitutiones* muy gráfico: las Constituciones evolucionan porque la realidad no deja se anquilosen las instituciones. Por lo tanto, la reforma constitucional es una expresión de la democracia en sentido abierto.

El tema de debate aquí incluso va más allá, y se puede plantear como interrogante: ¿Cuándo es prudente cambiar una Constitución, sea parcial o totalmente? O bien aludamos a los términos que deberían ser elementos de ruta para una reforma, de cualquier categoría, y se inserta nuevamente, a modo de pregunta, otra interrogante más: ¿Cuándo es razonable y proporcional optar por una reforma constitucional?

Desde otro norte de ideas, escondernos, por miedo, ante la necesidad de una reforma constitucional, denota una falta de compromiso con la democracia, uno de cuyos enunciados, anclado incluso como deber fundamental, es respetar y hacer respetar la Constitución. La pauta aquí es objetiva: solemos invocar, las más de las veces, nuestros derechos fundamentales, y, sin embargo, no contextualizamos, en forma adecuada, nuestros deberes hacia la Constitución, y más aún, si no apreciamos el tren de la historia en su dimensión adecuada, se suele proponer, simplemente por una malentendida comodidad, que las cosas deberían quedar como están, pues es el modo más óptimo de no cambiar el *statu quo*.

Indaga Gonzales, del mismo modo, si el pueblo es capaz de hacer una Constitución y si la fuente de la Constitución no es, más bien, una imaginaria “voluntad general



rousseauuniana”. (1985, pp. 355 y 358) Por último, destaca que la reforma constitucional aparece necesaria cuando la mutación constitucional ha agotado todas sus posibilidades. (1985, p. 376)

Las reflexiones que anteceden son de rango controversial, pero exigen tomar posición: el pueblo, en definitiva, es capaz de hacer una Constitución, pero deben existir parámetros de ejecución en su desarrollo. Uno de los baremos más importantes a este respecto es el significado del Estado de derecho y los valores ancla sentados a partir de la noción de los principios supremos de la Constitución, contenidos en la fórmula política del Estado, tales como la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma del Estado. (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76)

Estos principios se extienden aún más, si nos atenemos a lo sostenido por Cruz Villalón, en referencia a los valores que se desprenden de los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, los cuales sientan el “derecho de los derechos fundamentales”, en alusión las nociones de vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial, garantías que no estaban previstas en las Constituciones americanas del setecientos. (1989, p. 62)

Todos estos postulados, desde la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1951 en adelante, cambian los ejes del Derecho constitucional y consolidan la existencia de un Estado democrático y social de derecho, a afianzarse sobre nuevos ejes de los derechos fundamentales. Ya no se trata simplemente de derechos subjetivos públicos ni simples libertades públicas, en sus concepciones alemana y francesa, respectivamente, sino de verdaderos basamentos del Estado constitucional.

Advirtamos que las reformas constitucionales, cuales fueran sus contenidos de propuesta, no pueden disminuir las dimensiones del Estado de derecho, en tanto se trata de estándares mínimos que, al igual que las cláusulas pétreas, no pueden vaciarse de significado, bajo riesgo de que volvamos a un *Machstaat*, o Estado de la fuerza, en el modo que es enunciado por Zagrebelsky.(1995, p. 21), o bien a un escenario hobbesiano expresado, en una gráfica muy nuestra, en el aforismo *auctoritas non veritas facit legem*, es decir, que si la autoridad por su sola condición de autoridad hace la ley, en desmedro de la verdad, entonces estamos frente a un gobierno de facto que solo se sostiene por la razón de la fuerza. Sería ello una especie de guerra de todos contra todos, pero impulsada desde el Estado.

La voluntad general, desde otro eje de enfoque, se remonta a la noción rousseauuniana de la prevalencia de un interés de las mayorías, y si ése es el ámbito de extensión de la voluntad, es decir, la de todos, entonces ello sería lo más adecuado para una Nación. Esta afirmación merece algunas anotaciones: en las democracias del siglo XXI la voluntad general sigue siendo, convenimos en ello, una de las piezas elementales del Estado de derecho, y, sin embargo, advirtamos, como lo acota Elster y parafraseándolo, que Ulises necesita y demanda ser encadenado, bajo ciertas circunstancias, para no morir ahogado. (2002, p.11)



En justificación de la idea anterior, nos referimos a que no puede desconocerse el valor de ejercicio de los derechos, de la forma más amplia, en una democracia. El aforismo *vox populi vox Dei* es más que representativo de lo que afirmamos, pues diríamos que, si la voz del pueblo es la voz de Dios, entonces no habría mayor objeción que formulara la voluntad del pueblo. Y, sin embargo, hoy la dimensión del constitucionalismo contemporáneo nos conduce a concluir que incluso el pueblo, en condiciones excepcionales, se convierte en poder constituido (STC 007-2012-PI/TC, FF.JJ. 9 a 21), y no es necesaria e ineluctablemente, siempre, la expresión más cercana a la de un poder constituyente.

No se trata de cambiar la concepción de poder constituyente que bien podría asumir la voluntad popular, sino de asumir que en el Estado constitucional no existen zonas exentas de control constitucional. aún si se trata de la voluntad general expresada en actos fundacionales, como los referendos para una nueva Constitución u otros actos constitutivos. Una notoria expresión de muestra de esta afirmación se verifica en el caso *Gelman vs Uruguay*, decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el año 2011, ordena dejar sin efecto incluso un referendo que a su vez aprobó una ley de amnistía para el cierre de investigaciones relativas a violaciones a los derechos humanos. No se trataba de que Uruguay hubiera aprobado solo una ley, ni incluso de que no fuera suficientemente democrática la expresión del pueblo para validar por mayoría el referendo, sino que estos elementos resultaron contrarios a la interpretación de la Corte en temas de derechos humanos. Por consiguiente, dicha ley de amnistía, aún con todas sus validaciones de orden legal y popular, debía ser anulada y dejada sin efecto.

Cuanto expresamos se identifica con fuerza en los estudios de Elster antes reseñados, pues si no existen baremos razonables y proporcionales a las propuestas del pueblo, por más bien intencionadas que las mismas fueran, entonces corremos el riesgo de afrontar reformas que pueden conducir a la destrucción del Estado constitucional. He aquí, entonces, que se justifica el control constitucional como elemento inseparable del concepto de Constitución, (Aragón, 1987, p.15) y esa delicada tarea le corresponde a los Tribunales Constitucionales, las Cortes Constitucionales, o los Consejos Constitucionales, o a las Cortes Supremas en los Estados donde éstas realicen control constitucional.

A su vez, es pertinente formular una precisión respecto a que las opciones de mutación constitucional hubieren sido agotadas en todas sus formas, habiendo generado ello la necesidad de una reforma constitucional. Convenimos con Gonzales en esta afirmación, y es pertinente acotar que la mutación constitucional tiende a ser un fenómeno poco comprendido en las democracias contemporáneas, pues afianzada aún el pensamiento jurídico moderno una concepción positivista del Derecho, un raciocinio formalista de la ley nos diría que si una cuestión figura normativizada en la misma regla jurídica, entonces surte efecto el cambio enunciado, en sentido literal, por la norma.

A tal punto y en gráfica de la idea que acotamos, bien podríamos pensar en la exigencia de reformar la Constitución para que un nuevo derecho fundamental sea incluido en el



catálogo de derechos de una Carta Magna, asumiendo que una vez positivizado, esto es, incluido en el elenco de derechos fundamentales un nuevo derecho, entonces ello permitirá el ejercicio de los contenidos de ese acotado derecho. Esta forma de razonamiento, aún cuando cumple requisitos de literalidad, procedimiento y validación legal, se aleja de las bases de hasta dónde puede llegar una mutación constitucional.

Realizamos esta afirmación en la medida que la mutación constitucional permite entender el sentido interpretativo de una regulación determinada en una Carta Fundamental, sin que necesariamente se hubiere modificado su texto. En efecto, aun cuando no exista una reforma constitucional específica sobre un tema en controversia, los vacíos en el Derecho, o las lagunas que forman los conceptos jurídicos indeterminados, dejan un enorme espacio que el control constitucional, en manos de los jueces, permite a éstos asumir una interpretación constitucional en sentido amplio, bajo el *nomen iuris* de una mutación constitucional, sin tener que recurrirse a una reforma constitucional de orden procedimental, es decir, con votaciones efectivas del Poder Legislativo. Llamemos a esta mutación de los jueces una de carácter indirecto.

Notemos que la mutación asume diversas formas de expresión. Lo más usual es que el texto constitucional pudiera seguir siendo el mismo, pero que el transcurso del tiempo permita una nueva interpretación de ese contenido, sin que cambie expresamente la regulación constitucional. Esto se acercaría mucho más a la famosa distinción que realiza Guastini entre disposición y norma, pues aquella implica un texto original, en tanto que ésta alude al sentido interpretativo asignado. (2011, p. 133)

Y, sin embargo, la mutación, por acción de los jueces, puede incluso ir aún más allá, pues puede conservarse un texto constitucional determinado, y, sin embargo, puede producirse el fenómeno, que hemos denominado mutación constitucional indirecta, en el ámbito jurisprudencial.

Digamos, a modo de ejemplo, que se considera importante considerar el derecho al agua como nuevo derecho fundamental. Un razonamiento vertical, de matiz formalista, aconsejaría una propuesta de reforma constitucional expresa para que se determine, a través del procedimiento de reforma, su inclusión en el conjunto de derechos fundamentales. Sin embargo, por otra parte, un razonamiento más horizontal, y a la vez dinámico, consideraría que la incorporación del derecho al agua como nuevo derecho fundamental, por vía jurisprudencial, también configura, con suficiencia, asumir incorporado ese derecho propuesto. En este último caso, la Constitución sigue conservando su texto formal como se le conoce y, sin embargo, la jurisprudencia ha asumido un rol activo y ha impulsado una mutación indirecta, de tal forma que el ordenamiento jurídico considera ampliado, en los hechos y en la dinámica de la realidad, el texto constitucional. Ciertamente no ha ocurrido aquí una reforma constitucional expresa, y sí una indirecta, ámbito este último que también comprende la mutación constitucional.

En consecuencia, la mutación nos permite un amplio campo de acción y configuración, de tal manera que las reformas constitucionales se reconfiguran como elementos de



última *ratio*, y solo son exigibles cuando se han agotado todas las variantes de una mutación constitucional.

Desde otro grupo de planteamientos en relación a la reforma, son de enunciar algunas precisiones que realiza Ruiperez, quien evocando a Finer indica que “no es lo escrito lo que protege, sino la dificultad de enmienda”; (1992., p. 235) a continuación, destaca que ya Jefferson denunciaba que era un absurdo que la Constitución sirva de instrumento para hacer prevalecer la voluntad de los muertos sobre la de los vivos. (1992, p. 236) Por último, destaca que ya Rousseau insistía en que la única Constitución posible es la que coincide con el contrato social. (1992, p. 244)

Lo antes anotado nos conduce a reflexiones de relevancia: de un lado, la dificultad de enmienda es una garantía del Estado de derecho, y de esa forma, los procedimientos agravados de reforma mantienen un propósito concreto, cual es evitar reformas que no respondan a un sentido real de razonabilidad ni proporcionalidad. A este efecto, la exigencia de altas votaciones para la procedencia de la reforma constitucional, así como la exigencia de que sean observados períodos temporales determinados para la procedencia de la reforma, consolidan el criterio de una garantía de estabilidad de las instituciones constitucionales en las democracias.

Por otro lado, la alocución de Jefferson cobra siempre actualidad, pero demanda un matiz adicional: si bien no pueden los muertos imponernos a los vivos su voluntad pretérita, encadenándonos a una forma de pensar superada (incluso era conocido el pensamiento proesclavista de Jefferson), es de considerarse que, a su vez, no podemos los vivos distorsionar la herencia democrática de valores del Estado de derecho que nos asignan nuestros antiguos congéneres, en calidad de legado. Entonces, hay una correspondencia materialmente exigible entre ambas generaciones, en tanto los caminos para la reforma constitucional siempre deberían estar abiertos, pero sujetándonos a un conjunto de valores de convivencia democrática.

En adición a lo expresado, la Constitución no puede ser esa imagen inmodificable, reiteramos, que pretende asignarle el originalismo norteamericano, (Liendo, 2015. p. 192) cuya tendencia de enfoque es el respeto del cuadro o marco - *frame*- de origen del nacimiento de la Nación. Adscribirse al originalismo implica asumir una visión formalista en exceso del ordenamiento jurídico, y de ahí que exista una colisión directa entre el positivismo jurídico, como tendencia de noción acabada pero ciertamente estática de la ley, y el constitucionalismo de principios, ámbito en el cual una nota distintiva es una concepción dinámica de la Constitución, tal cual una concepción evolutiva, en modo similar a como enuncia el Tribunal Constitucional español en la sentencia 6864-2005, de fecha 06 de noviembre de 2012, p. 41, al referirse al desarrollo de una acotada interpretación evolutiva, con amplio respaldo en el Derecho Comparado.

Por cierto, hay una relación estrecha, entonces, entre una tesis de la denominada *living Constitution* y la idea española, de matiz dinámico, respecto de una posición evolutiva, similar diríamos a la figura de las ramas del árbol en crecimiento y expansión. En ambos casos el Derecho es dinámico, se transforma constantemente y se interrelaciona con los fenómenos sociales, dando espacio, de esa forma, a una visión realista del



Derecho que nos conduce, con cierto escepticismo, a dudar de la verticalidad, fijeza y cerrazón de la norma positiva, para reasumir la idea de que esos matices de continuo cambio, por cierto, dan base a las reformas constitucionales, pero a condición de que éstas se realicen bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, y en el marco de una democracia que suponga el más amplio espacio de ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora bien, examinar las ideas de Rousseau nos vincula a la noción del contrato social como un pacto de mínimos para la convivencia en sociedad y, de suyo, aunque difiere en orientaciones de origen con la teoría hobbesiana de la guerra permanente en estado de naturaleza, al final la idea de pacto social de Hobbes y la premisa de un contrato social en el caso de Rousseau expresan una misma necesidad, cual es que la convivencia en sociedad exige un acuerdo mínimo de reglas de orden social, y desde esa idea, una Constitución es la expresión del arquetipo de acuerdo.

Bajo ese enfoque, es importante cuidar ese pacto global, y las reformas a ese mínimo de mínimos, por cierto, deben implicar una valla ciertamente alta, que es el conjunto de exigencias de fondo y forma para la reforma constitucional. Vivir en sociedad ya demanda ciertos convenios mínimos y más aún, hacerlo en democracia, supone un conjunto de cargas legítimas que deben aceptar los ciudadanos. Llamamos cargas legítimas a esas exigencias del Estado de derecho que nos imponen deberes fundamentales, de tal modo que es exigible aceptarlas como mandatos de la democracia, y aun siendo oneroso su cumplimiento, nos corresponde aceptar esas cargas por su condición de obligaciones a modo de imperativos categóricos kantianos.



2. Poder constituyente y reforma constitucional

Corresponde examinar las relaciones a establecer entre la noción de poder constituyente y la reforma constitucional, pues convendríamos en que el primer concepto es una de las causas de concreción de la segunda. La aseveración es cierta mas no la única.

Cairo Roldán, en concordancia con la STC 014-2002-AI/TC, F.J. 60, un caso peruano referido a la demanda del Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600, sobre el proceso de reforma constitucional, destaca que el poder constituyente es único, extraordinario e ilimitado. (2010, p. 6)

Convenimos en que el Poder constituyente es único, pues no hay otro estamento material en una *democracia constitucional* que tenga la misma forma de manifestación. Por oposición, los poderes constituidos se subordinan a ese poder constituyente de diversas formas, en cuanto existe un deber de sujeción. La justificación es concreta: un Estado de derecho supone la existencia de poderes constituidos, cuya misión es la realización de la voluntad del poder constituyente y, en ese sentido, las cláusulas de una Norma de Normas suponen un proyecto social a realizarse dentro de los estándares concebidos por ese poder originario.

De la misma forma, es extraordinario pues concurre en escenarios excepcionales, a propósito de configurarse un *momento constituyente* (Heiss, 2016, p. 117) adecuado para la dación de una nueva Constitución. Añadiríamos aquí un rasgo importantísimo: es exigible exista un *momento constituyente* idóneo para la realización de la voluntad de ese poder constituyente: un acuerdo de las fuerzas sociales, un conjunto de expresiones de diversos estamentos sociales para la adopción de una nueva Constitución, un glosario de exigencias reales, tangibles y expresivas de recambio de la Carta Fundamental, entre otras posibilidades. Ello no siempre acaece y si acaso no concurren esos elementos en conjunto, nos decantamos por considerar que sería más razonable una reforma parcial de la Constitución, a realizarse solo con el ejercicio de los poderes constituidos y sin la exigencia de intervención del poder constituyente.

En esa misma línea de ideas, es ilimitado el poder constituyente pues no existe mecanismo que limite sus facultades de modo convencional. Sin perjuicio de lo afirmado, acaso antes que una excepción sí existe un matiz a destacar respecto de esta afirmación, y lo consignamos a modo de interrogante: ¿siendo ilimitado el poder constituyente, puede entonces imponerse la voluntad omnímoda de ese poder?

Nuestra respuesta al respecto es igualmente objetiva: las facultades del poder constituyente encontrarían un límite material implícito en ciertos principios supremos de la Constitución, en tanto no contravengan éstos, pues de ocurrir, por ejemplo, que el poder constituyente viera por conveniente una reforma que afecte, de modo grave, la dignidad de la persona, entonces encontraremos una barrera necesaria del Estado de derecho frente a un propósito de reforma que ni es razonable ni es proporcional.

Desde otro ámbito, nos cuestionamos si solo la forma de un poder constituyente es el único mecanismo para la procedencia de la reforma total de la Constitución. No aludimos aquí a las reformas parciales, en razón de que éstas no afectan la unidad de la Constitución misma, y, por lo tanto, se entienden como ejercicio de propuesta de las funciones de los poderes constituidos si se cumplen determinadas reglas procedimentales. Para este efecto, las reformas parciales cumplen una función de adecuación de la Constitución a las exigencias de cambio de las instituciones en la sociedad. Ello no crea mayores conflictos para los propósitos de este estudio.

Por el contrario, la reforma total de la Constitución sí es un espacio que abre debates intensos, los impulsa, los intensifica, y de ahí la importancia de su delimitación y de que sean siempre mejor fijados sus alcances.

Adicionalmente, es de precisarse que, junto al poder constituyente, es también la voluntad general, sí, en términos rousseaunianos, la expresión de ese poder, pero bajo la especificación de que aquel es concreción material de ésta, y, sin embargo, la voluntad general, por sí sola, no basta para la concreción de una reforma total de la Constitución. En otros términos, la voluntad popular se concretiza en un poder constituyente, y es a ese propósito al cual se adscribe para poder materializar los alcances específicos de una reforma *in toto* de la Constitución.



Es importante podamos distinguir, en relación a lo afirmado, cuál es el efecto de actuación del poder constituyente, dado que asumimos un matiz de extensión ilimitada que en realidad transmite un propósito de amplitud cuyas líneas de relatividad ya hemos comenzado a delimitar, pues bien podríamos advertir algunos casos puntuales en los cuales esa noción de no límites pudiera no tener cabida. Debe tener lugar aquí, entonces, la afirmación de que el poder constituyente, en realidad sí debería observar límites y estos se refieren a los pilares del Estado de derecho en sus bases primigenias.

Cairotambién señala, en referencia al modelo norteamericano de ejercicio del poder constituyente, y según narraciones de Borgeaud y Planas, que desde el Pacto de Mayflower, o Pactos de Establecimiento (*plantation covenants*) y el Estatuto Fundamental de Connecticut de 1639, se evidenciaba que ya los colonos de Nueva Inglaterra organizaban sus comunidades políticas, y que los calvinistas ingleses negaban la supremacía eclesiástica del rey. (2010, p.15) Históricamente se configura aquí ya un afán negacionista por limitar facultades al rey y de ahí, que sea comprensible la idea de los colonos norteamericanos de atender a su propia realidad, configurando así una construcción de un modelo de nación, negando, evidentemente, toda opción espacio de actuación al monarca inglés.

Lo acotado es importante, en relación al poder constituyente, pues desde estas primeras manifestaciones del constitucionalismo de la nación al norte de Río Grande, era notorio que debía existir una voluntad de configuración del derecho de un pueblo a decidir sus destinos, y es ésta la idea distintiva a destacar, entre otras, de un poder constituyente.

Sobre el mismo tema del caso norteamericano, existen rasgos muy particulares: la Constitución de Filadelfia de 1787 es relativamente breve, pero con numerosas enmiendas, de tal forma que éstas a su vez niegan mayor espacio a la tesisoriginalista, en cuanto la condición de un texto con poco contenido, en realidad y en el tiempo, ha devenido en 27 enmiendas,(las 10 primeras ratificadas simultáneamente y conocidas como la Carta de Derechos), unas más importantes que otras, modificando esa realidad escenográfica de los padres fundadores de la Nación

Desde otra perspectiva, Cairo adicionalmente señala los casos de dos Constituciones absolutamente inmodificables: la Constitución del Imperio de Etiopía de 1931 que se definía “perpetua e inmodificable”, y la Constitución finlandesa de 1919, que se denominaba a sí misma como ley fundamental irrevocable en su totalidad. (2010, p. 23)

Las menciones a que aludimos son de interés, pues pensemos en qué ocurriría si no asignamos una cuota de límite de facultades al poder constituyente, y,se autorice que la Constitución es *per se* inmodificable, como sucede en los casos etíope y finlandés, para que lleguemos a la compleja conclusión, contra toda lógica, de que en verdad no habríaespacio alguno para un nuevo poder constituyente.

El tiempo es, sin embargo, un insumo que modifica voluntades, circunstancias y propósitos. En el caso de Etiopía, hoy se encuentra vigente en ese país la Constitución de 1995, la misma que sucede a las Constituciones de 1955 y 1987. Entonces, esa férrea voluntad de no cambio, en concreto se quebró por tres Cartas posteriores. A su vez, en



el caso de Finlandia, debemos atender a que actualmente está vigente la Constitución de 2000, después de las reformas constitucionales de 1983 y 1987.

En adición a lo acotado, es importante contrapesar el poder constituyente respecto de aquellos mecanismos que la deslegitiman. Por ejemplo, un partido político no podría enunciar ser la voluntad del poder constituyente. Tampoco un esfuerzo de recolección de firmas que exprese una voluntad de parte del electorado. Estos son mecanismos de suyo incompletos para identificar la configuración de un poder constituyente. Veamos a continuación por qué.

Las reformas constitucionales totales de la Constitución son de suyo viables, pero consideramos la necesidad de satisfacción de algunos estándares mínimos. Es exigible un *momento constituyente*, como hemos acotado, y, por cierto, optaríamos por agregar, conforme aporta Lucas Verdú, un necesario *sentimiento constitucional*, cuya raíz alemana es la expresión *Verfassungsgefühl*, e incluso hasta cierto patriotismo constitucional, esto es, un *Verfassungspatriotismus*. (Landa, 2007, p. 280)

De esa forma, un poder constituyente debería satisfacer estas dos exigencias materiales - *momento constituyente* y *sentimiento constitucional*- sin las cuales, en rigor, solo estaríamos frente a un contexto de reforma inconducente de la Constitución.

Un *momento constituyente*, es importante tenerlo en cuenta, implica una cuota de amplia legitimidad, de satisfacción de condiciones de tiempo, forma y espacios que trasuntan un consenso de importancia para el cambio de Constitución. Pero aún así, el esquema que aportamos sería incompleto sin el aporte material de apoyo de un *sentimiento constitucional*, aspecto que puede y debe ser entendido, también, como un conjunto de condiciones materiales inmanentes implícitas para una reforma total de la Constitución.

En adición a lo expresado, es conveniente examinar una propuesta de Henriquez, quien asegura que “la reforma constitucional (es) un poder intermedio entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Así, el poder constituyente quedará siempre como un poder previo e ilimitado, en permanente latencia, cuyo fundamento es ontológico- existencial -, mientras que el poder de reforma, quedará como un poder limitado al principio de supremacía constitucional”. (2012. p.587)

Esta mirada al poder constituyente resulta valiosa: en principio hay una facultad irrestricta, amplia, sin límites, del acotado poder constituyente, para la regulación de un nuevo orden constitucional. Por otro lado, los poderes constituidos se caracterizan por una función de subordinación a la Constitución. Entonces, ese medio de equilibrio entre poder constituyente y poderes constituidos cumple una función de balance y nexo comunicador entre ambos poderes.

De ahí la importancia de que ese ejercicio del poder de reforma transmita, en esencia, un conjunto de reglas de orden, de aviso de conformidad de aparición de voluntades, al poder constituyente, de una parte, y de premisas de sujeción a la voluntad del poder constituyente, por parte de los poderes constituidos. Ese poder de reforma, adicionalmente, necesita ser ejercido en el escenario de una *democracia constitucional*,



de modo tal que las libertades públicas se encuentren en el más alto nivel de reconocimiento, lo que a su vez permite asumamos que los derechos fundamentales se promueven ampliamente en el campo de la libertad de expresión en sus múltiples manifestaciones.

Esta atingencia de libertad es de enorme importancia, en tanto que el poder de reforma demanda un debate de ideas, de premisas, de nociones, las cuales exigen un amplio marco de discusión, y eso solo se puede lograr en una democracia plena. Ausente ésta, las distorsiones de facto son evidentes: persecución política de quienes discrepan con el ente que promueve la reforma, usualmente un gobierno dictatorial; se coacta la información de los medios de prensa, suspendiéndose las condiciones de libertad de ejercicio de esas atribuciones; se encarcela a los opositores a la dictadura y si acaso ésta impulsa un cambio constitucional, pues en realidad solo se trata de un intento de reforma anómala y ausente en materia de libertades ciudadanas. Vemos, en conjunto, que existen riesgos enormes para las democracias si ese poder de reforma no se ajusta a estándares mínimos de una democracia.

Lo expuesto *supra* no hace sino buscar persuadirnos de la relevancia material del poder constituyente, pero a la vez de tener en consideración que esa noción ilimitada de nueva configuración de la Constitución, de no ser ejercida en el marco de esas fronteras naturales que representa la noción del Estado democrático y social de derecho, puede desencadenar en escenarios irregulares, los cuales no han de conducir sino a un rompimiento de las condiciones mínimas de subsistencia de ese también denominado Estado constitucional.



3. ¿Riesgos de una reforma constitucional?

Lord Acton señalaba que “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente”. (Carpizo, 2009, p. 28) Esta reflexión nos reconduce a la formulación que el barón de la Brède y Montesquieu ya planteaba en 1748 en “*De l'esprit des lois*”, en relación a la exigencia de existencia de tres poderes: un Ejecutivo que gobierne, un Legislativo que legisle y un Judiciario que juzgue.

La noción de separación de poderes, como hoy la conocemos, no es completa sin el aporte inglés de los *checks and balances*, (Jiménez, 2014, p. 1755) o de pesos y contrapesos, que ya enunciaban los sajones, incluso décadas antes de la formulación francesa. Y ciertamente, si no ocurre un escenario de balance y equilibrio entre poderes, quizá de poca utilidad sería que se encuentren separados.

La reforma constitucional actúa, en este sentido, como un mecanismo de saneamiento a fin de completar contenidos, si acaso es necesaria una función aditiva, y de otro lado, para reducir incongruencias en el poder, si deviene necesario utilizar una fórmula reductora. Se asemejaría pues a uno de los fundamentos de una función de proporcionalidad, pues la implicancia de exigencia es una dimensión de mensura y compatibilidad con la Constitución. Si fuera que ésta dice poco, pues vía reforma constitucional agreguemos los contenidos necesarios. Y si ésta sobredimensiona sus contenidos, entonces reduzcamos aquello que dice demás.

Lo afirmado nos conduce a una interesante reflexión: un poder de reforma constitucional no adecuadamente ejercido ¿implica riesgos?

García Toma nos recuerda que ya Pedro de Vega precisaba que el poder de reforma, reglado, es limitado. (2013, p. 30) De la misma forma, que hay fraude constitucional cuando ocurre una utilización espuria del procedimiento de reforma, recordando así que en febrero de 1933 Hitler, con el denominado “Decreto del incendio” (del parlamento alemán), suspendió la Constitución de Weimar y abolió la libertad de prensa y otros derechos. (2013, p. 50)

Las menciones reseñadas recogen un matiz central de lo que debiera constituir una reforma, esto es, el poder de reforma no es ilimitado. No pueden, en efecto, variar en términos maximalistas, digamos, las bases de un *Stato di Diritto*, o Estado de derecho para que, vía reforma, se consolide una dictadura vitalicia. Existen límites materiales implícitos (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76.), ya antes acotados, como la dignidad de la persona humana, la soberanía del pueblo, la forma republicana de gobierno, entre otros tantos, que no pueden ser objeto de reformas irrazonables, pues se afectaría la esencia misma del Estado de derecho.

La mención que realizamos va en paralelo con la tesis de los límites materiales expresos, también denominados cláusulas pétreas, en el sentido de que ciertos contenidos están exceptuados de reforma, y cuyos ejemplos más representativos son el artículo 89 de la Constitución de Francia de 1958 y el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947. (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76)

Esos límites tanto expresos como implícitos, entonces, no pueden ser objeto de reforma, pues de ocurrir ésta, más aún con la omisión de estándares constitucionales, habrían de significar un fraude a la Constitución, y en esa línea de razonamientos, el mejor ejemplo es el acotado ocurrido durante el régimen nazi de los años 30 de la centuria pasada. En ese caso, el estado de excepción decretado por Hitler duró 12 años (1933- 1945), es decir, hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

En esta misma dirección de ideas, ya García Belaunde describe que el problema de la reforma constitucional aparece, por primera vez, en la enmienda V de la Constitución de Filadelfia de 1787. (2006, p. 477) Esta es una valiosa acotación de contexto que, en esencia, nos demuestra que la cuestión de la reforma aparece desde la misma dación de una de las primeras Constituciones contemporáneas. Bajo esa pauta, no queda, sino que las Cartas Fundamentales convivan con sus problemas de reforma, moderándolos, regulándolos, configurándolos, pero nunca negándolos.

Por otro lado, cuando García enuncia que ya Juvenal, en sus Sátiras, nos recordaba el problema de quién custodia a los custodios, (2006, p. 477) en buena cuenta nos retrotrae al debate necesario de considerar a los titulares de la reforma, y si acaso éstos están premunidos de las condiciones necesarias para, en el caso de la reforma, conducirla misma por el camino adecuado, o si se diere que no concurren condiciones idóneas y se fuerza un *momento constituyente* que no se configura como tal.



Debemos convenir, entonces, que el ejercicio ilegítimo de la reforma constitucional, es decir, fuera de los cauces previstos por la propia reforma, puede desembocar en la existencia de normas espurias, o Constituciones ilegítimas, supuesto que podemos asimilar, con suficiencia, a una figura de fraude a la Constitución.

Las normas espurias, como tales, crean problemas de compatibilidad con el espíritu de la Constitución y dan lugar a la acción de ejercicio jurisdiccional contra lo que podríamos denominar, siguiendo a García Toma, un contexto de control necesario de la “inconstitucionalidad de la reforma constitucional”. (2013, p. 539) El supuesto aludido es *sui géneris*, en tanto implica un escenario complejo, pues rompe el supuesto de que toda reforma constitucional, en principio, se entiende y presume compatible con la Constitución.

Hemos ya anotado que puede existir un poder constituyente, premunido del cumplimiento y satisfacción, para su ejercicio, de las premisas de legalidad necesarias para la conducción de la reforma. Y, sin embargo, si se obviarán elementos acotados como un *momento constituyente*, por un lado, y un *sentimiento constitucional*, por otro, además de que ese poder de reforma se ejerciera solo por una voluntad política no compatible con los principios, valores y directrices que debería inspirar una reforma constitucional propiamente dicha, entonces se habilitarían los mecanismos necesarios para una revisión de la reforma constitucional ante un contralor de la Constitución, sea un Tribunal, Corte o Consejo Constitucional, de ser el caso.

Y sobre esto cabe una puntualización objetiva: un órgano contralor de la Constitución se encuentra legitimado para revisar una reforma constitucional, cual fuera su naturaleza, si ocurriere que se demanda jurisdiccionalmente la exigencia de su revisión. Este supuesto se configura en atención a la tesis de zonas no exentas de control constitucional, e incluso hemos de sostener que una reforma constitucional no podría constituir un supuesto de excepción para una revisión de la misma.

Es necesario tener presente, lo afirmamos con convicción, que la irradiación del principio de supremacía constitucional asume una función saneadora, con mayor razón aún respecto a supuestos que podrían configurar, en los términos que venimos exponiendo, o fraude a la Constitución, o en el caso más complejo, de otro tipo de intentos de destrucción de la Constitución.

Por último, una reforma no conducida adecuadamente, adoptada en medio de desviaciones del poder reservado a los poderes constituidos, no puede significar compatibilidad con la Constitución misma, y de ahí la necesaria exigencia de su revisión en sede constitucional.

Se trata, a juicio nuestro, de estándares necesarios en una *democracia constitucional*, y como tales, no hay renuncia a ellos y, por el contrario, una reforma constitucional inadecuadamente conducida, no irradia estabilidad de los derechos fundamentales ni primacía de la Constitución, sino la alteración de estos elementos.



4. La experiencia de Perú: reformas constitucionales una y otra vez

Henriquez nos recuerda los términos de Manuel Vicente Villarán, respecto a la evolución constitucional de Perú, en el sentido de que “somos un país que ha venido haciendo y deshaciendo Constituciones”, para luego afirmar que “somos un país carente de sentimiento constitucional”. (2012, p. 584) Por otro lado, reconoce en la experiencia peruana que, desde la Carta de 1979, la facultad de reforma se amplía al pueblo, con lo cual esta institución adquiere una mayor significación democrática.

No existe un baremo de razonabilidad para afirmar que, a más reformas totales de la Constitución, esto es, a más Constituciones en la historia de un país, más se cumplen los designios de una “voluntad general”. Sin embargo, si ese fuera el caso, pues Perú ostentaría un récord singular: 8 Constituciones en el siglo XIX (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867), y 4 en el siglo XX. (1920, 1933, 1979 y 1993)

El contexto peruano es especial, en la medida que el número considerable de Cartas en el siglo XIX se explica por el surgimiento de caudillismos, fundamentalmente militares, desde los albores de la independencia. Incluso es pertinente anotar que Perú adopta su primera Constitución en 1823, después de que la independencia hubiera sido jurada en 1821, pero es recién en 1824 que, tras las batallas de Junín y Ayacucho contra el ejército realista, que se obtiene la independencia definitiva. Entonces, esa primera Carta Magna es adoptada en el fragor de la lucha aún vigente por la independencia.

Posteriormente, se sucede la dación de diversas Cartas Fundamentales en el marco de búsqueda de una identidad nacional que demoró en consolidarse y que, incluso ahora en el siglo XXI, aún concierne a superar el grave conflicto, como enuncia Flores Galindo (1997, p. 13), de ser nuestro país una República sin ciudadanos, esto es, que una y otra Carta, aun cuando se suceden en el tiempo, no son sino expresión de los gobiernos con un marcado propósito de afianzar una nueva Constitución, pretendiendo una refundación de la patria, una y otra vez, y sin embargo, de otro lado, no existe la consolidación de una ciudadanía fuerte, de aspiraciones comunes y centrada en el desarrollo del país.

Puede aquí, en ese sentido, afianzarse la tesis de una ausencia, como hemos matizado *supra*, de *sentimiento constitucional*, pues a lo antes acotado en cuanto a que no solo basta un denominado *momento constituyente* para la dación de un nuevo bosquejo de los derechos fundamentales, sino que también es necesario ese invocado *sentimiento constitucional*. Y hemos de añadir, permítasenos la licencia, que debe corresponder también, en ese escenario de satisfacción conjunta de esos dos matices, la existencia de un *Volksgeist*, (Alonso, 1978, p. 141) o espíritu del pueblo, tomando las nociones de Hegel, para entender la dimensión de importancia que adquiere la determinación de una nueva Norma Fundamental.

Ese espíritu del pueblo implicaría la continua búsqueda de valores de una nación, una persistente actividad por avanzar en su destino hacia la consolidación real de un Estado de derecho, y ello incluso representa un compromiso axiológico kantiano en el sentido



de cumplir un deber moral. Entonces, un espíritu del pueblo no es tan solo una satisfacción de exigencia literal de existencia formal de instituciones, sino un propósito permanente por encontrar condiciones materiales de existencia para la realización de la vigencia efectiva y plena de los derechos fundamentales, así como del principio de primacía normativa de la Constitución.

Y he aquí una tarea muy compleja, pues cada Carta representa un nuevo conjunto de proposiciones y, sin embargo, al mismo tiempo, hay una exigencia material, insoslayable a juicio nuestro, de que las reformas totales, de ser el caso, se realicen respetando el derecho de las generaciones a conservar los elementos mínimos de preponderancia de un Estado de derecho. Y en ese sentido, no hay garantía de libertades si el cambio se realiza simplemente en aras de una literal “voluntad general”, que en realidad solo podría representar, es un riesgo abierto, la concepción de un grupo de poder u otro estamento anómalo, mas no entenderse como auténtica decisión proveniente de un mandato popular. Desde esa perspectiva, la reforma total puede revestir riesgos que es necesario manejar y, frente a ello, solo queda la preservación de la institucionalidad.

Y son las instituciones de una *democracia constitucional* uno de los frenos de mayor significado frente a los vacíos de poder que representan las reformas sin rumbo; en efecto, a mayor solidez de las instituciones, menor riesgo de exabruptos de cambio en el destino de una nación, y es, en buena cuenta, una institucionalidad fuerte el propósito al que debe aspirar un país. De ahí la importancia de que identifiquemos institucionalidad con la noción de pesos y contrapesos, a fin de que el poder controle al poder, y a efectos de que éste no se desborde.

En otro eje de debate sobre estas mismas ideas, resulta valioso que, como se ha señalado, desde la Carta de 1979 se hubiere reconocido en Perú la propuesta de reforma total de la Constitución también por voluntad popular, específicamente vía un referendo. Sin embargo, aquí hay un matiz importante que anotar: la reforma total de la Constitución no tiene lugar simplemente porque se prevea un referendo para dicho efecto. El pueblo vota por las directrices de cambio, pero en específico, y en el caso de la experiencia peruana, este aspecto es objetivo, pues toda reforma total o parcial se reconduce al Poder Legislativo, en tanto así lo prevé la Carta Fundamental de este país.

Desde esta precisión, invocar una Asamblea Constituyente para objetivar la reforma total de la Constitución, en rigor exigiría el cambio de reforma previsto en el artículo 206 de la Carta Fundamental de 1993. Y no hay forma aquí de configurar mutación constitucional alguna para derivar en otro órgano que no sea el Congreso, la potestad de reforma de la Constitución, habida excepción, por supuesto, de un cambio de reglas generales que se apruebe vía una misma reforma constitucional. Desde ese ítem de enfoque, es importante atenerse a las directrices previstas ya existentes para la variación del procedimiento constitucional pertinente. Y si se ha de modificar ese esquema, se deben cumplir lineamientos necesarios de reforma constitucional parcial de la Norma Fundamental.



En adición a la reforma total que prevé la actual Constitución de Perú de 1993, es de señalarse que también la Constitución de 1828 de este país preveía esta figura. Por tanto, ya existe una posición añeja peruana respecto a la procedencia de esta reforma integral, pero hoy el debate se centra en el cumplimiento, también, además de las exigencias formales, de otras condiciones materiales que sumamos como elementos a ser considerados dentro del supuesto de reforma total.

La STC 014-2002-AI/TC señala, en su fundamento jurídico 35, que el poder de reforma de la Constitución no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado. Esta proposición se asocia con nuestra posición ya antes vertida. El poder constituyente es una variable suprema, pero a su vez, no puede ser ilimitado en el sentido estricto del término. Ese matiz vasto e inacabable, como apreciamos, encuentra ángulos de restricción naturales en el Estado democrático y social de derecho.

Por otro lado, la sentencia acotada, en su fundamento jurídico 38, acota que es una idea falsa y errada que la Constitución pueda considerarse un plan de gobierno. Coincidimos con esta afirmación, en tanto resulta necesario expulsar del ordenamiento y de las democracias contemporáneas, en esencia constitucionales, que los gobiernos llegan al poder para adaptar las Constituciones a su ideario político. Este propósito no se condice con una *democracia constitucional*, en la medida que la voluntad del poder constituyente no es la simple vinculación del poder político a la Constitución, sino, como hemos pretendido reseñar, existe un conjunto de exigencias, tanto formales como materiales, que es ineludible cumplir.

Como otro aporte a considerar, señala la sentencia acotada, en su fundamento jurídico 59, que el poder constituyente, más que una fuerza de creación, es una fuerza de transformación. Aquí existe una vinculación tangible con las exigencias que demanda la realidad de cada país. No pretenderíamos, en estricto, la creación de nuevos derechos, de nuevas regulaciones, de nuevas disposiciones, sino la adaptación de nuestra realidad constitucional, a la transformación, variación y reexpresión de esas fuerzas sociales que conviven en nuestra cultura democrática.

En adición a lo expresado, la misma sentencia, en su fundamento jurídico 79, nos recuerda que, desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial, y que así lo expresaba Karl Schmitt en su "Teoría de la Constitución". Aquí es conveniente resaltar un matiz de interés y es que, en concordancia con las ideas de un Estado democrático y social de derecho, existen valores que no cambian en el tiempo, que son inherentes a una cultura de derechos fundamentales consolidada, y que, al mismo tiempo, identifican los rasgos de una cultura democrática.

Por consiguiente, tales límites, tanto expresos como implícitos, (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76) tienden a no ser objeto de reforma, y se mantienen permanentes en el tiempo, superviviendo en el tiempo y respecto de todos los escenarios en democracia. Desde ese eje de ideas, no podemos ni debemos cambiar los valores basales afianzados de la *democracia constitucional*, pues si no afectamos éstos en el tiempo, entonces deviene cierto el postulado de Schmitt y no podría haber, desde esa perspectiva, una reforma total de la Constitución, sino tan solo reformas parciales. Se reforma así lo accesorio, lo



complementario, lo cotidiano, pero no se modifica ni se retrocede en los valores esenciales de un Estado constitucional.

Ideas a título de conclusión

Hemos abordado en este estudio algunas notas distintivas respecto a la reforma constitucional y los retos que la misma representa desde distintos ejes de la escena contemporánea.

Una primera cuestión a destacar ha sido lo concerniente a la titularidad de la reforma constitucional y si un poder constituyente, como un ente único, extraordinario e ilimitado, es el órgano de rigor para la reforma total de la Constitución. Advertimos que existen límites inmanentes expresados en los valores ancla del Estado de derecho que, aún en el caso de ejercicio pleno del poder constituyente, no deben ser modificados en su contenido, pues sin ellos se vacía el contenido esencial del Estado constitucional.

Desde otro enfoque, consideramos que las reformas de la Constitución solo pueden llevarse a cabo, bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, en lo que denominamos una *democracia constitucional*, esto es, una expresión más acabada del primigenio concepto de Estado de derecho. Y es solo en el marco de esa *democracia constitucional*, y no así en las dictaduras, donde puede realizarse una reforma de la Constitución.

Igualmente, expresamos una posición contraria al originalismo norteamericano, en tanto se trata de una corriente que no sigue la dinámica de la Constitución misma, la cual es evolutiva, cambiante y de variación constante de sus contenidos. Bajo esta pauta, la noción de una denominada *living Constitution* se identifica, de mejor forma, con los postulados y orientación de las Constituciones contemporáneas.

En desarrollo de estas premisas, optamos por la tesis de que las reformas de la Constitución, parciales y totales, son mecanismos compatibles con el Estado democrático y social de derecho, pero a condición, sobre todo en el caso de la reforma total de la Constitución, que existan condiciones mínimas necesarias como un *momento constituyente* y un *sentimiento constitucional*. Incluso agregamos, a modo de propuesta, que el espíritu del pueblo, en su esencia hegeliana, debería apuntar, también, a este sentido trascendente de cambio, dado que la reforma total comprende nuevas reglas esenciales para la convivencia en democracia.

Del mismo modo, identificamos riesgos tangibles en una reforma constitucional inadecuadamente conducida, es decir, si dicho proceso de reforma se lleva a cabo sin las garantías necesarias de un Estado de derecho. Ello nos conduce a dos escenarios: o acaecen fraudes a la Constitución, o en el peor de los escenarios esbozados por Schmitt, tiene lugar la destrucción de la Constitución.

Finalizamos este estudio con un breve enfoque de la experiencia de Perú en reformas constitucionales totales, sobre un balance de 12 Constituciones en dos centurias de existencia desde 1821. En ese rango de ideas, llegamos a la conclusión de que



la previsión peruana otorga titularidad al Congreso para las reformas constitucionales, de acuerdo al artículo 206 de la Carta Fundamental de 1993. Ciertamente las exigencias de cambio pueden ser modificadas, pues si se persigue modificar las reglas, el Derecho constitucional jamás tenderá a petrificarse y, sin embargo, resulta necesario seguir el camino de reforma que enuncia la Norma de Normas peruana. Y si se proponen cambios al procedimiento de reforma, deviene necesario, pues no hay otra opción material al respecto, que se observe seguir el mismo camino de cambios que ordena la Constitución.

La reforma constitucional, por consiguiente, es una vívida expresión de la concepción dinámica de la Constitución y, sin embargo, demanda el cumplimiento de requisitos formales y materiales, pues las Cartas Fundamentales tienden a ser hojas de ruta de un país, conteniendo valores, axiomas y directrices. En caso contrario, el riesgo que enuncia el viejo de Plettenberg, como se le solía denominar a Schmitt por su lugar de origen, podría quedar corto, pues no estaríamos solo frente la destrucción de la Constitución, sino ante un desmoronamiento del sentido, esencia y existencia de una *democracia constitucional*.



Bibliografía

Alonso, M. (1978)

Una nota sobre "el espíritu del pueblo".

file:///C:/Users/usuario/Downloads/075%20RVAP%20Especial%2099-100%20Jimenez.pdf

Aragón, M. (1987)

El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 7. Núm. 19. Enero-abril 1987.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElControlComoElementoInseparableDelConceptoDeConst-79346.pdf

Cairo, O. (2010)

El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Cuaderno de Trabajo N° 17*. Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46737/cuaderno%2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Carpizo, J. (2009)

El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 21-67.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25583.pdf>

Cruz, P. (1989)

Formación y evolución de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Núm. 25. Enero-abril 1989.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-FormacionYEvolucionDeLosDerechosFundamentales-79388%20(1).pdf

Elster, J. (2002)

Ulises desatado: las constituciones como restricciones. En *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002.

Flores, A. (1997)

República sin ciudadanos. En *Fronteras* • No. 1 / Vol. 1.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-RepublicaSinCiudadanos-7138209.pdf

García, D. (2006)

Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, págs. 477-500. UNED.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/8996-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13086-1-10-20130704.pdf

García, V. (2013)

La reforma constitucional en el Perú: implicaciones y retos. En *Athina*. Universidad de Lima.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1170-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4002-1-10-20170315.pdf

González J. (1985)

La Constitución y su reforma. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Núm. 17. Mayo-agosto 1985

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaConstitucionYSuReforma-2019799.pdf

Guastini, R. et al (2011)

Disposición vs norma. En *Postpositivismo y Derecho*. Palestra Editores.

<http://www.parthenon.pe/wp-content/uploads/2017/07/07.-Disposici%C3%B3n-y-norma.pdf>

Heiss, C. (2016)

Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile. En *Revista Anales*, séptima serie. N° 10/2016.

<https://core.ac.uk/download/pdf/46545038.pdf>



Henríquez, H (2012)

Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional. En *Pensamiento Constitucional* Año VI N° 6.
file:///C:/Users/usuario/Downloads/3227-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12151-1-10-20121106.pdf

Hernández, R. (2015)

Reforma constitucional y control de constitucionalidad. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015, pp. 833-850. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n143/v48n143a10.pdf>

Jiménez, R. (2014)

Los frenos del poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales). En *R.V.A.P.* núm. especial 99-100. Mayo-diciembre 2014.
file:///C:/Users/usuario/Downloads/075%20RVAP%20Especial%2099-100%20Jimenez.pdf

Landa, C. (2007)

Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima. Palestra Editores. 1005pp.

Liendo, F. (2015)

La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental? En *FORSETI*, Número 1, 2015
http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_Liendo_-_3.pdf

Ruiperez J. (1992)

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 75. Enero-Mano 1992.
file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AlgunasConsideracionesSobreLaReformaConstitucional-27151.pdf

Zagrebelsky, G (1995)

El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Colección Estructuras y procesos. Serie Derechos. Madrid. Editorial Trotta. 1995. 156pp.



¿QUÉ FALLA EN LA JUSTICIA?¹

Manuel Atienza



Para tratar de encontrar una respuesta a la pregunta de qué falla en la justicia española, me parece que conviene empezar con dos afirmaciones que pueden parecer banales –y que quizás lo sean- pero con las que no siempre contamos.

La primera es que la opinión pública no es un indicio del todo fiable para conocer el estado de salud de una institución. Por ejemplo, la ciudadanía (de acuerdo con la última encuesta de Metroscopia) tiene, en general, una imagen bastante positiva del funcionamiento de la justicia en España (mucho más positiva que del poder legislativo o del ejecutivo); pero dos de cada tres españoles creen que los tribunales reciben presiones de forma permanente, mientras que sólo unos de cada diez jueces afirman haber recibido alguna presión (que, por cierto, fundamentalmente provendría de los medios informativos). La percepción que la mayoría de la gente tiene de la tasa de criminalidad difiere considerablemente de las cifras reales: los delitos –sobre todo, los de carácter violento- han disminuido mucho en los últimos tiempos y, por lo demás, nuestro país es uno de los más seguros en el mundo y en el contexto de Europa occidental. Y -aunque no existan datos sobre ello, pero me temo que esa es la realidad- el corporativismo, la endogamia, la falta de controles efectivos, la burocratización y, en general, el mal funcionamiento institucional es mucho más grave en el caso de las universidades que en el de la administración de justicia, aunque no creo que eso sea percibido así por la opinión pública en España.



La segunda aclaración previa es que la administración de justicia (entendiendo por tal la aplicación judicial del Derecho) es sólo un componente del sistema jurídico en su totalidad. Pues el Derecho no es simplemente lo que hacen (deciden) los jueces, sino que en esa complejísima institución hay que incluir también la actividad de los legisladores, del gobierno y de la administración, de los abogados, de las Facultades de Derecho, de las organizaciones de carácter no público o de los simples particulares. Incluso por lo que hace a la aplicación del Derecho, a la resolución de conflictos con medios jurídicos, una parte muy significativa de ella no está en manos de los jueces: además de la aplicación del Derecho por los órganos de la Administración, los grandes pleitos de carácter económico o financiero, por ejemplo, se resuelven por lo general mediante un arbitraje; y la mediación y la negociación son procedimientos de resolución de conflictos cada vez más utilizados. De manera que los jueces no son ni mucho menos, los únicos “administradores de justicia”.

Dicho lo cual, me apresuro a añadir que, en mi opinión, sí que vivimos en un momento de crisis de la justicia, de la jurisdicción. Pero se trata más bien de un aspecto de una crisis más amplia y que afecta a muchas de nuestras instituciones: a las de carácter educativo, político, jurídico, cultural... Aunque no a todas. La riqueza económica (aunque su

¹ Se trata de un artículo que aparecerá en "El ciervo" y que pone el acento en la necesidad de considerar el contexto social a efectos de comprender qué es lo que falla en la justicia española

distribución diste de ser equitativa) ha aumentado en los últimos tiempos –pongamos, en los últimos 50 años- de manera exponencial. Y otro tanto cabe decir del sistema de producción de conocimiento científico y tecnológico. Quiero decir que la crisis que vivimos (y no sólo en España) afecta fundamentalmente a la organización política –en el sentido amplio de la expresión- de la sociedad.

El problema no es precisamente nuevo y me parece que puede ayudar a entenderlo mejor remontarse a la filosofía griega, concretamente, al Protágoras de Platón. En ese diálogo aparece un mito (me lo ha traído a la memoria la reciente lectura de un libro de García Gual sobre los filósofos cínicos), que aproximadamente viene a decir lo siguiente. Para que pueda desarrollarse una vida civilizada, no basta con el saber técnico, profesional (representado a su vez por el mito de Prometeo, quien habría robado el fuego a los dioses para entregárselo a los hombres). Zeus –nos dice Protágoras- encargó a Hermes que distribuyera a los humanos, asegurándose de que lo recibieran todos ellos, dos cualidades que resultan indispensables para la convivencia: el pudor, la vergüenza o el sentido moral, y el sentido de la justicia. Merece la pena subrayar además que Protágoras usa ese mito para justificar que la virtud política –ser un buen ciudadano- es algo que puede enseñarse (con lo que justificaba de paso su profesión de sofista); o sea, para usar un lenguaje actual, genéticamente tendríamos esa predisposición (como ocurre con el aprendizaje de una lengua), pero para que las virtudes políticas puedan expresarse y florecer tienen que darse también ciertas condiciones de carácter social.



Pues bien, yo creo que lo anterior explica mucho del mal funcionamiento de la justicia española en los últimos tiempos. La paralización –por no decir, la destrucción- de una institución como el Consejo General del Poder Judicial es un ejemplo clamoroso de comportamiento desvergonzado por parte de un determinado partido político, pero conviene ser consciente de que ese atentado al pudor político perpetrado por el PP no habría tenido lugar -o no habría tenido éxito- si los propios miembros del Consejo, el conjunto de la judicatura, los medios de comunicación y la ciudadanía en general hubiesen mostrado una actitud de reproche moral de suficiente intensidad. Y otro ejemplo, esta vez de la falta de sentido de la justicia atribuible a los propios jueces, lo suministra una serie de sentencias dictadas con ocasión de la actual pandemia. La más conocida -también la más nociva y escandalosa- es la del pasado mes de julio, en la que el Tribunal constitucional anuló una serie de disposiciones que limitaban el derecho a la libre circulación para preservar la vida y la salud de la gente. Todos (tanto los jueces –incluidos los firmantes del voto mayoritario- como quienes habían interpuesto el recurso) estaban de acuerdo en que esas medidas habían sido necesarias, pero a la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional les pareció que, a pesar de ello, debían declararlas inconstitucionales, y así lo hicieron. O sea, el Derecho convertido en un instrumento usado para impedir -o, al menos, para dificultar- que se pueda hacer lo que se debe hacer en una situación de emergencia. Y también en este caso, la reacción por parte de la opinión pública (y, en particular, de los juristas profesionales) ha sido débil o inexistente.

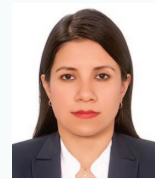
¿Qué se puede hacer para revertir ese estado de cosas? Es muy difícil contestar a esa pregunta, porque las medidas a adoptar no podrían ser únicamente las dirigidas directamente al sistema judicial: para dotarle de más medios, regular mejor la carrera judicial, incrementar la formación de los jueces...Se necesitaría también incidir en la

cultura jurídica y política que rodea a la jurisdicción (en lo que los abogados juegan un papel relevante). Y, sobre todo, en los aspectos más básicos de la organización social. La existencia de grandes desigualdades económicas, la exclusión social o el deterioro del sistema educativo no contribuyen precisamente a generar un clima en el que pueda desarrollarse el sentido de la moral y de la justicia a los que antes me refería. Lo que falla en la justicia, en definitiva, no puede ser muy distinto de lo que falla en el sistema social del que forma parte.



EL MALTRATO COMO FALTA CONTRA LA PERSONA Y SU DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL, APLICADA POR LOS OPERADORES DE JUSTICIA PERUANOS

Sugey Magali Flores Alarcón¹



Resumen: El tratamiento otorgado a la figura del maltrato en el Código Penal de 1991 y las modificaciones realizadas, muestra una descripción normativa ambigua e imprecisa, que ha determinado su uso indiscriminado.

Palabras claves: Maltrato, físico, psicológico, humillar, denigrar, menospreciar.

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes y el tipo penal vigente. 3. Tipo penal. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El ordenamiento penal peruano divide las conductas sancionables por el derecho en delitos y faltas, que, si bien el Estado tiene la capacidad sancionadora, en esa línea aparece el concepto de la “gravedad” de la acción, cuando la exposición en riesgo de bienes jurídicos tutelados es leve, nos ubicamos ante lo que denominamos las faltas. En atención a ello, las faltas contra la persona se presentan por una acción, calificado por la ley en razón a su gravedad; y es así que el artículo 441 del Código Penal, señala las denominadas lesiones dolosas o culposas que para ser calificada como falta no deben exceder los diez días de incapacidad laboral o descanso médico.

Asimismo, se encuentra la figura del maltrato tipificado desde la dación del Código Penal de 1991 en el artículo 442 del Código Penal. Esta figura se caracteriza por actos que no originan lesión, como por ejemplo arrojar objetos o golpear sin causar daño, hechos que resulta muy difíciles de probar. Este tipo penal ha sufrido modificaciones, la primera, fue con el Decreto Legislativo N° 1323 –Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género de fecha seis de enero del dos mil diecisiete; la segunda, fue la realizada con la Ley N.° 30819 – Ley que modifica el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes de fecha trece de julio de dos mil

¹ Abogada y Magister por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

dieciocho, que establece: *“El que maltrata a otro físico o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas. La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando: a. La víctima es menor de edad o adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación. (...)”*.

Del citado dispositivo se extrae que la figura del maltrato implicaría formas de agresión tanto física o psicológica de menor intensidad; la dificultad radica en que estas agresiones no provocan daños; además incluye, humillaciones, denigraciones o menosprecios de modo reiterado. El agresor puede utilizar expresiones que afecten el honor, la imagen, la dignidad de la víctima, por lo que en algunas ocasiones se confunde con el delito de injuria; reflejando la **existencia de diversas definiciones** que puedan presentar al momento de la interpretación.

En efecto, la identificación de la figura del maltrato es muy rica en sus descripciones típicas, lo que no significa que tenga una eficiente técnica legislativa, sino por el contrario muestra con ello una **deficiente regulación legal** al momento de tipificar la conducta como maltrato.

En así que, la tipificación del maltrato y su aplicación práctica evidencian la necesidad de colocar límites, principalmente definir qué situaciones deben estar comprendidas en esta figura que, al no causar un daño físico o psicológico, se convierte en una conducta de mera actividad o de resultado, y lo más importante, de qué manera podrá acreditarse si la norma exige que la conducta reprochada no cause lesión. Por lo que, pretendo es desarrollar algunas precisiones para delimitar mejor este tipo penal.

2. Antecedentes y título penal vigente

La falta contra la persona en la modalidad de maltrato está regulada actualmente en el artículo 442 del Código Penal, se encuentra tipificado desde la vigencia de dicho Código. En su texto original se establecía la denominación de *“Maltrato de obra”* y su texto señalaba: *“El que maltrata de obra a otro, sin causarle lesión, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.*



Cuando el agente es cónyuge o concubino la pena será de prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas o de treinta a sesenta días-multa”.

Por otro lado, la Ley 26260, *Ley de Protección frente a la Violencia Familiar* regulaba el **maltrato sin lesión**, como lo estipula el artículo 2, señalaba, que la violencia familiar es entendida como cualquier acción u omisión que cause un daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, incluso la amenaza o coacción graves, que se hayan generado entre: cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, etc.

No obstante, mediante Ley 30364, *Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*, deroga la Ley N.º 26260 hace una referencia al maltrato de manera breve en sus artículos 5 y 8 respecto de la definición y tipos de violencia.

Por otro lado, el **D. Leg. 1323**, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género de fecha seis de enero de dos mil diecisiete, modifica diversos artículos del código penal entre ellos, el artículo 442 maltrato, quedando el siguiente texto: *“El que maltrata a otro físico o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas. La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando: a. La víctima es menor de edad o adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación. b) La víctima es el padrastro, madrastra, ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción, o segundo grado de afinidad, habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1,2 y3 del primer párrafo del artículo 108-B. c) Mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.”*

Conforme se advierte, desde su versión original y su modificatoria, la figura del maltrato mantiene en su tipo base el término *sin lesión*; no obstante, agrega sus diversas modalidades como maltrato físico, psicológico, acciones de humillar, denigrar o menospreciar de modo reiterado, así como también aumenta el número agravantes, que inicialmente refería solo cuando el agente es cónyuge o concubino, incrementado cuando la víctima es menor de edad, adulta mayor, padrastro, madrastra, etc. y finalmente si la víctima, mantiene cualquier tipo de relación laboral, dependencia o subordinación.

Mediante la **Ley N.º 30819**, que modifica el código penal y el código de los niños y adolescentes de fecha trece de julio de dos mil dieciocho se vuelve a introducir modificaciones en el artículo 442 sobre el maltrato, quedando el texto de la siguiente manera: *“El que maltrata a otro física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas.*



La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando:

- a. La víctima es menor de edad o adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación.*
- b. La víctima es cónyuge; excónyuge; conviviente; exconviviente; padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o afinidad; pariente colateral del cónyuge y conviviente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es con quien se ha procreado hijos en común, independientemente de que se conviva o no al momento de producirse los actos de violencia, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.*
- c. Si la víctima tiene un contrato de locación de servicios, una relación laboral o presta servicios como trabajador del hogar, o tiene un vínculo con el agente de dependencia, de autoridad o vigilancia en un hospital, asilo u otro establecimiento similar donde la víctima se halle detenida o recluida o interna, asimismo si es dependiente o está subordinada de cualquier forma al agente o, por su condición, el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio, o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar en él su confianza o si la víctima se encontraba bajo el cuidado o responsabilidad del agente.*
- d. Si la víctima es integrante de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrado del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular o servidor civil, y es lesionada en ejercicio de sus funciones o a consecuencia de ellas.*
- e. Si la víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.*
- f. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.*
- g. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas”.*



Con esta última modificación realizada al artículo 442 del código penal, se advierte en el aumento del número de agravantes situación que pone de manifiesto la gran necesidad del legislador de proteger a las víctimas de violencia.

3. Tipo penal

Actualmente, una de las formas de política criminal desarrolladas, a fin de contrarrestar el feminicidio, la violencia familiar y de género ha originado reformas en nuestro ordenamiento jurídico penal, siendo una de ellas la falta contra la persona en la modalidad de maltrato, regulada en el artículo 442 del código penal, referido a actos que no causan lesión, ya sea físico o psicológico, o en forma de humillaciones, denigraciones o menosprecios de modo reiterado acciones que resultan muy difícil de probar en la práctica.

El maltrato en sus diferentes modalidades presenta un primer supuesto de maltrato físico, entendiéndose como una conducta lesiva de la persona humana, de menor intensidad en lo previsto en el artículo 441- Lesiones dolosas del código penal, la figura del maltrato fue tipificado primigeniamente como maltrato de obra. Como segundo supuesto, el maltrato psicológico, y un tercer supuesto que estaría comprendido por los términos de humillar, denigrar, y finalmente el menospreciar de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico. Machuca, sostiene que, la figura del maltrato regulada en el artículo 442. ° del código penal:

Se determina por acciones que no generan lesión; como formas de agresión psicológica, como insultos frecuentes, acciones u omisiones que disminuyen el honor o dignidad de la víctima. Por consiguiente, resulta difícil de probar dado que las lesiones psicológicas solo son ser determinados por un examen especializado. (Machuca, 2011, p.29)

3.1. Maltrato físico

La figura de la modalidad de maltrato físico es una conducta que por acción u omisión intencional o no, ocasiona un perjuicio. Para la Real Academia Española (RAE), el maltrato es la “*acción y efecto de maltratar*” y el verbo maltratar, lo define como: “Tratar con crueldad, dureza y desconsideración a una persona o aun animal, o no darle los cuidados que necesita”.

De acuerdo con Peña, afirma que el maltrato físico, es: “(...) una conducta también lesiva de la persona humana, de una intensidad menor a la prevista en el art. 441 (in fine) denominada “lesión dolosa y lesión culposa” (2018, p.26).



En esa misma línea (Echeburúa, et al, 2001) manifiestan que la violencia reviste varias modalidades, como el maltrato físico, entre las conductas implicadas tenemos los puñetazos, golpes, patadas, amagos de estrangulamiento, etc, expresión de un abuso físico. (p.168).

Por su parte, Armando Rey, describe como: *“Cualquier acto dirigido al cuerpo de la persona, que produce daño o dolor sobre la misma (golpes, patadas, cachetadas, pellizcos, intento de estrangulamiento, etc.)*. Ejemplos: *“Le arrojó un objeto en un momento de conflicto”, “Le apretó fuerte con la intención de lastimarla(lo)”*. En Scielo.org. *“Acta colombiana de Psicología”*. Colombia: Bogotá, 2009. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-91552009000200003 [consultado el 07 de febrero 2022].

La Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y en otros casos de violencia del Ministerio Público, define al maltrato físico como: *“Cualquier acción no accidental por parte de los padres/tutores que provoque daño físico o enfermedad en el niño o le coloque en grave de riesgo de padecerlo”*, delimitando como indicadores a magulladuras o moretones en el rostro, labios entre otros-, quemaduras con formas definidas con objetos concretos, fracturas y torceduras; entre otros. (2016, p.78)

En la Jurisprudencia, se encuentra la Casación N° 3287-2017-Piura, en donde señala: *“(…) lo cual corrobora con la declaración a nivel policial (....)en la que señala que al advertir que su esposo había apretado a su menor hija, ella de cólera le propinó un manazo y al ser respondida por éste con otro y él hizo lo propio con golpes de puño en la pierna acompañado de insultos, para luego retractarse en la Audiencia Única señalando que no hubo agresión; sin embargo, ello no desvirtúa los hechos que originaron el proceso de Violencia Familiar en la modalidad de maltrato físico sin lesión atribuida a los demandados (...)[f. Sexto]*

Así también, en la Casación N° 4475- 2016- Lima, describe: *“(…) Por lo demás, en aquellos casos en que el único medio de prueba es la declaración testimonial de la víctima por ser el único testigo, esta tiene la calidad de prueba válida de cargo, suficiente para enervar lo señalado por el denunciado, siempre que cuente con elementos suficientes de certeza, de igual manera el Certificado Médico Legal, cobra especial transcendencia en este tipo de procesos, siempre que a lo largo del proceso se presenten corroboraciones periféricas, respecto a los daños sufridos, tanto físicos como psicológicos” [F. Décimo]*

A partir de lo señalado anteriormente, considero que la figura del maltrato físico se constituirá por una acción menor que no debe causar lesión, conforme lo refiere el código penal y la doctrina, el sujeto pasivo será cualquier persona. Además, es necesario precisar que la primera herramienta de consulta que cuentan los operadores jurídicos, es la Guía de Evaluación Psicológica, la que



conceptualiza al maltrato como cualquier acción no accidental pero que la misma se da en los niños; empero, el Código Penal, lo señala como agravante, cuando la víctima es menor de edad; esta situación supondría una aparente contradicción entre el código penal y la guía.

Así pues, la contradicción que presenta no impide que se concluya que la figura del maltrato en su modalidad físico, sea en un niño (a), joven, adulto, adulto mayor, son acciones mínimas que no causan lesión y que en la práctica es muy difícil de probar, será la versión de la víctima la que permita concluir una acción de maltrato físico.

Bajo lo antes desarrollado, el certificado médico legal no debe concluir en prescripción facultativa porque de presentar, debe ser considerada como una falta contra la persona; por lo que la prueba se basará únicamente en la declaración de la presunta víctima como también testigos que puedan corroborar lo dicho por la víctima.

3.2. Maltrato psicológico

La descripción de la figura del maltrato psicológica nos dirige al ámbito de la psicología, la misma que se encarga de estudiar la conducta humana y no menos los procesos mentales.

La Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y en otros casos de violencia, define como: *“Hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, y constante bloqueo de iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar”*.

Otra manifestación de la violencia, es el maltrato psicológico, que está reflejado por diferentes actitudes por parte del maltratador, como la hostilidad, en forma de reproches, insultos y amenazas; desvalorización, como el desprecio, del propio cuerpo de la víctima; la indiferencia, que representa la falta de cuidado a las necesidades afectivas y estados de ánimos de la mujer. (Echeburúa, Amor, Paz de Corral Sarasua, Zubizarreta, 2001, p. 168).

Gómez de Terreros, señala que el maltrato psicológico es una expresión que se usa simultáneamente a otros términos como maltrato emocional, abuso emocional o psicológico, considerándose como: *“la forma más esquivada y dañina de maltrato en la infancia”*, simbolizando *“el papel central y el factor más destructivo de cualquier forma de maltrato”*. (p. 104)

Por su parte, (Hernández, et al), definen al maltrato psicológico, como comportamientos enfocados a ocasionar un menoscabo en la víctima de difícil identificación, porque al no tratarse de menoscabos o lesiones físicas, no dejan huellas visibles en la víctima.



En ese mismo sentido, Bueno desarrolla una importante precisión al respecto, la expresión maltrato psicológico, acuñado en contraste al maltrato físico, llevan graves consecuencias tanto a nivel de investigación, intervención y legislación, en razón que se puede dar maltrato psicológico sin maltrato físico, pero no sucede a la inversa: si se presenta maltrato físico, casi siempre hay daño psicológico. (p. 84)

(Garbarino, et al. 1989), el maltrato psicológico lo define como “una agresión por parte de un adulto en el desarrollo de la personalidad y socialización del niño por medio de un modelo de conducta psicológicamente destructiva, la cual se exterioriza de cinco formas: rechazar, aislar, aterrorizar, ignorar y corromper. (p.8).

Para Martos, el maltrato psicológico presenta un aspecto activo, caracterizado por un comportamiento humillante y perenne que ataca la dignidad de la persona y un pasivo, que radica en la falta de cuidado a la víctima cuando esta depende del agresor. (2008, p.45)

Así también, la *American Professional Society on the Abuse of Children*, señala que, el maltrato psicológico representa un patrón continuo del comportamiento del cuidador, o suceso que trasmite al infante que es insignificante, que no es amado, o que está en riesgo su vida si no realiza determinadas conductas. Se incluyen ejemplos como: Cuando se dan de manera grave y continuada, los siguientes comportamientos constituyen maltrato psicológico: 1) Rechazar (minusvalorando, degradando, avergonzando o ridiculizando al niño; discriminando mediante la crítica o el castigo, humillando al niño en público), 2) Aterrorizar (mediante acciones que pongan en peligro su vida; no haciéndole sentirse a salvo, creándole falsas expectativas mediante amenazas de peligro, de pérdida o de dolor si no cumple; amenazando o actuando violentamente sobre aquellos objetos o personas que el niño quiere), 3) Explorar o corromper fomentando en el menor, desarrollo de conductas inadecuadas (imitando, permitiendo o fomentando conductas antisociales o inapropiadas para su estadio del desarrollo; fomentando u obligando abandonar conductas autónomas apropiadas para su desarrollo, restringiendo o interfiriendo en el desarrollo cognitivo del niño), 4) Negar respuestas emocionales (ignorando o negándose a mostrar afecto, cuidado y amor al niño), 5) Rechazar (evitando o alejando al niño), 6) Aislar (recluyendo, estableciendo limitaciones poco razonables a la libertad de movimiento o a las interacciones sociales), 7) Desempeñar la paternidad de forma inconsciente (mediante demandas contradictorias y ambivalentes), 8) Descuidar la salud física, mental y las necesidades formativas (ignorando, impidiendo o no llevando a cabo los tratamientos o acudiendo a los servicios que atienden las necesidades o dificultades emocionales, comportamentales, físicas o educativas), 9) Que un niño sea testigo de violencia con el cónyuge (violencia doméstica). (Gómez, 1995, p. 109)



Así también, la American Academy of Pediatrics, refiere al maltrato psicológico, como pauta repetitiva de interacciones dañinas entre un/los padres/s y el niño de manera que se convierte en la forma habitual de relación; en algunas situaciones el patrón es crónico y dominante; y en otras, ocurre bajo los efectos del alcohol o por otros factores. Una forma de presentarse es cuando una persona transmite a un niño que es despreciable, que está lleno de defectos, que no es amado, que está en peligro, o solo sirve para atender a sus necesidades, el maltratador desprecia, aterroriza, asila, ignora o impedir la socialización del niño. (Gómez, 2000, p.110).

Por su parte, Peña menciona que el maltrato...de orden psicológico, un plano de la personalidad humana merecedor también de tutela punitiva (...). Lo psicológico hace alusión a aquella esfera emotiva, interna, aquel plano muy interno de la personalidad humana cuya afectación puede provocar secuelas muy graves en la personalidad de la víctima, tanto en el desarrollo mismo de dicho plano del ser humano como en sus relaciones con otros congéneres.

En el ámbito de la jurisprudencia local tenemos la Casación N.º 931-2016/Cusco, en donde se señala que: “Este Tribunal Supremo considera que la Sala de mérito ha considerado que el Colegiado ha equiparado las categorías de maltrato emocional con las de maltrato psicológico indicando que la primera no constituye un matiz de la segunda; no obstante, también indica que el maltrato emocional, concluido por la pericia psicológica, representa un estado emocional temporal que no puede ser considerado como maltrato psicológico” (f. 8).

Figura también la Casación N.º 2215-2017/Del Santa, concluye que, el maltrato psicológico debe ser acreditado con el dicho de la presunta víctima y el informe psicológico practicado.

Así también, en la Casación N.º 1873-2015-Lima, se indicó: “De igual modo, también concluyen en la existencia de Violencia Familiar en la modalidad de Maltrato Psicológico, sobre el fundamento de las versiones coincidentes entre ambas partes y las denuncias policiales que corren en autos, en el sentido de que continúan sus diferencias como producto de su separación, empero, tampoco resulta del todo razonable menos aún que se afirme en la sentencia de vista que de parte del presunto agresor existe manifestación de control y sometimiento sobre la denunciante, cuando según fluye de las denuncias policiales, el demandado procedió a dejar constancia de lo acontecido en su momento” (F. 9)

En tal sentido, de todo lo esbozado hasta aquí y de la literatura, concluimos que el maltrato psicológico es una conducta que lo que se pretende es causar daño a la esfera interna de la víctima, la gran mayoría de autores psicólogos, conceptualicen que es un ataque realizado por un adulto sobre el desarrollo de la personalidad de un menor por medio de un modelo de conducta psicológicamente destructivo y se exterioriza a través de cinco formas: rechazar, aislar aterrorizas, desconocer y



corromper; autores como Hernández, Magro, Cuéllar y Amor, Echeburúa, Paz de Corral Sarsua Zubizarreta, refieren que la conducta de causar daño se dirige a la víctima, por su parte la Guía de Evaluación Psicológica Forense del Ministerio Público, también refiere que el maltrato psicológico se presenta en los niños.

En tal sentido, el artículo 442 del código penal, señala como agravante el literal a “*La víctima es menor de edad ...*”; entonces, surge la siguiente interrogante *¿qué es lo que pretendió el legislador al tipificar expresamente el maltrato psicológico y posteriormente señalarlo como agravante cuando este es menor de edad?* ¿Existiría una aparente contradicción entre la guía y la norma penal?

La respuesta es, debido a que existe un problema de definición del concepto del maltrato psicológico que pese a los años de investigación en el área de psicología no se logra conceptualizar y ello se puede observar de los diversos conceptos que se presentan. Ahora, lo señalado en el artículo 442 del Código Penal es la muestra de ello; sin embargo, teniendo la descripción del tipo base y al desarrollo de la literatura, entendemos que lo que pretendió el legislador, es conceptualizar al maltrato psicológico, que la víctima podría ser cualquier persona; sin embargo, esta se agravará cuando esta sea menor de edad o adulta mayor; toda vez que dichas precisiones normativas fueron dadas con el objetivo de proteger de forma segura a los personas vulnerables de violencia familiar.

Las diferentes definiciones muestra el conflicto para su identificación, denuncia o prevención; considero que para examinar el maltrato psicológico, se debería considerar si los hechos descritos en la denuncia, presenta acorde a las afirmaciones dada por la víctima, además la pericia o informe psicológico practicados, la misma que no debe concluir en una afectación psicológica, de lo contrario no reconduciremos al artículo 122- B del Código Penal – Agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar en su figura de violencia psicológica. Incorporado a ello, en el maltrato psicológico, la declaración de la víctima, la misma que debe ser verosímil, persistencia en la incriminación, sin contradicciones ni ambigüedades, así como con corroboraciones periféricas de carácter objetivo.

Finalmente, es necesario precisar la jurisprudencia dada, tanto por maltrato físico y psicológico, fue desarrollada por las Salas Civiles de la Corte Suprema, por hechos que se desarrollaban por la Ley N.º 26260- Ley de Protección frente a la Violencia Familiar; a cargo del Juzgado de Familia Especializados, tal es así que, en el plano físico por ejemplo, se señala que el Certificado Médico Legal importante en este tipo de procesos, siempre y cuando se presenten corroboraciones periféricas, por los menoscabos sufridos de forma físico. Por su parte en el plano psicológico, se valora la versión de las partes, y la cual debe ser corroborado con la pericia o el informe psicológico practicado.



Por último, con el Decreto Legislativo 1323 y la Ley 30819, los hechos de maltrato ahora están a cargo de los Juzgado de Paz Letrado en materia penal, los mismos que tiene como criterios valorar la versión de la víctima conforme a las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N.º02 – 2005/CJ-2016, valorando además la pericia o informe psicológico, los mismos que no deben concluir con afectación psicológica o daño psíquico.

3.3. Humillar, denigrar o menosprecio reiterado.

Definimos “Humillar”, pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo. Real Academia de la Lengua Española (RAE). Entiéndase como, un contexto en que una persona es sometida a tratos humillantes.

Denigrar, se define como: Deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien y menospreciar. Tener a alguien o algo en menos de lo que merece. Real Academia de la Lengua Española (RAE). Por lo que refiere a situaciones en forma de menoscabos, ofensas; desvalorización, que supone un desprecio, falta total de atención a las necesidades afectivas y estados de ánimo de la víctima”

Peña, señala que: La denigración ha de importar determinados actos de escaso o dígame mínima entidad antijurídica, que han de resultar ofensivos para la víctima, no pueden implicar conductas mínimamente que causen una afectación a la integridad física o fisiológica del sujeto pasivo, pues de ser así la calificación jurídico penal ha de conducirse al tipo legal comprendido en el art. 441 in fine del CP. (2018, p. 128).

De igual manera, el menosprecio se expresa a través de las palabras, por vía oral, gesticulaciones o vías de hecho, que, al resultar afectado el honor y la integridad personal del ofendido, la tipicidad penal podría ser conducido por el delito de injuria.

En esta línea, el uso de humillar, denigrar o menospreciar de modo reiterado, incluye a cualquier persona, que constituirán por términos vejatorios que desvaloren a las personas y que esta se produzca de forma habitual, y a pesar de ello no genere ningún tipo de afectación psicológica o daño psíquico, de lo contrario se reconduciría por el delito de agresiones de violencia.

En relación a los supuestos de humillar, denigrar o menospreciar de modo reiterado, surge la siguiente interrogante: *¿qué términos podrían considerarse para ser tipificados como maltrato?* Con la experiencia laboral en este tipo de procesos, se ha advertido un gran número de ingresos de denuncias de maltrato remitidos por la policía judicial, juzgados y fiscalías con especialidad de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, por hechos referidos a la agresión verbal, insultos u ofensas entre las partes involucradas, adjuntándose para ello la pericia psicológica en las que no se concluye ni



afectación psicológica ni daño psíquico y son remitidos a fin de ser tramitados como maltrato; por lo que a fin de ser calificados, se verifica los hechos denunciados, se analiza la pericia o informe psicológico, si lo descrito en ella guarda relación con los hechos materia de denuncia y finalmente en audiencia única, se recibe la declaración de la víctima a fin de ser valorados, con otros medios probatorios periféricos que pudiera presentar la partes en el proceso.

Ahora bien, después de lo anteriormente señalado, considero que el maltrato en su modalidad de humillar, denigrar o menospreciar de modo reiterado, se constituirán por expresiones que van en contra de la dignidad de una persona, así también dichas expresiones podrían encajar dentro del maltrato psicológico, por lo que resultaría difícil de diferenciar entre uno y otro.

Finalmente, es necesario indicar que el Acuerdo Plenario N.º 02-2016/CJ-2016, en su fundamento 43, señala que: “Es de anotar que cualquiera de los tres supuestos del segundo párrafo del art. 442 se configurarán excluyendo los que atañen al art. 122-B y al 441 el CP, lo que reclama un ejercicio depurativo para la determinación oportuna de lo que compete al ámbito de la justicia ordinaria y de la justicia de paz”.

4. Conclusiones

- Las modificaciones de la falta contra la persona en la figura del maltrato, con el Decreto Legislativo 1323 y Ley 30819, tuvieron como punto de partida, una forma de política criminal de hacer frente a la violencia familiar, de género y el feminicidio. No obstante, a ello, se advierte una deficiente técnica legislativa por la construcción imprecisa, términos abundantes y terminología empleada confusa.
- Se han ampliado las modalidades de maltrato físico, psicológico, en las acciones de humillar, denigrar, menospreciar; sin embargo, es tema poco desarrollado, lo que ha originado un escaso entendimiento y valoración por los operadores jurídicos, por lo que subsumir un hecho de una forma lesiva mínima, será muy complicado determinar.
- Considero que, para las diferentes modalidades de maltrato físico, psicológico, las acciones de humillación, denigración y menosprecio; las mismas deben deberán catalogadas con más de una acción para ser consideradas como tal, por lo que no es equiparable que en un solo acto se constituya en una falta, teniendo como punto de partida el derecho penal de última ratio.
- Desde esta perspectiva, el maltrato no requiere lesión o daño psicológico, es entonces, que se debe analizar cada caso en concreto, se requerirá del certificado médico legal, pericia o



informe psicológico, advertir que esta no generan ningún tipo de incapacidad, afectación psicológica o daño psíquico; y como parte de un proceso penal, la valoración de la declaración de la víctima debe verificarse conforme a las garantías de certezas plasmadas en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005, asimismo debe existir otros medios probatorios, siempre que se denote la intención de causar daño físico o psicológico o humillar denigrar; no obstante, no generar lesión.



Referencias Bibliográficas

- Bueno, A. (1997). El Maltrato Psicológico/Emocional Como Expresión De Violencia Hacia La Infancia". En Google Académico.
<https://revistas.uned.es/index.php/RPPC/article/view/3913/3768>.
- Echeburúa, E; Amor, P; De Corral, P; Sarasúa, B; Zubizarreta, I. (2001). Maltrato Físico y Maltrato Psicológico en mujeres víctimas de violencia en el hogar: Un estudio comparativo. En Google Académico.
<https://revistas.uned.es/index.php/RPPC/article/view/3913/3768>
- Gómez De Terreros, M. (2006). "Maltrato Psicológico". En Google Académico.
<https://revistas.uned.es/index.php/RPPC/article/view/3913/3768>
- Machuca, C, (2011), "Faltas contra la integridad física y el patrimonio", Editorial Gaceta Jurídica.
- Peña, A.R., (2018), "Las Faltas en el Código Penal", Editorial: Pacífico Editores SAC.
- Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y en otros casos de violencia del Ministerio Público.
- Hernández, Magro y Cuéllar. El maltrato psicológico, causas, consecuencia y criterios jurisprudencia. El problema probatorio.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/46929/1/2014_Hernandez-Ramos_etal_Aequitas.pdf
- Martos, A. (2008). Cómo detectar la violencia psicológica (Vol. 2). Madrid: Milenio.



Normas Legales y Jurisprudencia

- Decreto Legislativo N.º 1323, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género (06.01.2017)
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-fortalece-la-lucha-contra-el-feminic-decreto-legislativo-n-1323-1471010-2/>
- Ley N.º 30819, Ley que modifica el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes (13.07.2018)
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-los-ninos-y-ley-n-30819-1669642-1/>
- Ley 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (08.12.1993)
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26260.pdf>
- Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. (22.11.2015)
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>

Jurisprudencia

Casación N.º 3287-2017 (Piura). (01 de junio de 2018). Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria.

<https://lpderecho.pe/violencia-familiar-retractacion-audiencia-unica-no-desvirtua-hechos-casacion-3287-2017-piura/>

Casación N.º 4475- 2016 (Lima). (siete de mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente.

https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Casaci%C3%B3n%20N%C2%BA4475-2016-LIMA_LALEY.pdf

Casación N.º 2215-2017 (Del Santa). (08 de noviembre de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-2215-2017-Del-Santa-Legis.pe_.pdf

Casación N.º 1873-2015 (Lima). (22 de abril de 2016). Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria.

<https://lpderecho.pe/casacion-1873-2015-lima-valoracion-integral-pericia-psicologica-proceso-violencia-familiar/>



LOS PADRES DE FAMILIA COMO RESPONSABLES SECUNDARIOS DE LA VIOLENCIA EJERCIDA CON EL BULLYING RESPECTO A LOS HIJOS MENORES DE EDAD

José Leonides Agip Vásquez¹



Sumario: Introducción. 1. Realidad actual. 2. La corresponsabilidad civil y penal de los padres en los casos de Bullying. 3. Normativa existe. 4. Alternativa de solución. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen:

El presente artículo describe la realidad del Bullying en el Perú, analizando casos concretos en los cuales algunos estudiantes fueron agredidos por sus compañeros de clase. Mirando a las legislaciones internacionales se propone la regulación de la corresponsabilidad o responsabilidad secundaria de los padres por las agresiones que cometan los hijos, ya que los hijos son el reflejo de los padres. Las agresiones en la escuela es la observada en el hogar, siendo los padres responsables de la crianza y la inculcación de valores.

Palabras clave: Bullying, Corresponsabilidad, responsabilidad secundaria, Discriminación

Abstract:

This article describes the reality of bullying in Peru, analyzing specific cases in which some students were attacked by their classmates. Looking at international legislation, the regulation of the co-responsibility or secondary responsibility of the parents for the aggressions committed by the children is proposed, since the children are the reflection of the parents. Aggressions at school are those observed at home, with parents being responsible for raising and instilling values.

Keywords: Bullying, Co-responsibility, secondary responsibility, Discrimination

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Auxiliar Administrativo en el Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.



Introducción:

La lucha contra la violencia es una pandemia mundial, los Estados han aprobado un sin número de normas a favor de los niños, niñas, adolescentes y mujeres; se ha considerado al hogar como el principal lugar en el que ocurren este tipo de agresiones.

En el presente trabajo aborda, el problema de la violencia ejercida por los estudiantes en un centro de estudios, llamado Bullying, el mismo que en todos los ámbitos implica restricción del goce de derechos de las víctimas, violación de leyes y convenciones sobre derechos.

Luego teniendo en cuenta que la familia es el primer lugar en donde se aprenden valores, costumbres, hábitos, etc., viene a ser también determinante para que los niños y adolescentes se comporten de una manera u otra en la escuela. Resultando por lo tanto responsables por los actos de los hijos, ya que son los padres los primeros obligados de inculcar valores con el ejemplo.



1. Realidad actual:

En el mundo se viven tiempos violentos, ocasionados por factores sociales, económicos, culturales, religiosos, etc.; la violencia contra los niños, adolescentes y mujeres ocurridos en el hogar, no son los únicos problemas a enfrentar y erradicar, se suma a ello la violencia ocurrida en los colegios, que en la mayoría de los casos es la misma violencia que ocurre en el hogar, siendo trasladada por los menores para ejercerla contra sus compañeros de aula.

Las recientes planas de los periódicos, medios de comunicación y redes sociales, muestran la violencia en los colegios de todos los niveles en el Perú.

En el mes de mayo del presente año, ocurrió algo lamentable en un colegio en Lima, en el Colegio Víctor Raúl Haya de la Torre del distrito de Puente Piedra, en el cual un menor de nacionalidad venezolana de once años de edad, fue víctima de Bullying por parte de sus compañeros de clase, quienes cegados por sentimientos de odio por origen extranjero fue golpeado en la cabeza de manera brutal, provocándole traumatismos y derrames cerebrales. Es de interpretarse que los sentimientos de superioridad materializados en la violencia son inseguridades y carencias de afecto de los que

son víctima los niños y adolescentes en sus hogares, o la práctica de la violencia que observan dentro de la familia.²

Caso parecido ocurrió en el mes de junio en el Colegio Nacional de San José en Chiclayo, mediante un video difundido por las redes sociales se observa que adolescentes se agreden mutuamente dentro del plantel. Además de la investigación que se realizarán, el psicólogo del Equipo de Convivencia de la UGEL Chiclayo indicó que los adolescentes involucrados no serán sancionados porque esta clase de castigo solo genera resentimiento y no un cambio, sino que se buscara enmendar dichas conductas con compromisos que incluiría a los tutores y padres de familia³

En el mismo mes, en la región Piura, específicamente en el Colegio Pamer, ocurrió una agresión grupal en contra de un menor, provocándole que quede inconsciente, ante dichas agresiones la institución decidió la no separación de los menores agresores, priorizando su derecho a la educación, citando solamente a los padres para comprometerlos a que reciban terapias grupales. Teniendo en cuenta que la Fiscalía de Familia inició una investigación de oficio, por su parte el INDECOPI realiza las indagaciones a fin de determinar alguna responsabilidad administrativa.⁴

Pero el caso que merece ser analizado con mayor detenimiento, el caso de Bullying ocurrido en el año 2013 en el Colegio Salesiano del Cusco, las agresiones consistían en hostigamiento, intimidación y maltrato; los agresores le obligaban a la víctima a tener conductas irrespetuosas con los profesores, lo quitaban el refrigerio, lo golpeaban, lo empujaban e insultaban. Dicho caso dio origen a la primera sentencia en materia de Bullying en el Perú, desde la entrada en vigencia de la Ley 29719, han tenido que pasar 10 años para que el Poder Judicial emita la primera sentencia en materia de Bullying en el Perú, el Expediente N° 000147-2012-0-1001-JR-FT-03, determinando la responsabilidad del director y dos docentes del Colegio Salesiano del Cusco “por no prevenir ni corregir la reiterada agresión que sufrió un menor”, responsabilizándolos además el pago de una indemnización de S/10 000, además de una multa de S/3700. Como es de observarse dicha sentencia aplica la norma de una manera desproporcionada, ya solo se ha buscado responsabilizar a las



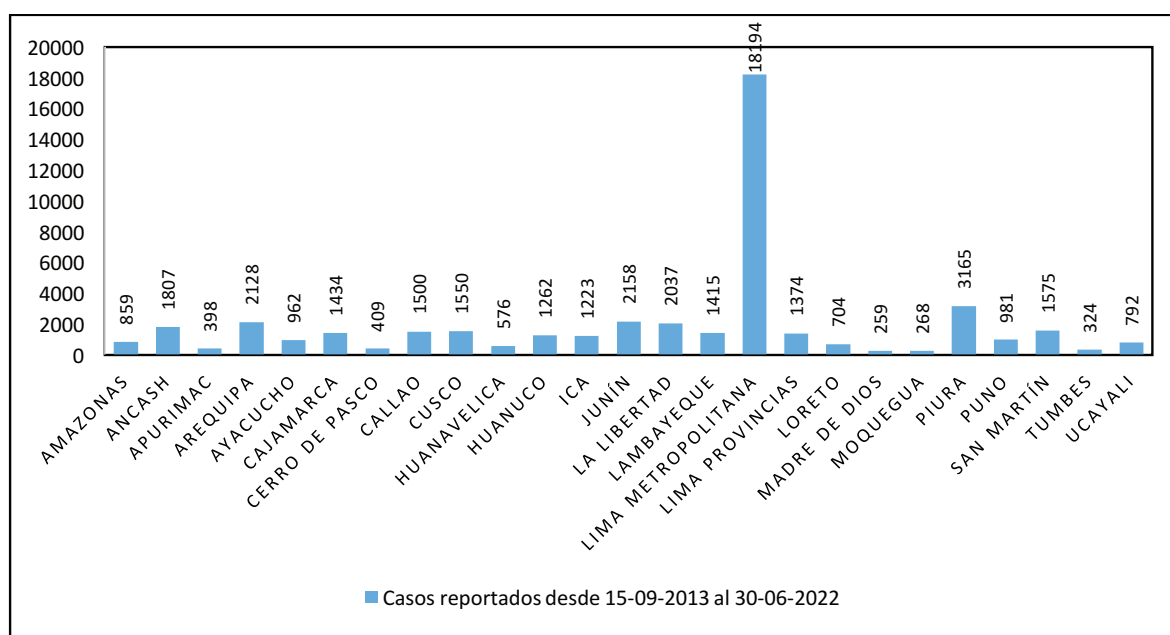
² Artículo “Xenofobia Infame”, Diario La República, al cual se puede acceder mediante el siguiente enlace: <https://larepublica.pe/opinion/2022/05/08/xenofobia-infame-editorial/>

³ Enlace de acceso: <https://diariocorreo.pe/edicion/lambayeque/interviene-ugel-chiclayo-por-peleas-que-protagonizan-escolares-del-colegio-san-jose-peru-noticia/>

⁴ Enlace de acceso: <https://larepublica.pe/sociedad/2022/06/09/bullying-en-colegio-pamer-de-piura-menor-que-agredio-a-su-companero-no-sera-expulsado/>

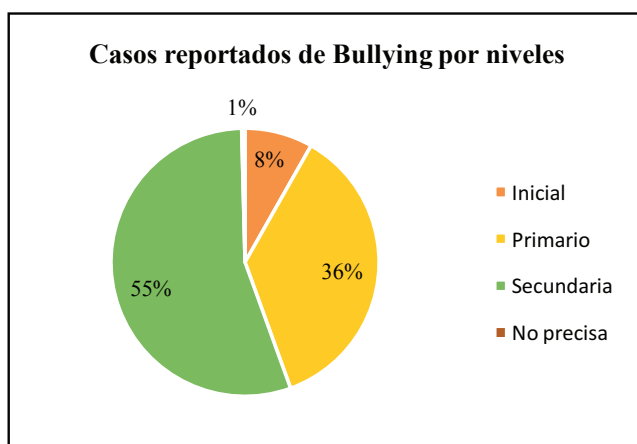
autoridades del colegio y no a los padres de familia de los agresores, quienes si tendrían una corresponsabilidad o responsabilidad secundaria.

En el año 2013, el Ministerio de Educación creó una plataforma virtual para permitir el reporte y denuncia de violencia escolar Bullying, Sistema Especializado en reporte de casos de Violencia Escolar (SiseVe), el cual ha permitido que se reporte miles de casos nivel nacional. A continuación se presenta las estadísticas de casos de Bullying reportados desde el 15 de septiembre del 2013 al 30 de junio del 2022:



Fuente: Datos obtenidos de: Sistema Especializado en reporte de casos de Violencia Escolar (SiseVe), <http://www.siseve.pe/Web/>

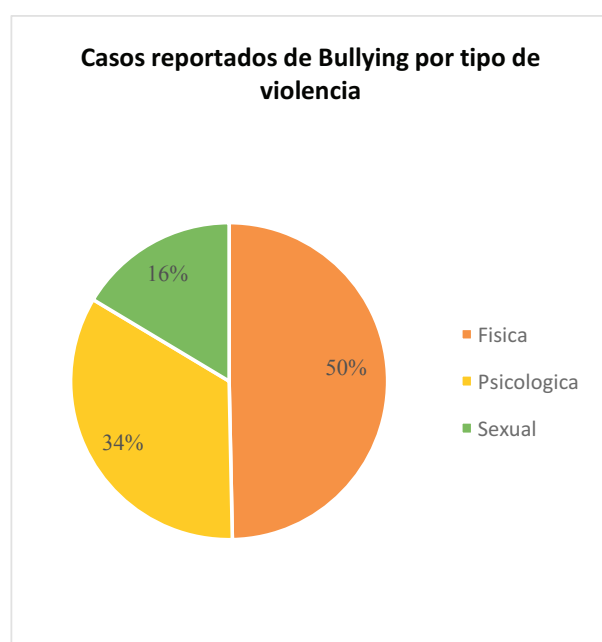
Tal como se observa, los departamentos con más casos de Bullying reportados se encuentra Lima Metropolitana, Piura, Junín, Arequipa y La Libertad; haciendo un total de 44 059 casos en los casi nueve años.



Teniendo en cuenta los niveles de la educación básica, se advierte que ocurren más casos de Bullying en alumnos del nivel secundario representando el 55% (24 283 casos), seguido del nivel primario con el 36% (15 979 casos) y finalmente el nivel inicial con el 8% (3615 casos); es decir dichos actos ocurren en cualquier nivel.

Fuente: Datos obtenidos de: Sistema Especializado en reporte de casos de Violencia Escolar (SiseVe), <http://www.siseve.pe/Web/>

De acuerdo al tipo de violencia el SiseVe precisa que el tipo de violencia que más se ejerce es la



violencia física representando un 50% (21 975 casos), le violencia psicológica le sigue con el 34% (15 008 casos) y la Violencia sexual con un 16% (7 256 casos).

Dichas estadísticas deben servir de reflexión, si es que lo que se busca es erradicar la violencia en los centros educativos, la realidad desnuda al sistema educativo porque en temas de prevención muy poco se ha hecho, para comenzar no existen psicólogos que conforme al artículo 3° de la Ley contra el Bullying para encararse de prevenir y tratar los casos de violencia.

Fuente: Datos obtenidos de: Sistema Especializado en reporte de casos de Violencia Escolar (SiseVe), <http://www.siseve.pe/Web/>

No puede ser posible que la erradicación de la violencia se le encargue al Poder Judicial, a pesar que los centros llamados a plantear estrategias y mecanismos con miras a prevenir la violencia a largo plazo, las escuelas, se conviertan en centro de ejercicio de violencia entre futuros ciudadanos.

Como se mencionó este problema es mundial, por ejemplo México es el primer país en el mundo con más casos de Bullying le sigue Costa Rica es considerado el segundo país en Latinoamérica que registra más casos de Bullying.



2. La corresponsabilidad civil y penal de los padres en los casos de Bullying

En el Perú pocos trabajos realizados solo la corresponsabilidad o responsabilidad secundaria de los padres, respecto de los hijos en los casos de Bullying, encontramos a (Gago, Jessica y Ramos, Sandra, 2019), quienes plantean la necesidad de establecer una responsabilidad civil por los daños originados a las víctimas de Bullying, claro está que se refiere a los daños causados por los hijos.

Sin embargo se considera que lo planteado es incompleto, ya que no plantea la necesidad de la regulación a través de un dispositivo legal

Sería pertinente que el artículo 1983 del Código Civil, que establece la responsabilidad solidaria, se incluya también el supuesto de la responsabilidad de los padres responsables secundarios o corresponsables por los hechos de violencia que los hijos ejercen, no solamente dentro de los colegios sino también en afueras de dichos centros.

Las formas de expresarse del Bullying han evolucionado, actualmente se ha virtualizado y puede ejercerse a través de los medios tecnológicos y se le denominada “CyberBullying”, siendo las redes sociales, Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, WhatsApp, Etc.

3. Normativa existente:

Existen innumerables dispositivos legales que reconocen y garantizan el ejercicio de los derechos de los niños, considerados como tal hasta los 18 años⁵, prescribiendo obligaciones a los Estados adherentes, de respetar y asegurar que estos se hagan efectivos para todos sin distinción por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen, posición económica, etc. A la vez facultando que dichos Estados tomar las medidas necesarias *“para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades,*

⁵ Artículo 1° de la Convención de los derechos del niño, aprobada por las Naciones Unidas y vigente desde el 20 de noviembre de 1989

*las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”*⁶. A nivel nacional encontramos la Constitución de 1993 que en su artículo 4° establece *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)”* (Subrayado agregado).

Conforme al párrafo precedente, en lo que respecta al Perú, los niños han inspirado al legislador para otorgarles un trato especial por su indefensión. Dicha labor se ve reflejada en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), vigente desde el 07 de agosto del 2000 y de aplicación para los niños menores de 14 años; de la misma manera, el Código de responsabilidad penal de los adolescentes (Decreto Legislativo N° 1348), vigente desde el 07 de enero del 2017 y aplicable para los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años.

Adentrándonos en el tema de infracción de las normas por niños y adolescentes con conductas agresivas punibles; resulta alarmante que la gran cantidad de normas solo se quede en letra, y más bien, a diario se reporte hechos de Bullying en los colegios y fuera de estos; está claro que dicha violencia es el reflejo de la sociedad violenta y xenófoba en la que vivimos.

Es necesario precisar la definición del término “Bullying”, al respecto existe una definición acertada, la realizada por (Olweus, 1999) quien citado por (Del Rey, Rosario y Ortega, Rosario, 20) indica: *“un alumno está siendo maltratado o victimizado cuando él o ella está expuesto repentinamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro a un grupo de estudiantes”*

La definición nos acerca a la realidad, es que los estudiantes son los protagonistas de las agresiones, con tintes discriminatorias en los centros educativos a nivel nacional. Desde el 26 de junio del 2011, existe en el Perú la Ley 29719. Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas, teniendo como objeto *“establecer mecanismos para diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar la violencia, el hostigamiento, la intimidación y cualquier acto considerado como acoso entre alumnos de instituciones educativas”*.⁷

El Decreto Supremo N° 010-2012-ED de fecha 02-06-2012, reglamento de la Ley 29719, definió Bullying en los siguientes términos:

⁶ Artículo 2°, numeral 2) de la Convención de los derechos del niño, aprobada por las Naciones Unidas y vigente desde el 20 de noviembre de 1989

⁷ Artículo 1° de la Ley 29719. Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas



Artículo 3º. - Glosario de términos

a) *Acoso entre estudiantes (Bullying). -Es un tipo de violencia que se caracteriza por conductas intencionales de hostigamiento, falta de respeto y maltrato verbal o físico que recibe un estudiante en forma reiterada por parte de uno o varios estudiantes, con el objeto de intimidarlo o excluirlo, atentando así contra su dignidad y derecho de gozar de un entorno escolar libre de violencia.*

La norma contiene lineamientos mediante los cuales deben actuar autoridades del centro educativo, estudiantes y padres de familia; es innegable que dentro de las paredes de un colegio tiene como responsables de los actos que cometan los estudiantes al director, los profesores, los tutores, los auxiliares y demás órganos, sin embargo, los comportamientos que los menores realizan en los planteles siempre son los que vienen aprendidos de la familiar.

Es decir, no es correcto que en todos los casos se apunte a declarar responsable de la violencia ejercida con el Bullying, solamente a las autoridades del colegio, sino que es necesario se analice la posibilidad de declarar responsabilidad también a los padres conjuntamente o de manera secundaria.

La Ley actual contra el Bullying, pone énfasis en las obligaciones que tienen los docentes, el director y los padres:

Sobre la responsabilidad de los docentes y auxiliares en los centros educativos establece:

Artículo 6. Obligaciones de los docentes

Los docentes y los miembros del personal auxiliar de la institución educativa tienen la obligación de detectar, atender y denunciar de inmediato ante el Consejo Educativo Institucional (Conei) los hechos de violencia, intimidación, hostigamiento, discriminación, difamación y cualquier otra manifestación que constituya acoso entre los estudiantes, incluyendo aquellos que se cometan por medios telefónicos, electrónicos o informáticos y sobre los que hayan sido testigos o hayan sido informados. Para tales casos, dicho consejo se reúne dentro de los dos días siguientes para investigar la denuncia recibida y la resuelve en un plazo máximo de siete días.

Cuando se trate de casos de poca gravedad, los docentes deben sancionar directamente a los estudiantes agresores, sin perjuicio de su obligación de informar sobre dicho incidente al Consejo Educativo Institucional (Conei), para los efectos de su inscripción en el Libro de Registro de Incidencias sobre violencia y acoso entre estudiantes. (Énfasis agregado)



Sin duda la máxima autoridad y máximo responsable son los directores de los centros educativos, de los hechos que ocurran dentro del plantel, y sin embargo, existen casos que ocurren afuera de los mismos.

Artículo 7. Obligaciones del director de la institución educativa

El director de la institución educativa tiene la obligación de orientar al Consejo Educativo Institucional (Conei) para los fines de una convivencia pacífica de los estudiantes y de convocarlo de inmediato cuando tenga conocimiento de un incidente de acoso o de violencia. Además, informa a los padres o apoderados del estudiante o estudiantes que son víctimas de violencia o de acoso en cualquiera de sus modalidades, así como a los padres o apoderados del agresor o agresores.

El director comunica las sanciones acordadas por el Consejo Educativo Institucional (Conei) cuando se determine la responsabilidad de un estudiante agresor en un incidente de violencia o de acoso. Además, el director informa mensualmente a la Defensoría del Pueblo sobre los casos de violencia y de acoso entre estudiantes que se hayan presentado en la institución educativa. (Énfasis agregado)

Finalmente, y no es menos importante, se encuentran las obligaciones de los padres y apoderados, en los cuales en el presente se considera que se debe ponerse énfasis, ya que son los hijos el reflejo de los padres y su comportamiento viene aprehendido de la familia, concluyéndose, por lo tanto, que el niño o adolescente es violento porque los padres no cumplen a cabalidad con su función de crianza e inculcación de valores.

Así, la norma establece:

Artículo 8. Obligaciones de los padres y apoderados

Los padres y los apoderados de los estudiantes víctimas de violencia, hostigamiento, intimidación o de cualquier conducta que sea considerada como acoso por parte de otro estudiante deben denunciarla ante la dirección de la institución educativa o ante el Consejo Educativo Institucional (Conei).

Los padres y los apoderados de los estudiantes que realizan los actos de violencia, hostigamiento o intimidación están obligados a brindar toda su colaboración para corregir



dichos actos y deben comprometerse a cumplir con la consejería respectiva. (Énfasis agregado)

Sobre las víctimas y agresores, la citada ley establece, la necesidad de recibir una asistencia especializada prescribe:

Artículo 12. Medidas de asistencia y protección

Los estudiantes víctimas de violencia o de acoso reiterado o sistemático y el agresor deben Recibir la asistencia especializada.

Se considera muy importante, lo establecido por el legislador en dicho artículo, ya que el dialogo resulta más importante que una sanción, y el dialogo es sinónimo el cambio.

Son pocas las legislaciones que abordan el tema de la corresponsabilidad de los padres en los casos de Bullying, es necesario tomar al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del 2015, la misma que a partir del artículo 638 establece la responsabilidad parental, de los que podemos deducir la responsabilidad de los padres respecto a la violencia ejercida por sus menores hijos

Costa Rica es considerado el segundo país en Latinoamérica que registra más casos de Bullying, afirmándose que al 2018, el 11% de niños afirmaron haber sufrido por lo menos algún tipo de Bullying⁸, no siendo suficiente la Ley 9404, Ley para la prevención y el establecimiento de medidas correctivas y formativas frente al acoso escolar o Bullying, dada en el año 2016⁹.

4. Alternativas de solución:

La jurisprudencia extranjera postula la necesidad de establecer en las normativas la responsabilidad secundaria de los padres con la finalidad que las medidas dictadas sirvan para prevenir, al respecto (Espinosa, 2016):

Yo creo sin, ninguna duda, que los padres de los niños que hacen 'bullying' son corresponsables. Esos padres son corresponsables de los que hacen sus hijos porque no hay padre o madre que no sepa cómo es el hijo que ha parido. ¡Ya basta de mirar

⁸ <https://www.tec.ac.cr/hoyeneltec/2018/06/19/costa-rica-segundo-pais-latinoamerica-bullying>

⁹ http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83200&nValor3=106726&strTipM=TC#:~:text=Esta%20ley%20tiene%20por%20objeto,los%20ciclos%20y%20modalidades%20educativas

*para otro lado, porque dañar a un menor es lo más ruin que se puede hacer en esta vida!*¹⁰

5. Conclusiones:

- Se ha determinado que el rol de los padres en la crianza de los hijos es determinante en el comportamiento de los hijos, lo que los hace responsables por los actos que estos cometan dentro y fuera del hogar.
- Los padres son corresponsables de las agresiones causadas por el Bullying respecto de sus hijos, por lo que también deberían ser responsables civil y penalmente.

6. Recomendaciones:

- Modificar artículo 8° de la Ley 29719, estableciendo la corresponsabilidad civil y penal de los padres conjuntamente con los hijos que ejercen el Bullying, cuando no cumplan con la obligación paternal.
- Establecer objetivos a corto y largo plazo, con miras a la erradicación de la violencia en los centros educativos, comenzando con la prevención, conforme a la Ley 29719, dotando a cada institución de manera permanente de un psicólogo o un profesional orientador.
- Incluir a los padres en la prevención del Bullying en los centros educativos, participando en charlas, conversatorios, etc.



7. Bibliografía

Del Rey, Rosario y Ortega, Rosario. (20). Violencia escolar: Claves para comprenderla y afrontarla. *Escuela abierta*, 10(10), 1-2. Obtenido de <https://ea.ceuandalucia.es/index.php/EA/issue/view/EA10/>

Espinosa, A. (24 de Octubre de 2016). Corresponsables del "bullying". *El Periodico*. Obtenido de <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20161022/albert-espinosa-bullying-5580952>

Gago, Jessica y Ramos, Sandra. (2019). *Responsabilidad Civil de los padres de familia y el daño a los escolares víctimas de bullying*. Callao. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/44308>

Olweus, D. (1999). *The Nature of School bullying : a cross-national perspective*. New York. Obtenido de <file:///C:/Users/Jose%20Agip/Downloads/Dialnet-ViolenciaEscolar-2520028.pdf>

¹⁰ También se puede visualizar en: <https://www.youtube.com/watch?v=IoKHaljIXxc>, Aprendamos juntos BBVA, "Hay que ser valiente en la vida y en el amor", Albert Espinosa i Puig (Minuto 31:00:00)

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

.....

.....

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2022