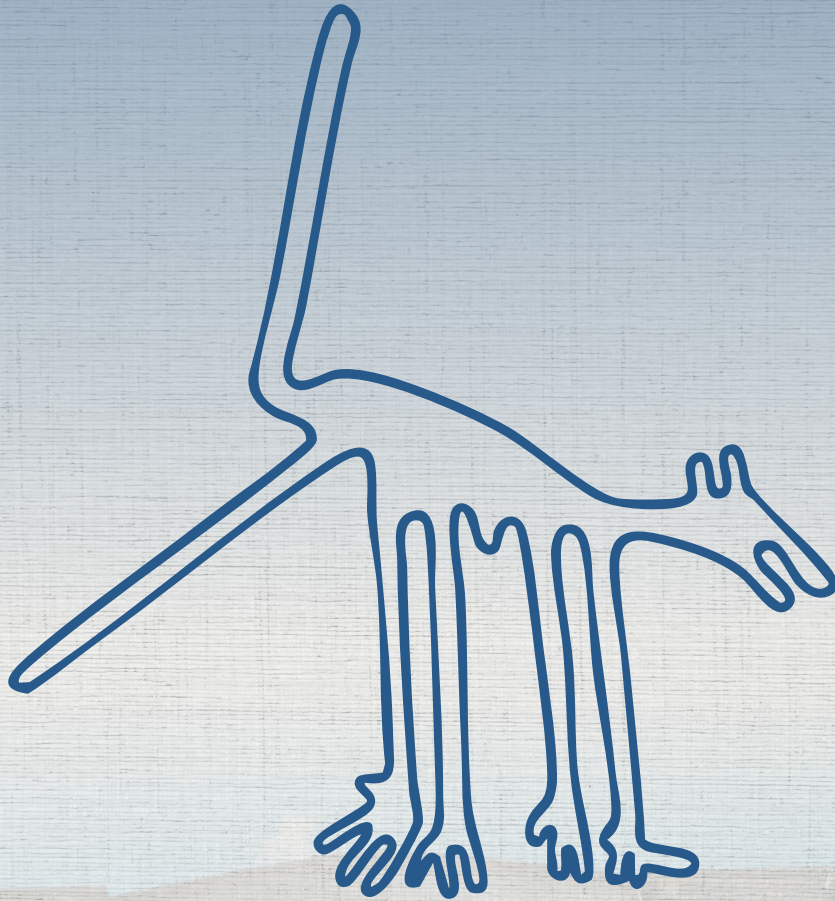




# YACHAQ 19

REVISTA DE DERECHO

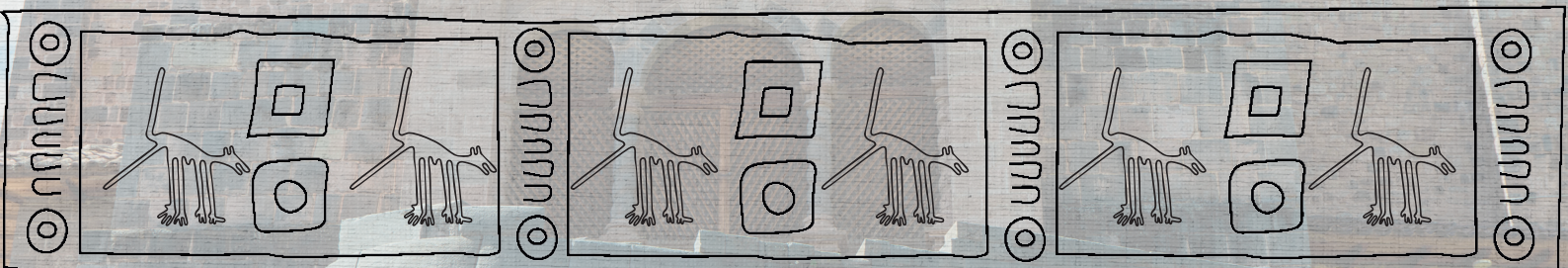


**CIED**  
DERECHO



**UNSAAC**  
Universidad Nacional de  
San Antonio Abad del Cusco

CIEDCIEDC EDC DCI DCIEDCIEDCIEDCIEDC EDC EDCIEDCIED



CIEDC EDC EDCIEDCIEDC EDCIEDCIEDC EDCIEDCIEDCIEDC ED



## Presentación

*“No hay conocimiento que dura  
sino es aquel que se comparte”*

A inicios de los años 2000, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSAAC se reunía con el objetivo de compartir sus conocimientos y aprender en conjunto. Esta iniciativa dio origen al Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho – CIED, el cual necesitaba exteriorizar investigaciones y realizar críticas a distintos campos del Derecho. Como resultado, se creó la revista *YachaQ*, cuyo propósito es difundir el conocimiento académico producido por autores tanto nacionales como internacionales.

La publicación ha experimentado un aumento en su reconocimiento dentro del ámbito académico, gracias a un constante empeño enfocado en la calidad de la edición, la precisión de los contenidos y el fortalecimiento de espacios para un análisis crítico y la generación de saber.

La edición N.º 19 demuestra el compromiso y el arduo trabajo de la Secretaría de *YachaQ*, consolidando un enfoque multidisciplinario desarrollado bajo rigurosos parámetros editoriales. Cada artículo ha pasado por una exhaustiva revisión de fondo y forma, gracias al valioso trabajo del Consejo Editorial y de nuestros árbitros, quienes, con solidaridad y compromiso, han contribuido con el deber de brindar a la sociedad una perspectiva jurídica de calidad sobre temas actuales y relevantes.

En mi calidad de presidenta del CIED, me siento orgullosa de ser parte de esta nueva edición, que reafirma nuestro propósito institucional: *“fortalecer la formación académica y profesional de los estudiantes de Derecho, fomentando la investigación y el análisis crítico del Derecho”*. En esta ocasión, se han

recopilado diversos artículos elaborados por estudiantes y profesionales del Derecho, alineados con dicho objetivo.

Expresamos nuestro agradecimiento a quienes pusieron los primeros cimientos para la creación de la Revista *YachaQ*, cuyo propósito, a lo largo de los años, ha cobrado mayor fuerza, convirtiéndose en una fuente de inspiración tanto para quienes la integran como para quienes la siguen. Hoy nos honra decir que esta nueva edición continúa fiel a ese compromiso y se mantendrá firme en su misión.

Yohhanna Yosimara Candase Quispe Cruz  
Presidenta del Centro de Investigación de los Estudiantes  
de Derecho–CIED 2025



## **Derecho laboral en la era digital: Desafíos normativos y propuestas para un marco regulatorio justo**

### ***Labor law in the digital age: Normative challenges and proposals for a fair regulatory framework***

Marco Antonio Abarca Alfaro<sup>1</sup>

#### **Resumen**

La presente investigación aborda el impacto de la revolución, tecnológica sobre el derecho laboral peruano, analizando cómo fenómenos como la automatización, la inteligencia artificial, el teletrabajo y la economía *gig* transforman las relaciones laborales y plantean desafíos regulatorios. Bajo un enfoque cualitativo, se utilizaron entrevistas semiestructuradas, análisis documental y normativo, identificándose vacíos legales en la protección de derechos laborales digitales. Los resultados muestran una débil adecuación normativa frente a nuevas formas de ciber subordinación y control algorítmico, así como limitaciones en la garantía del derecho a la desconexión y la privacidad. La discusión teórica se sostuvo sobre los aportes de Vega (2019), Fernández (2022), López de la Fuente (2020) y Torres (2023), quienes proponen una reformulación ética y humanista del trabajo digital. Se concluye que es imprescindible construir marcos regulatorios flexibles,

<sup>1</sup> Maestro con mención en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Cusco, Perú, [marco.abarca@unsaac.edu.pe](mailto:marco.abarca@unsaac.edu.pe), <https://orcid.org/0000-0002-6563-6830>

transparentes y garantistas, que reconozcan los derechos laborales digitales y promuevan un entorno de trabajo justo en la era tecnológica.

**Palabras clave:** Derecho laboral digital, inteligencia artificial, teletrabajo, economía *gig*, protección de datos, desconexión digital.

## **Abstract**

This research examines the impact of the technological revolution on Peruvian labor law, analyzing how automation, artificial intelligence, remote work, and the *gig* economy are transforming labor relations and raising regulatory challenges. Using a qualitative approach, semi-structured interviews, documentary analysis, and legal review were conducted, revealing legal gaps in the protection of digital labor rights. The findings show a weak regulatory response to new forms of cyber-subordination and algorithmic control, as well as limitations in guaranteeing the right to digital disconnection and privacy. The theoretical discussion was grounded in the works of Vega (2019), Fernández (2022), López de la Fuente (2020), and Torres (2023), who advocate for an ethical and humanistic reformulation of digital labor. The study concludes that it is essential to build flexible, transparent, and rights-based regulatory frameworks that recognize digital labor rights and promote a fair work environment in the technological era.

**Keywords:** Digital labor law, artificial intelligence, remote work, gig economy, data protection, digital disconnection.

## **Introducción**

### ***Planteamiento del problema***

El derecho laboral peruano se encuentra actualmente ante el desafío de adaptarse a una revolución tecnológica que redefine las dinámicas tradicionales del trabajo. La irrupción de la inteligencia artificial, el teletrabajo, la automatización y las plataformas digitales ha transformado de manera profunda no solo la organización

y ejecución de las labores, sino también la naturaleza misma de la relación laboral. Esta transformación, sin precedentes en la historia reciente, ha puesto a prueba los cimientos del derecho laboral, que aún responde bajo parámetros propios de la era industrial. Hoy resulta evidente una brecha creciente entre la velocidad de los avances tecnológicos y la capacidad de las normas para proteger eficazmente a los trabajadores. Fenómenos como la ciber-subordinación, el control algorítmico, la difuminación de las fronteras entre trabajo y vida privada, y la exclusión de miles de trabajadores digitales de los sistemas de protección social, revelan la urgencia de repensar y actualizar el marco regulatorio para no dejar vacíos de tutela en el mundo del trabajo digital.

### ***Relevancia jurídica y social***

La transformación digital del trabajo reviste una profunda relevancia tanto jurídica como social en el contexto peruano. Socialmente, la proliferación de nuevas formas de empleo, como el teletrabajo y los servicios a través de plataformas digitales, ha incorporado a millones de trabajadores a esquemas laborales marcados por la inestabilidad, la informalidad y la carencia de protección efectiva. Estas condiciones no solo precarizan la calidad del empleo, sino que también afectan dimensiones fundamentales del bienestar, como la salud mental, la seguridad económica y el acceso a derechos laborales básicos, incluyendo la seguridad social y la negociación colectiva.

Desde el ámbito jurídico, el desafío principal radica en articular los principios fundacionales del derecho laboral—protección, dignidad, estabilidad y equidad—con las nuevas realidades impuestas por la tecnología. Este reto requiere respuestas normativas innovadoras que permitan salvaguardar los derechos laborales sin frenar el desarrollo tecnológico.

Cabe destacar que este fenómeno trasciende el escenario nacional y se manifiesta como una tendencia global. Organismos internacionales como la OIT han subrayado la urgencia de actualizar los marcos regulatorios ante el auge de

las plataformas digitales, el crecimiento del trabajo remoto y la automatización de tareas. Además, diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos digitales comienzan a perfilar el contenido y alcance de los nuevos derechos laborales en entornos virtuales, marcando el camino para una respuesta articulada y comparada que sirva de referencia para la reforma del derecho laboral peruano.

### ***Justificación académica***

Desde la perspectiva académica, el abordaje del derecho laboral en la era digital resulta fundamental y oportuno, dado el profundo impacto que las nuevas tecnologías están generando sobre los modelos clásicos de organización y protección del trabajo. Este estudio se distingue por su carácter innovador y su potencial contribución al debate teórico y normativo en el ámbito laboral peruano, pues responde a la necesidad de analizar críticamente conceptos emergentes como el trabajo algorítmico, la economía de plataformas, la ciber-subordinación y los derechos digitales laborales, todos ellos escasamente sistematizados en la doctrina nacional.

Asimismo, el análisis trasciende el mero diagnóstico local y propone un contraste con experiencias internacionales, particularmente de países latinoamericanos y europeos que han iniciado reformas relevantes en esta materia. Esta comparación permite identificar buenas prácticas y modelos regulatorios que pueden orientar la elaboración de marcos legales más justos, eficaces y adaptados a la realidad tecnológica del país.

El objetivo general de la investigación consiste en analizar las estrategias de adaptación del derecho laboral frente a los retos y oportunidades que trae la transformación tecnológica del mercado de trabajo, con el propósito de garantizar condiciones laborales dignas, seguras y equitativas en el contexto digital. Para lograr este fin, el estudio se propone:

- Identificar las lagunas legales del marco laboral peruano ante fenómenos como la inteligencia artificial y el teletrabajo, y proponer mecanismos para su adaptación.
- Evaluar la protección de datos personales y la privacidad en entornos laborales digitalizados, formulando recomendaciones normativas.
- Definir derechos y obligaciones específicos para trabajadores y empleadores en nuevas modalidades de empleo, tales como el teletrabajo y la economía *gig*.
- Analizar el impacto de las tecnologías avanzadas sobre la calidad del empleo, y proponer estrategias legislativas y organizacionales para mitigar riesgos.
- Explorar la evolución necesaria en la formación y actuación de los operadores jurídicos laborales en el nuevo escenario digital.
- Desarrollar propuestas normativas que permitan construir un marco jurídico laboral inclusivo, garantista y acorde con los desafíos de la digitalización.

De esta manera, la investigación busca contribuir con un enfoque crítico y propositivo al desarrollo de un derecho laboral contemporáneo, capaz de responder a los retos y aprovechar las oportunidades de la era digital.

### ***La delimitación espacio-temporal del estudio***

El análisis desarrollado en esta investigación se circunscribe al contexto urbano del Cercado de Cusco durante el año 2024, un entorno donde las formas de teletrabajo, la automatización de tareas y el empleo mediado por plataformas digitales han mostrado un crecimiento notorio y sostenido. Esta delimitación permite observar el fenómeno de la digitalización laboral no solo desde una óptica normativa abstracta, sino a partir de las experiencias concretas de trabajadores, empleadores y operadores jurídicos locales que interactúan de manera directa con los desafíos y vacíos del marco regulatorio vigente.

La elección del Cercado de Cusco responde a la relevancia estratégica de este espacio urbano en el escenario económico regional, así como a la diversidad de sectores y actividades impactadas por la digitalización del trabajo. En este contexto, se examina tanto la respuesta institucional como las percepciones y vivencias de los actores involucrados, lo que permite enriquecer el análisis con evidencia empírica local y matizar las propuestas normativas desde la realidad concreta del mercado laboral digitalizado.

### ***Línea de investigación***

El abordaje de la presente investigación se inscribe dentro de la línea de los problemas éticos y de los nuevos retos que enfrenta el derecho contemporáneo, especialmente aquellos relacionados con la teoría jurídica y el transhumanismo. El fenómeno de la digitalización del trabajo desafía los marcos conceptuales tradicionales del derecho, pues exige analizar no solo la normativa positiva vigente, sino también las dimensiones éticas, filosóficas y prospectivas que acompañan la irrupción de tecnologías disruptivas en el ámbito laboral.

La perspectiva del transhumanismo—entendida como el impulso por superar las limitaciones humanas a través de la tecnología—plantea interrogantes fundamentales sobre el sentido y los límites del trabajo en una sociedad donde la automatización y la inteligencia artificial amenazan con desplazar funciones históricamente reservadas al ser humano. Bajo este prisma, el derecho laboral no puede limitarse a regular la relación empleador-trabajador en términos clásicos, sino que debe repensar sus fundamentos antropológicos y axiológicos para garantizar la protección de la dignidad, la justicia y la equidad en el nuevo escenario digital.

Este estudio no se limita a describir los cambios tecnológicos que transforman el trabajo, sino que aspira a construir un marco interpretativo capaz de orientar la respuesta jurídica, institucional y política ante tales desafíos. Es indispensable, en este contexto, fortalecer el carácter garantista del derecho laboral y actualizar

sus categorías desde una óptica digital, sin perder de vista sus principios fundacionales.

La investigación se apoya en los aportes teóricos de autores como Vega (2019), quien sostiene que el derecho al trabajo debe entenderse bajo una lógica de justicia social aún en entornos digitalizados; Fernández (2022), que propone una constitucionalización de los derechos digitales laborales para reforzar su protección frente a la tecnología; Torres (2023), cuya noción de ciber-subordinación y vigilancia algorítmica aporta claves esenciales para identificar nuevas formas de poder y control laboral; y López de la Fuente (2020), quien revisa críticamente el estatuto jurídico del trabajo frente al auge de las plataformas tecnológicas.

De esta manera, la presente investigación busca contribuir a la construcción de un derecho laboral centrado en la persona, ético y realmente inclusivo, capaz de responder a los retos inéditos del siglo XXI sin renunciar a su misión esencial: proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral, el trabajador. En última instancia, la defensa del derecho al trabajo digno, seguro y garantizado debe mantenerse como eje fundamental, incluso —y especialmente— en una época marcada por la aceleración tecnológica. Este compromiso con la justicia social y la dignidad humana orienta tanto el análisis como las propuestas normativas desarrolladas en este estudio.

## **Metodología**

La investigación emplea un enfoque cualitativo, aplicado y descriptivo, adecuado para analizar la complejidad del derecho laboral en la era digital. Este método permitió no solo examinar la normativa vigente y la doctrina especializada, sino también integrar las percepciones y experiencias de trabajadores, empleadores y operadores jurídicos, obtenidas mediante entrevistas semiestructuradas. El análisis documental y doctrinal complementó la comprensión del fenómeno, identificando vacíos legales y retos institucionales.

El estudio se desarrolló con un diseño no experimental, transversal y exploratorio en el Cercado del Cusco durante 2024, priorizando la observación de la realidad laboral digital en su contexto natural. La unidad de análisis estuvo compuesta por el marco normativo laboral peruano y la experiencia de los sujetos afectados por la digitalización.

La triangulación metodológica, que combinó entrevistas, revisión normativa y análisis doctrinal, fortaleció la validez de los resultados. Este enfoque facilitó una visión integral y crítica, permitiendo no solo describir el fenómeno, sino también formular propuestas normativas realistas y pertinentes para mejorar la protección de los derechos laborales en entornos digitales.

## **Resultados**

### ***Adaptación normativa ante la innovación tecnológica***

El análisis realizado pone en evidencia que el marco normativo laboral peruano actual resulta claramente insuficiente para responder a los desafíos generados por la digitalización del trabajo. Si bien las leyes vigentes, como la Ley N.º 728 y la Ley N.º 30036 sobre Teletrabajo, constituyeron avances en su momento, su concepción está anclada en un paradigma industrial, donde la relación entre empleador y trabajador era eminentemente física, presencial y directa. Hoy, sin embargo, la irrupción de la automatización, la inteligencia artificial y las plataformas digitales ha modificado radicalmente las formas de control, supervisión y ejecución del trabajo, generando nuevos escenarios que las normas tradicionales no alcanzan a regular.

Esta insuficiencia se manifiesta especialmente en la incapacidad de la legislación para abordar fenómenos como el control algorítmico, la supervisión remota o la dispersión empresarial propia de las plataformas digitales. Así lo confirman los testimonios recogidos entre abogados laboristas y funcionarios de fiscalización, quienes reconocen que la legislación peruana sigue orientada a

relaciones presenciales, cuando en la práctica las órdenes, controles y sanciones ahora provienen de algoritmos y sistemas informáticos invisibles para el trabajador. Tal situación, como advierte López de la Fuente (2020), ha diluido los elementos clásicos del contrato de trabajo y ha dado lugar a zonas grises, donde el reconocimiento de derechos y la tutela judicial efectiva se tornan problemáticos.

El contraste con experiencias internacionales es ilustrativo. Países como España han optado por una regulación proactiva e innovadora, promulgando la denominada Ley Rider, que presume la existencia de relación laboral en trabajadores de plataformas siempre que la empresa ejerza control tecnológico sobre la prestación del servicio. Este estándar representa un avance significativo, pues reconoce la realidad de la subordinación digital aun en ausencia de un contrato formal. En el caso peruano, la ausencia de una norma equivalente perpetúa la informalidad y deja a miles de trabajadores digitales en una situación de desprotección, bajo la ficción de una independencia técnica que, en la práctica, no existe.

Por otro lado, la Ley N.º 31572 sobre teletrabajo, aunque introduce avances importantes como el derecho a la desconexión digital y la compensación por el uso de recursos personales, presenta notables vacíos y ambigüedades. La falta de precisión sobre el control del tiempo efectivo de trabajo, la ausencia de mecanismos claros de fiscalización y la falta de garantías frente a la sobrecarga digital han sido señaladas tanto por los encuestados como por la doctrina. No es infrecuente que, a pesar de la formalidad del teletrabajo, los trabajadores sean obligados a conectarse fuera del horario laboral, sin reconocimiento de horas extras ni límites razonables a su jornada.

Esta problemática no es meramente normativa, sino estructural. Sepúlveda (2022) señala que la transición al trabajo digital requiere no solo la modificación de leyes, sino una profunda reconfiguración de la arquitectura del derecho laboral, integrando principios como la transparencia algorítmica, la imputabilidad tecnológica y la reversibilidad del consentimiento digital. Resulta imprescindible

adoptar una noción ampliada de subordinación, que abarque el control ejercido por algoritmos y el monitoreo automatizado, evitando así que la deslaboralización se institucionalice mediante figuras contractuales simuladas.

Adicionalmente, aunque el Decreto Legislativo N.º 1412 (Ley de Gobierno Digital) incorpora principios como la interoperabilidad, la equivalencia funcional y la privacidad desde el diseño, su implementación no ha sido articulada con el derecho laboral, generando vacíos legales que afectan la protección real de los trabajadores digitales. Esta falta de interconexión entre las políticas de digitalización del Estado y la regulación laboral limita la eficacia de los mecanismos de tutela.

Desde la perspectiva doctrinaria, López de la Fuente (2020) enfatiza que el derecho del trabajo está llamado a redefinir sus categorías fundamentales bajo una lógica digital, sin abandonar su función tuitiva histórica. Esto supone adaptar nociones clave como jornada, dependencia y poder disciplinario a nuevos escenarios donde la autoridad se ejerce a través de software y donde la vigilancia electrónica reemplaza a la supervisión presencial.

En síntesis, los resultados de esta investigación evidencian la necesidad de que el derecho laboral peruano avance hacia un modelo más proactivo, garantista y tecnológicamente sensible, capaz de reconocer y afrontar los nuevos riesgos que conlleva la automatización y de establecer mecanismos efectivos de protección en entornos virtuales. Sólo así será posible evitar que el progreso técnico se convierta en un factor de precarización, exclusión o invisibilidad para el trabajo humano en la era digital.

### ***Protección de datos personales y privacidad laboral***

La irrupción de la digitalización en el ámbito laboral ha ampliado significativamente la capacidad de los empleadores para recolectar, almacenar y procesar información personal de los trabajadores. Este fenómeno, lejos de ser un simple avance tecnológico, plantea un reto jurídico de primera magnitud,

pues la normativa vigente en el Perú resulta insuficiente para enfrentar los nuevos escenarios de control y vigilancia digital en el trabajo. La Ley N.º 29733 (Ley de Protección de Datos Personales), si bien constituye un referente general en materia de privacidad, no prevé de manera precisa los desafíos que surgen en entornos laborales digitalizados, donde herramientas como la geolocalización, el reconocimiento facial, el monitoreo permanente de la productividad y los algoritmos de evaluación se han convertido en parte habitual de la gestión empresarial.

Uno de los hallazgos más relevantes de la investigación es la percepción extendida de hipervigilancia y asimetría en la relación laboral, expresada tanto por trabajadores como por especialistas en tecnologías de la información. Un trabajador del sector bancario relató: “Cada clic que hago, cada pestaña que abro, está siendo registrado. Incluso he tenido que firmar autorizaciones para que usen mi imagen con fines de control”. Esta realidad, lejos de constituir un caso aislado, evidencia una tendencia generalizada en el sector privado, donde el consentimiento se convierte muchas veces en una formalidad vacía, dada la posición de desventaja estructural del trabajador frente al empleador.

Desde la perspectiva doctrinaria, Torres (2023) define estas nuevas formas de control como manifestaciones de “ciber-subordinación”, donde el poder empresarial es ejercido a través de interfaces digitales y sistemas automatizados capaces de impartir órdenes, controlar, sancionar e incluso rescindir la relación laboral sin mediación humana directa. Esta evolución del poder disciplinario empresarial presenta un problema jurídico sustancial: muchas de estas prácticas no respetan los principios de necesidad, proporcionalidad y finalidad que rigen el derecho a la protección de datos personales, colocando a los trabajadores en una situación de vulnerabilidad frente a la gestión masiva e indiscriminada de su información.

El análisis de la normativa vigente revela que, si bien la Ley N.º 31572 sobre teletrabajo reconoce derechos como la desconexión digital y la privacidad de las

comunicaciones (arts. 6.3 y 6.4), no establece obligaciones claras ni parámetros concretos para el uso de tecnologías de monitoreo por parte de los empleadores. La ausencia de mecanismos efectivos de fiscalización, tanto por parte de SUNAFIL como de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, limita notablemente la aplicabilidad y efectividad de tales derechos en la práctica.

El contraste con el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea es particularmente ilustrativo. Este instrumento establece la obligación de realizar evaluaciones de impacto para los tratamientos de alto riesgo y otorga a los trabajadores el derecho a no ser objeto de decisiones únicamente automatizadas, configurando así un estándar mucho más robusto y garantista que el vigente en el Perú. La comparación normativa pone en evidencia la distancia que separa a la legislación peruana de los estándares internacionales más avanzados en materia de privacidad y protección de datos laborales.

A nivel de políticas internas, el análisis documental realizado muestra que la mayoría de las empresas consultadas carece de regulaciones claras sobre el uso de software de control y no garantiza al trabajador acceso efectivo a la información recolectada sobre su persona. Esta opacidad genera una vulneración indirecta de los derechos laborales y de personalidad, dificultando que el trabajador ejerza una defensa activa frente al uso indebido o excesivo de datos sensibles.

En suma, los resultados ponen de manifiesto la necesidad urgente de incorporar en la legislación laboral peruana una sección específica y detallada sobre la protección de datos personales en el trabajo, alineada con los estándares internacionales y basada en un enfoque de derechos humanos. El derecho a la privacidad, lejos de ser un privilegio accesorio, debe ser reafirmado y protegido en el entorno laboral digital, donde la vigilancia invisible y la gestión masiva de datos amenazan la autonomía, dignidad y salud mental del trabajador.

## ***Nuevos derechos laborales en el teletrabajo y economía gig***

El auge del teletrabajo y la economía de plataformas ha provocado una transformación sustantiva de las formas de subordinación y control laboral, situando a miles de trabajadores en escenarios que desbordan las categorías clásicas del derecho laboral peruano. Este proceso de “deslaborización tecnológica” se traduce en la exclusión de numerosos trabajadores digitales del ámbito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la legislación nacional.

Las entrevistas realizadas ponen en evidencia una serie de condiciones precarias que afectan a los trabajadores de plataformas y teletrabajo: ausencia de contratos escritos, sometimiento a evaluaciones algorítmicas opacas, asunción de costos laborales (equipos, conectividad, movilidad) y exposición a sistemas de sanción automática sin acceso efectivo a mecanismos de reclamo. Un testimonio ilustrativo revela: “La app decide si tengo pedidos o no, y si me atraso una vez, bajo de categoría y pierdo ingresos. No hay a quién reclamar”. Estas prácticas, facilitadas por la tecnología, perpetúan una relación asimétrica y, al mismo tiempo, dificultan la visibilización y defensa de los derechos laborales.

La gravedad de esta problemática se acentúa en el contexto peruano por la ausencia de un marco legal específico que regule el trabajo en plataformas digitales. A diferencia de países como España, que ha implementado una presunción de laboralidad para proteger a quienes prestan servicios bajo dirección algorítmica, el Perú mantiene la ficción jurídica del trabajador independiente, negando a estos trabajadores el acceso a derechos esenciales como la seguridad social, la negociación colectiva, la jornada limitada y la indemnización por despido. Esta omisión legal favorece la consolidación de una informalidad digital estructural, en la que el trabajador queda desprovisto de garantías mínimas.

Desde la doctrina, López (2021) sostiene que el derecho al trabajo debe entenderse como un derecho humano autónomo, cuya protección no puede quedar supeditada exclusivamente a la existencia de un contrato formal. Esta

visión propicia la construcción de un modelo más inclusivo de tutela laboral, que reconozca derechos fundamentales a todos quienes presten servicios en condiciones de dependencia económica o técnica, incluso si la relación no se formaliza mediante un contrato tradicional.

En el ámbito del teletrabajo, si bien la Ley N.º 31572 introduce derechos como la desconexión digital, la evidencia empírica recogida muestra que su aplicación es limitada. Numerosos trabajadores entrevistados reportan exigencias de disponibilidad fuera del horario pactado, ausencia de reconocimiento de horas extras y falta de cobertura por parte del empleador de gastos relacionados a conectividad o equipamiento. Esta “asimetría digital” demanda regulaciones más detalladas, efectivas y fiscalizables, que puedan corregir las nuevas formas de desequilibrio entre empleadores y trabajadores.

Benítez (2022) argumenta que el catálogo de derechos laborales debe expandirse, incorporando lo que denomina “derechos laborales digitales”, entre los que destacan: el derecho a la desconexión, el derecho a la intimidad frente a la vigilancia algorítmica, el derecho a la transparencia en la gestión automatizada y el derecho a la reparación por errores tecnológicos que impacten en los ingresos o la permanencia laboral. Estas propuestas se encuentran en sintonía con las recomendaciones de la OIT y el GDPR europeo, y resultan fundamentales para la construcción de un marco jurídico que responda a las realidades digitales contemporáneas.

El análisis de los datos recogidos revela, además, que los trabajadores de la economía *gig* carecen de un sistema de protección social adaptable a sus circunstancias, lo que los expone a una precarización estructural. Los algoritmos que asignan tareas y evalúan el desempeño operan, en muchos casos, como formas modernas de subordinación sin empleador visible, difuminando la relación de dependencia y dificultando el ejercicio de derechos colectivos.

Es importante recordar que el artículo 22 de la Constitución Política del Perú consagra el trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio

de realización personal. Por ello, corresponde al Estado garantizar que todos los trabajadores —sin distinción por la modalidad tecnológica empleada— puedan acceder efectivamente a los derechos mínimos e irrenunciables previstos por la ley.

En suma, los resultados evidencian que el derecho laboral peruano debe avanzar hacia una reconstrucción normativa que reconozca y proteja las nuevas formas de prestación de servicios en la economía digital. No basta con adaptar normas; se requiere identificar jurídicamente nuevas formas de sujeción y dependencia, garantizando el acceso efectivo a derechos individuales y colectivos. De lo contrario, el avance tecnológico corre el riesgo de traducirse en un retroceso de la protección laboral, perpetuando sofisticadas formas de precarización e invisibilidad jurídica para amplios sectores de trabajadores.

### ***Evolución del rol de los operadores jurídicos***

La transformación digital del mundo del trabajo no solo exige reformas sustantivas en el marco normativo, sino que también demanda una profunda evolución en el rol y la preparación de los operadores jurídicos. Inspectores laborales, jueces, asesores y litigantes enfrentan hoy el reto de proteger derechos en contextos marcados por la complejidad tecnológica, donde la lógica tradicional resulta, en muchos casos, insuficiente.

La evidencia recogida en entrevistas a funcionarios de SUNAFIL y abogados laboristas revela una brecha preocupante entre los cambios en los escenarios laborales y la capacidad técnica de quienes deben fiscalizar, interpretar y hacer cumplir la normativa. Varios inspectores reconocen la ausencia de protocolos para fiscalizar entornos virtuales de trabajo o plataformas digitales, lo que dificulta detectar relaciones laborales encubiertas, analizar condiciones de teletrabajo o identificar formas de subordinación mediada por algoritmos. Como indicó un inspector: “No sabemos cómo fiscalizar una app. No tenemos criterios claros ni formación para entender el algoritmo que asigna tareas”. Esta laguna

metodológica perpetúa la invisibilidad de nuevas formas de explotación digital y limita la capacidad sancionadora del Estado.

La problemática se extiende al ámbito judicial. Jueces laborales manifiestan dificultades para abordar casos relacionados con tecnologías disruptivas, tales como inteligencia artificial, *big data* y monitoreo electrónico. Ante la falta de criterios especializados, muchas controversias son resueltas aplicando normas tradicionales que no contemplan la complejidad de los conflictos digitales, resultando en sentencias que pueden desproteger a los trabajadores frente a prácticas innovadoras pero potencialmente lesivas.

Esta realidad valida lo argumentado por Vega (2019), quien sostiene que el operador jurídico contemporáneo debe superar el rol de simple aplicador de la ley y asumir una función de intérprete proactivo, capaz de incorporar principios de justicia social, ética digital y razonabilidad tecnológica en su labor. Solo así será posible evitar la reproducción automática de esquemas jurídicos obsoletos que perpetúan la impunidad de los nuevos modelos de explotación laboral digital.

Por otro lado, Torres (2023) enfatiza la importancia de garantizar vías efectivas para que las decisiones tomadas por sistemas automatizados en entornos laborales —ya sean despidos, asignaciones de tareas o evaluaciones de desempeño— puedan ser impugnadas ante operadores jurídicos formados en derecho digital. Estos profesionales deben comprender los fundamentos técnicos de los algoritmos involucrados y estar en condiciones de analizar su legalidad, transparencia y proporcionalidad, protegiendo así los derechos fundamentales de los trabajadores frente al poder tecnológico.

Frente a este escenario, se hace imperativo implementar programas de formación continua en derecho digital laboral para todos los operadores jurídicos. Dichos programas deben abarcar temáticas como inteligencia artificial, protección de datos, ética de la automatización, análisis algorítmico y técnicas de fiscalización remota, entre otros. La capacitación debe ser transversal, permanente y práctica,

permitiendo la construcción de un ecosistema jurídico robusto y adaptado a la realidad digital.

Además, la creación de unidades especializadas en fiscalización digital dentro de SUNAFIL resulta fundamental. Estas unidades deben contar con recursos tecnológicos, analistas de sistemas y personal legal capacitado, aptos para investigar relaciones laborales encubiertas en plataformas digitales, auditar algoritmos laborales, verificar el cumplimiento de derechos en el teletrabajo y recepcionar denuncias de trabajadores digitales.

En el ámbito judicial, se recomienda la instauración de juzgados laborales especializados en tecnología y derecho digital, así como la emisión de lineamientos jurisprudenciales claros que orienten la resolución de controversias sobre automatización, economía *gig*, desconexión digital y monitoreo algorítmico. La ausencia de jurisprudencia vinculante en estas materias genera inseguridad jurídica y propicia interpretaciones regresivas, en detrimento de los derechos laborales.

No menos importante es el fomento de la investigación jurídica aplicada y la producción doctrinaria sobre trabajo y tecnología en universidades y centros académicos. Solo un derecho laboral en diálogo permanente con la evidencia empírica, la interdisciplinariedad y la realidad tecnológica podrá responder a los desafíos del siglo XXI.

En conclusión, la actuación de los operadores jurídicos no puede limitarse a una función reactiva o formalista. Es necesario que asuman un rol activo, formativo y garantista frente a los nuevos escenarios del trabajo digital. La supervivencia del derecho laboral en la era tecnológica dependerá, en buena medida, de la formación, actitud crítica y compromiso de quienes tienen la misión de interpretar y aplicar la ley en defensa de la justicia social y la dignidad del trabajador.

## ***Impacto tecnológico en la calidad del empleo y bienestar***

La digitalización del trabajo ha generado impactos directos y complejos sobre la calidad del empleo y el bienestar integral de los trabajadores, en muchos casos alejándose de las promesas iniciales de mayor autonomía, productividad y conciliación entre la vida personal y laboral. Lejos de materializar estos beneficios de manera automática, la evidencia recogida revela que, en ausencia de una regulación efectiva, la tecnología está profundizando nuevas formas de precarización laboral y afectando la salud física y mental de quienes laboran bajo modalidades digitales.

Los testimonios de trabajadores del sector privado, tanto en teletrabajo como en plataformas digitales, confirman una experiencia compartida de aislamiento, sobrecarga digital, disponibilidad permanente y erosión del tiempo de descanso. Una trabajadora administrativa lo describe así: “Trabajo desde casa, pero ya no tengo horario. A veces estoy conectada 12 horas seguidas, y no me pagan horas extras ni reconocen el desgaste”. Estos relatos evidencian la emergencia del tecnoestrés, un fenómeno caracterizado por la hiperconectividad, el monitoreo constante y la sensación de que desconectarse conlleva consecuencias económicas adversas.

Aunque el derecho a la desconexión digital ha sido reconocido en el artículo 6 de la Ley N.º 31572, su falta de mecanismos operativos y de fiscalización impide que se convierta en una garantía real y efectiva para la mayoría de trabajadores digitales. La regulación insuficiente permite que las exigencias de disponibilidad y respuesta permanente invadan la esfera privada y generen desgaste emocional y físico, afectando el equilibrio vida-trabajo y la salud mental.

Desde la doctrina, Benítez (2022) advierte que la calidad del empleo en la era digital no puede reducirse al acceso a la tecnología o a los ingresos percibidos, sino que debe evaluarse considerando la autonomía, la seguridad, la previsibilidad y la sostenibilidad del entorno laboral. En este sentido, sostiene que el bienestar digital requiere normas específicas que regulen la carga cognitiva, el tiempo de

exposición tecnológica y los límites a la vigilancia algorítmica, evitando así la institucionalización del malestar laboral.

El problema se agudiza en la economía *gig*, donde los trabajadores son forzados a jornadas extensas y a una hiperdisponibilidad constante para alcanzar ingresos mínimos, sin acceso a seguridad social ni estabilidad contractual. Las plataformas, mediante sistemas de bonificación dinámica y evaluación algorítmica, incentivan la competencia y la presencia continua, lo que genera ansiedad, fatiga y, en muchos casos, abandono del trabajo en condiciones indignas. Un repartidor entrevistado lo sintetiza: “Si no estás disponible todos los días, la app te sanciona, y no tienes ingresos por semanas”. Estas prácticas refuerzan una relación de subordinación sin empleador visible, en la que los derechos básicos, como el descanso, la previsión de ingresos y la protección frente a accidentes o afectaciones en la salud mental, se encuentran severamente restringidos.

El análisis regional confirma la gravedad de estos retos. Weller (2020) señala que, en América Latina, la expansión de plataformas sin regulación adecuada ha amplificado desigualdades y debilitado la capacidad de los Estados para garantizar el trabajo decente. Destaca la importancia de adoptar un enfoque regulatorio contextualizado que combine innovación tecnológica con inclusión y equidad social, enfatizando que los beneficios del progreso digital solo serán posibles si se fortalecen las instituciones y los marcos normativos.

Paralelamente, la investigación documental revela que ni el Ministerio de Trabajo ni SUNAFIL cuentan hoy con protocolos específicos para fiscalizar riesgos psicosociales asociados al trabajo virtual, ni existen campañas públicas sobre salud mental digital o incentivos para que las empresas implementen políticas de bienestar tecnológico, como pausas activas, límites a la conexión diaria o desconexión programada. En contraste, países como Francia, Argentina y Uruguay han aprobado normativas y protocolos obligatorios que reconocen el estrés tecnológico como un riesgo laboral y protegen el derecho a la desconexión,

demostrando que es posible incorporar el bienestar psicosocial en el marco jurídico sin menoscabar la competitividad.

Estos hallazgos subrayan que la calidad del empleo en la era digital no es un resultado espontáneo del avance tecnológico, sino el fruto de decisiones políticas, regulatorias y organizacionales. Si tales decisiones priorizan únicamente la eficiencia y la rentabilidad, la tecnología puede convertirse en un factor de reproducción de desigualdades y precarización. Si, por el contrario, se orientan a promover el trabajo decente y la sostenibilidad, la digitalización puede abrir oportunidades para un desarrollo humano más equilibrado.

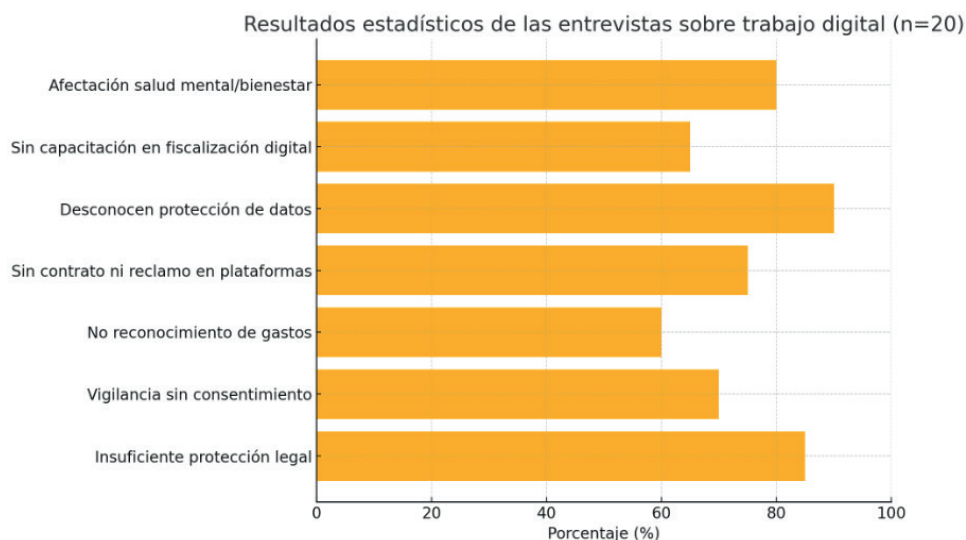
Por ello, resulta imprescindible que el derecho laboral digital asuma una dimensión de bienestar estructural, incorporando límites normativos al tiempo de conexión, políticas de salud mental digital, previsibilidad de ingresos y acceso universal a la protección social. La construcción de un ecosistema laboral saludable y justo en la era tecnológica no solo es posible, sino también necesaria, para evitar que el progreso sacrifique la dignidad y la integridad de la persona trabajadora en aras de la eficiencia.

### ***Análisis estadístico de los resultados de las entrevistas***

Tabla 1. Resultados estadísticos de las entrevistas sobre trabajo digital (n=20)

<b>Hallazgo principal</b>	<b>Frecuencia (n)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Perciben insuficiente protección legal en el trabajo digital	17	85%
Experimentan vigilancia digital sin consentimiento explícito	14	70%
No reciben reconocimiento de gastos de conectividad/equipamiento en teletrabajo	12	60%
Carecen de contrato escrito y mecanismos de reclamo en plataformas digitales	15	75%
Desconocen políticas de protección de datos en su centro de trabajo o plataforma	18	90%

Hallazgo principal	Frecuencia (n)	Porcentaje (%)
Carecen de capacitación específica sobre fiscalización de trabajo digital (abogados/funcionarios)	13	65%
Afirman que la hiperconectividad afecta su salud mental/bienestar	16	80%



El análisis estadístico de las 20 entrevistas realizadas evidencia que la mayoría de los participantes percibe insuficiente protección legal y prácticas de vigilancia digital sin transparencia en el entorno laboral digital. Destacan la falta de contratos escritos y mecanismos de reclamo en plataformas, el desconocimiento de políticas de protección de datos y la ausencia de capacitación institucional sobre fiscalización digital. Además, ocho de cada diez trabajadores reportan afectaciones a su salud mental por la hiperconectividad. Estos resultados cuantificados confirman la urgencia de reformas normativas y políticas públicas que respondan a las problemáticas emergentes del trabajo digital en el Perú.

## **Discusión**

### ***Contrastación con el marco teórico***

La evidencia empírica obtenida durante la investigación confirma y profundiza los planteamientos desarrollados en el marco teórico, en particular aquellos relacionados con el impacto del transhumanismo, la ética tecnológica y los derechos humanos en el ámbito laboral. La transformación digital del trabajo, lejos de ser un fenómeno periférico, ha reconfigurado las dinámicas de poder en la relación laboral, introduciendo nuevos desafíos que el derecho tradicional no ha podido resolver con eficacia.

Uno de los conceptos más relevantes para entender esta transformación es el de ciber subordinación, propuesto por Torres (2023), quien sostiene que en entornos digitalizados la subordinación laboral ya no se ejerce exclusivamente por personas físicas, sino por algoritmos y sistemas automatizados que asignan tareas, evalúan rendimientos y aplican sanciones. Esta forma de control, según la autora, se caracteriza por su opacidad, unilateralidad y desvinculación de los principios del debido proceso. Las entrevistas con trabajadores de plataformas digitales y teletrabajadores confirman la existencia de estas prácticas, evidenciando así la pertinencia de incorporar este concepto a la dogmática laboral peruana.

De manera complementaria, Fernández (2022) argumenta que el derecho laboral debe transitar hacia la constitucionalización de los derechos digitales laborales, en particular la transparencia algorítmica, el derecho a la intervención humana en decisiones automatizadas y la no discriminación por sistemas de inteligencia artificial. Estos derechos fueron invocados de manera indirecta por los trabajadores entrevistados, quienes exigían conocer los criterios por los cuales eran evaluados o sancionados por las plataformas, así como tener la posibilidad de impugnar decisiones “automáticas”. Lo anterior evidencia una laguna jurídica que debe ser cubierta por la legislación nacional.

Además, la OIT y la doctrina especializada han advertido que sin marcos éticos de gobernanza digital, los algoritmos pueden institucionalizar sesgos discriminatorios. Rosa Isabel Torres Cadillo señala que la inteligencia artificial plantea retos jurídicos inéditos como el riesgo de despidos masivos, la sustitución de tareas humanas y la adopción de decisiones automatizadas sin control humano, lo que exige reevaluar urgentemente los derechos laborales clásicos (Torres, 2023).

Desde el enfoque ético-tecnológico, López de la Fuente (2020) sostiene que los algoritmos utilizados en entornos laborales reproducen y amplifican desigualdades preexistentes, especialmente cuando no existe supervisión humana ni garantías mínimas de transparencia. Esta crítica coincide con los resultados obtenidos en el análisis documental, donde se constató la ausencia de normas claras que regulen el uso de tecnologías de monitoreo, control y evaluación de desempeño en el ámbito privado.

Finalmente, Vega (2019), desde una perspectiva institucional, advierte que el progreso tecnológico no es neutro y que su impacto en el mundo del trabajo depende de la calidad del diseño normativo y de la capacidad del Estado para actuar como regulador justo. Este planteamiento es crucial para entender por qué, a pesar de los avances tecnológicos, los niveles de precariedad se han incrementado: la falta de regulación adecuada ha permitido que las innovaciones se apliquen sin filtros de justicia, equidad ni protección social.

En síntesis, el análisis de los hallazgos empíricos confirma las líneas teóricas abordadas en la literatura especializada. La disonancia entre tecnología y derecho no es solo una cuestión de desfase temporal, sino de enfoque. La mayoría de las normas existentes parte de una visión antropocéntrica y presencial del trabajo, mientras que las dinámicas actuales requieren una nueva arquitectura jurídica centrada en la dignidad humana en entornos tecnológico-digitales.

## ***Verificación de hipótesis***

Los resultados obtenidos en esta investigación validan de manera contundente la hipótesis general planteada: el derecho laboral peruano puede y debe adaptarse a los desafíos y oportunidades que plantea la transformación tecnológica del mercado de trabajo —automatización, inteligencia artificial, teletrabajo y plataformas de economía *gig*— a través de la actualización de los marcos normativos, la implementación de políticas robustas de protección de datos, la definición de derechos y obligaciones específicos, y la evolución en la formación y actuación de los operadores jurídicos. Solo mediante estas transformaciones será posible garantizar un entorno laboral más justo, seguro y acorde con la dignidad de la persona trabajadora en la era digital.

A continuación, se presenta la verificación de las hipótesis específicas formuladas en la investigación:

### **Adaptación normativa ante la innovación tecnológica**

- Confirmada. El análisis jurídico realizado demuestra que la normativa laboral vigente en el Perú es claramente insuficiente para regular las nuevas realidades del trabajo mediado por tecnologías avanzadas. Las entrevistas corroboran que los trabajadores en entornos digitales se encuentran en situación de vulnerabilidad y desprotección, particularmente en el caso del teletrabajo, donde la Ley N.º 31572 evidencia limitaciones operativas y vacíos en su implementación (Ley de Teletrabajo, 2022).

### **Protección de datos y privacidad en el trabajo digitalizado**

- Confirmada. Las entrevistas evidenciaron la existencia de prácticas de vigilancia excesiva, muchas veces sin consentimiento informado ni acceso a mecanismos efectivos de reclamo, vulnerando así el derecho fundamental a la privacidad. La legislación vigente (Ley N.º 29733) no regula de manera clara y específica el entorno laboral digital, y su impacto es limitado debido a la insuficiencia de fiscalización y control.

### **Derechos y obligaciones en el teletrabajo y la economía *gig***

- Confirmada. El estudio revela la ausencia de marcos jurídicos diferenciados y específicos para los trabajadores de plataformas digitales, así como la falta de presunción de relación laboral en estos casos. Esta laguna normativa contribuye a agravar la informalidad laboral y perpetuar relaciones contractuales profundamente desequilibradas (López de la Fuente, 2020).

### **Impacto tecnológico en la calidad del empleo**

- Confirmada. Los testimonios recogidos muestran que la prometida flexibilidad laboral derivada de la tecnología se traduce, en la práctica, en nuevas formas de precarización cuando no existen garantías normativas efectivas. Se constata que la calidad del empleo en la era digital depende fundamentalmente del modelo institucional que regula la aplicación de la tecnología, más que de la tecnología en sí misma (Weller, 2020).

### **Evolución del rol de los operadores jurídicos**

- Confirmada. La investigación pone en evidencia que inspectores laborales y jueces carecen, en su mayoría, de la formación y especialización necesarias para abordar adecuadamente las controversias derivadas de los entornos laborales digitalizados. La necesidad de capacitación y actualización permanente fue reconocida de manera unánime por los entrevistados del sector jurídico.

### **Desarrollo de marcos regulatorios innovadores**

- Parcialmente confirmada. Si bien existen propuestas normativas relevantes a nivel doctrinal e internacional —como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en la Unión Europea—, en el contexto peruano no se han implementado reformas significativas hasta la fecha. Se identifica un potencial de desarrollo, aunque limitado por la falta de voluntad política y de institucionalidad técnica para llevar a cabo los cambios necesarios (Fernández, 2022; Vega, 2019).

### ***Evaluación crítica de vacíos normativos***

La investigación pone en evidencia que la regulación del trabajo digital en el Perú se caracteriza por una profunda fragmentación normativa, que responde de

manera reactiva a coyunturas específicas, pero carece de una visión estratégica y articulada capaz de afrontar los retos estructurales de la digitalización. Aunque el fenómeno del trabajo mediado por tecnologías emergentes se ha expandido de forma sostenida desde inicios de la década de 2010, la producción normativa no ha logrado acompañarse con la velocidad y complejidad de estos cambios, resultando en una proliferación de normas parciales y desarticuladas.

Un claro ejemplo de este enfoque limitado es la Ley N.º 31572 sobre teletrabajo, que si bien reconoce derechos emergentes como la desconexión digital, deja fuera de su regulación cuestiones esenciales tales como la compensación obligatoria por el uso de recursos personales, la regulación de la vigilancia tecnológica y la implementación de protocolos de protección psicosocial. La ambigüedad en el lenguaje normativo dificulta su aplicación y supervisión efectiva, mientras que la ausencia de mecanismos claros de sanción y procedimientos de denuncia ante SUNAFIL debilita su impacto real en la protección de los trabajadores.

En el caso de la economía *gig*, el vacío normativo es aún más pronunciado. La inexistencia de una ley específica que regule la relación laboral entre trabajadores y plataformas digitales ha permitido que las empresas estructuren sus modelos de negocio bajo el pretexto de la autonomía, eludiendo responsabilidades laborales y dejando en desprotección a quienes, en la práctica, se encuentran en una situación de subordinación económica y técnica. Esta omisión legislativa constituye una forma de tolerancia estructural hacia la deslaborización, contraviniendo principios fundamentales como la primacía de la realidad y la función tuitiva del derecho laboral.

De igual forma, la Ley N.º 29733 de Protección de Datos Personales no establece directrices claras sobre el uso de tecnologías de vigilancia en entornos laborales. La ausencia de criterios normativos que delimiten el alcance y los límites del monitoreo empleador-trabajador mediante software, geolocalización o inteligencia artificial, no solo vulnera el derecho a la privacidad, sino que

también afecta la dignidad humana en el trabajo, al dejar sin protección efectiva a los trabajadores frente a posibles abusos tecnológicos.

Esta fragmentación se agrava por la falta de integración entre el derecho laboral y otros ámbitos normativos afines, como el derecho digital, el derecho informático o el derecho constitucional. Las normativas sectoriales, como el Decreto Legislativo N.º 1412 sobre Gobierno Digital, operan de manera aislada, sin conexión real con la regulación laboral. Tal desarticulación normativa obstaculiza la creación de un ecosistema legal coherente y transversal, capaz de afrontar los desafíos multifacéticos y cambiantes del trabajo digitalizado.

Finalmente, es necesario destacar la carencia de jurisprudencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema en materia de derechos laborales digitales. Esta ausencia de interpretación autoritativa y de precedentes judiciales genera un alto grado de inseguridad jurídica, dejando a jueces, inspectores y trabajadores sin directrices claras para resolver conflictos relacionados con algoritmos, teletrabajo, privacidad digital y economía de plataformas.

En suma, los vacíos y fragmentaciones normativas identificadas en este estudio evidencian la urgencia de avanzar hacia una reforma integral y articulada del marco legal peruano, capaz de brindar respuestas eficaces y garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la era digital.

### ***Relevancia de los hallazgos para el diseño de políticas públicas***

Los resultados obtenidos en esta investigación constituyen un aporte significativo para la formulación y actualización de políticas públicas orientadas a la modernización del derecho laboral y a la promoción de condiciones de trabajo justas en el contexto digital. La identificación de vacíos normativos y operativos permite establecer prioridades claras para la intervención legislativa y administrativa, especialmente en lo relativo a la regulación del trabajo en

plataformas digitales, la fiscalización efectiva del teletrabajo y la protección integral de los datos personales en el ámbito laboral.

Desde una perspectiva de gestión pública, se hace indispensable fortalecer la capacidad institucional de SUNAFIL y otros organismos de fiscalización, dotándolos de competencias técnicas específicas para abordar las relaciones laborales no tradicionales que caracterizan la economía digital. Esto requiere la capacitación permanente de inspectores en materias como análisis de algoritmos, identificación de ciber-subordinación y uso de herramientas digitales para la fiscalización remota. La creación de unidades especializadas en trabajo digital dentro del aparato estatal permitiría responder de manera más eficaz a los desafíos emergentes y garantizar la protección efectiva de los derechos laborales en entornos virtuales.

La formulación de políticas públicas debe, asimismo, contemplar el desarrollo de programas de formación, actualización y reconversión laboral, dirigidos especialmente a trabajadores desplazados por la automatización y a quienes se desempeñan en condiciones precarias en plataformas digitales. Estas iniciativas deben implementarse en articulación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), el Ministerio de Educación y el sector privado, promoviendo alianzas estratégicas para el desarrollo de competencias digitales y la mejora de la empleabilidad en la economía del conocimiento.

En términos de gobernanza, resulta fundamental adoptar un enfoque intersectorial, inclusivo y participativo, en el que confluyan el MTPE, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, SUNAFIL, gremios empresariales, sindicatos y organizaciones de trabajadores digitales. La construcción de una gobernanza colaborativa permitirá generar normas legítimas, efectivas y sostenibles, capaces de responder a la pluralidad de intereses y desafíos presentes en el mundo del trabajo digital.

Además, es imprescindible que las políticas públicas incorporen una perspectiva de derechos humanos digitales, tomando como referencia los

principios y estándares promovidos por organismos internacionales como la OIT, la ONU y el Parlamento Europeo. El derecho al trabajo digno debe proyectarse hacia los entornos digitales, asegurando el acceso a plataformas laborales seguras, protección social, libertad sindical, seguridad jurídica y mecanismos eficaces de reparación y defensa frente a vulneraciones.

En suma, la relevancia de los hallazgos radica en su potencial para orientar el diseño de políticas públicas innovadoras y adaptadas a los desafíos de la era tecnológica, consolidando un marco normativo y de gestión que ponga en el centro la dignidad, la equidad y el bienestar de la persona trabajadora.

### ***Propuestas de marcos regulatorios innovadores***

Ley General del Trabajo Digital:

Crear una ley marco que regule específicamente el teletrabajo, las plataformas digitales y la subordinación tecnológica, con definiciones claras y protección adecuada.

Reforma de la Ley de Protección de Datos:

Incluir un capítulo sobre protección de datos laborales, con límites al monitoreo, transparencia algorítmica, evaluación de impactos y vías de reclamación.

Reconocimiento de derechos digitales laborales:

Establecer derechos como la desconexión digital, la transparencia algorítmica y la protección contra discriminación por IA, tomando como referencia los modelos europeo y de la OIT.

Presunción de laboralidad en plataformas:

Legalizar la presunción de relación laboral en plataformas digitales bajo criterios de control y dependencia, siguiendo el modelo español.

Defensoría del Trabajo Digital:

Crear un órgano autónomo que supervise, audite y defienda derechos laborales en entornos digitales.

Formación en derecho digital laboral:

Integrar la formación obligatoria en derecho digital en universidades y programas de capacitación para operadores jurídicos y funcionarios.

Protocolos de bienestar digital:

Exigir a los empleadores la implementación de protocolos para prevenir riesgos psicosociales, promover la salud mental y limitar la hiperconectividad.

## **Conclusiones**

- El derecho laboral peruano requiere una transformación normativa integral para responder adecuadamente a los desafíos que plantea la digitalización del trabajo. La investigación confirma que las normas actuales, diseñadas bajo paradigmas industriales y presenciales, resultan insuficientes para proteger los derechos de quienes laboran en modalidades digitales, como el teletrabajo y la economía de plataformas.
- Es urgente actualizar y armonizar la regulación del trabajo digital, abordando lagunas legales y articulando marcos específicos para plataformas digitales y teletrabajo. Los vacíos normativos identificados en materia de control algorítmico, monitoreo digital y presunción de laboralidad, así como la ausencia de integración entre las distintas ramas del derecho, perpetúan situaciones de informalidad, precarización y desprotección.
- La protección de datos personales y el derecho a la privacidad deben ser garantizados de manera efectiva en los entornos laborales digitales. El estudio demuestra que la legislación actual no ofrece salvaguardas suficientes frente a la vigilancia tecnológica y el uso intensivo de datos, lo que expone a los trabajadores a riesgos de abuso y vulneración de su dignidad.
- Es fundamental reconocer y garantizar nuevos derechos laborales digitales, tales como la desconexión digital, la transparencia algorítmica y la revisión humana de decisiones automatizadas. Estos derechos, ya reconocidos en

experiencias internacionales como la europea, son esenciales para equilibrar el poder entre empleadores y trabajadores en escenarios mediados por la tecnología.

- La calidad del empleo y el bienestar laboral en la era digital dependen más de la regulación y las políticas institucionales que de la tecnología en sí misma. La evidencia empírica recogida muestra que, sin un marco normativo adecuado, la digitalización puede traducirse en tecnoestrés, disponibilidad permanente y nuevas formas de precarización laboral.
- El rol de los operadores jurídicos debe evolucionar hacia una formación especializada y proactiva en derecho digital laboral. Inspectores, jueces y asesores requieren capacitación continua y la incorporación de herramientas tecnológicas para fiscalizar, interpretar y resolver controversias vinculadas al trabajo digital, garantizando una protección real y actualizada de los derechos laborales.
- La modernización del derecho laboral debe estar acompañada por políticas públicas inclusivas, intersectoriales y centradas en la persona trabajadora. La creación de una Defensoría del Trabajo Digital, el fortalecimiento de SUNAFIL, la implementación de protocolos de bienestar digital y la actualización de las currículas universitarias son medidas clave para avanzar hacia un ecosistema laboral justo y sostenible.

En síntesis, la adaptación del derecho laboral a la era digital no es solo una tarea legislativa, sino un proceso multidimensional que exige voluntad política, coordinación interinstitucional y un enfoque ético que ponga en el centro la dignidad y los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

## **Bibliografía**

Arjona, C. S. (2022). *La robotización y el derecho del trabajo: Aspectos críticos* [Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas]. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/524729/retrieve>

- Arroyo, E. A. y Montoya, R. (2017). *Trabajo y derechos humanos: Algunos retos contemporáneos*. Universidad Juárez del Estado de Durango. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/34039.pdf>
- Benítez, N. (2022). *Efectos de la era digital en las relaciones laborales*. Escuela de Graduados, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba. [https://repositoriosdigitales.mincyt.gov.ar/vufind/Record/RDUUNC\\_210dbf2aac01a52f9c036c6390c645ff](https://repositoriosdigitales.mincyt.gov.ar/vufind/Record/RDUUNC_210dbf2aac01a52f9c036c6390c645ff)
- Constitución Política del Perú (1993). <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>
- Estremadoyro, J. V. y Veliz, D. G. (2022). *La protección del derecho a la desconexión digital de los teletrabajadores del sector privado en Perú, un análisis crítico* [Tesis de bachillerato, Universidad Privada del Norte]. <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/91de28bf-c076-4795-a837-a292172b8b89/content>
- Fernández, M. (2022). Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica. *Revista de estudios jurídico laborales y de seguridad social*, (5), 181-204. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/15115/15349>
- Ford, E. (2019). *El reto de la democracia digital: Hacia una ciudadanía interconectada*. Jurado Nacional de Elecciones. ONPE; Konrad-Adenauer-Stiftung; Democracia & Desarrollo Internacional. <https://www.democraciadigital.pe/sites/default/files/libro-el-reto-de-la-democracia-digital.pdf>
- Ley del Teletrabajo. Ley N.º 31572 (2022). Diario Oficial El Peruano. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021\\_2026/ADLP/Texto\\_Consolidado/31572-TXM.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021_2026/ADLP/Texto_Consolidado/31572-TXM.pdf)
- López de la Fuente, G. (2020). *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores*. Editorial Tirant lo Blanch. <https://albergueweb1.uva.es/constitutiva/wp-content/uploads/2021/02/L10-9788413551654.pdf>
- López de la Fuente, J. (2020). *El estatuto jurídico del trabajador en la era de la inteligencia artificial: Entre algoritmos, plataformas y derechos*. Editorial Dykinson. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=989553>
- López, E. (2021). Derechos humanos: Trabajo y seguridad social frente a las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial en México. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 15(48), 157–178. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-157.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo & Unión Industrial Argentina (2020). *El futuro del trabajo en el mundo de la Industria 4.0*. [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms\\_749337.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms_749337.pdf)

- Rodríguez, D. E. (2019). *Los desafíos del Derecho de las TIC en la sociedad de la información en el siglo XXI: Una puerta a la cooperación internacional* [Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos].
- Sepúlveda, M. (2022). *Derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica*. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 359-380). Laborum. <https://idus.us.es/items/46cd220b-a2f4-44ed-8fd7-2dd63afe3f99>
- Torres, R. I. (2023). Los riesgos y los desafíos que enfrentan los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(7), 289–313. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/778/1082>
- Vega, M. L. (2019). Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo. *IUSLabor*, 2(11). <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/361277/455994>
- Weller, J. (2020). Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: Oportunidades y desafíos. *Revista CEPAL*, (130), 7–28. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5ce6eb0f-5e56-4853-aac4-45f4c7ee8f48/content>



## **¿Hacia los derechos de la naturaleza? Una postura ante el posible cambio de paradigma<sup>1</sup>**

### ***Toward the Rights of Nature? A Position on a Possible Paradigm Shift***

Dante Leonardo Olivera Danos<sup>2</sup>

#### **Resumen**

El presente trabajo es uno de carácter de revisión de la literatura bibliográfica en la que el autor analiza el posible cambio de paradigma en el contexto peruano respecto a considerar como sujetos de derecho a la naturaleza o entidades de esta. Para tal empresa, se inicia indagando brevemente las bases históricas y filosóficas sobre el denominado “antropocentrismo” y la singularidad o no del humano en la naturaleza. Luego, se realiza una breve descripción sobre las posturas antropocéntricas y ecocéntricas en torno a la relación entre el humano y naturaleza, lo que nos llevará a hacer un análisis sobre la implicancia de las bases filosóficas analizadas previamente de cara al estadio denominado estado constitucional, los derechos, una posible constitución ecológica y el cambio. Posteriormente, se verá

1 El presente artículo es una versión extendida y mejorada de una ponencia presentada para el “VIII Coloquio de estudiantes de derecho. UARM” en octubre del 2024.

2 Estudiante de sexto año en la carrera de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador académico del Centro de Análisis Constitucional – Manuel Vicente Villarán. Asistente de cátedra en el curso de Derechos Fundamentales. Coordinador Editorial en Instituto Pacífico. ID: <https://orcid.org/0000-0001-7978-6787>. Contacto: [dante.leo2001@gmail.com](mailto:dante.leo2001@gmail.com)

el desarrollo de la constitución ecológica a nivel jurisprudencial, y el cuidado de la naturaleza a nivel comparado y convencional.

**Palabras clave:** derechos de la naturaleza, paradigmas, antropocentrismo, ecocentrismo, Estado constitucional.

## **Abstract**

This paper is a literature review in which the author analyzes the possible change of paradigm in the Peruvian context with respect to considering nature or entities of nature as subjects of law. In order to do so, he begins by briefly investigating the historical and philosophical bases on the so-called “anthropocentrism” and the singularity or not of humans in nature. Then, a brief description of the anthropocentric and ecocentric positions on the relationship between humans and nature is made, which will lead us to an analysis of the implications of the philosophical bases previously analyzed in the face of the stage called constitutional state, rights, a possible ecological constitution and change. Subsequently, we will see the development of the ecological constitution at the jurisprudential level, and the care of nature at the comparative and conventional level.

**Keywords:** rights of nature, paradigms, anthropocentrism, ecocentrism, constitutional state.

## **Introducción**

Marx soslayaba hace cerca de dos siglos que los filósofos se reducían a interpretar el mundo, pero se olvidaban de transformarlo.<sup>3</sup> Encuentro un símil en esta tesis con lo expresado por Bobbio casi un siglo después, al postular que el problema de nuestro tiempo no es la fundamentación, sino la protección de los derechos humanos. Para el iusfilósofo italiano, el problema “no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político” (Bobbio, 1991, p. 63-64). Se plantea, entonces,

---

3 La famosa tesis once sobre Feuerbach. <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/45-feuer.htm>

cierto giro copernicano en dejar de lado los fundamentos y abstracciones teóricas para pasar a un terreno de la *praxis*.

Lo anterior puede repotenciarse con los diversos criterios de interpretación constitucional y de los derechos fundamentales que amplían la protección de estos (Carpio, 2003; Sosa, 2009) en el marco de la persona humana como punto central del derecho (Castillo, 2020, p. 97). Es decir, se intenta dar una *vis expansiva* de los derechos fundamentales para la mayor protección de la persona humana.

En el presente, pareciera que los filósofos y operadores del derecho intentan cambiar la realidad, a veces de manera intempestiva, y otras con reflexiones o fundamentos válidos.

Así, el panorama en la actual de las cosas, se tratan de repensar algunos fundamentos respecto a los nuevos derechos, su evolución o expansión, y su titularidad.

El preámbulo presentado está en relación con las sentencias que reconocen al río Marañón como titular de derechos. La primera sentencia, EXP. 00010-2022-0-1901-JM-CI-01, declara, dentro de su parte resolutive, lo siguiente:

*3.1. DECLARAR AL RÍO MARAÑÓN Y SUS AFLUENCIAS COMO TITULAR DE DERECHOS*; tiene derecho a fluir, para garantizar un ecosistema saludable, el derecho a brindar un ecosistema sano, el derecho fluir libremente de toda contaminación; el derecho a alimentar y ser alimentado por sus afluentes, el derecho a la biodiversidad; el derecho a que se la restaure, Derecho a la regeneración de sus ciclos naturales; [...] (Juzgado Mixto-Natua I, EXP. 00010-2022-0-1901-JM-CI-01)

Por su parte, la sentencia de segunda instancia mencionó lo siguiente:

DÉCIMO SEXTO.- (...) este Colegiado considera que no resulta inviable que se disponga la declaratoria de derechos solicitada por la demandante mediante el presente proceso de amparo, más aún, cuando del contenido de la demanda se advierte la intención de recurrir y reclamar derechos en el nombre propio del río

Marañón (aún sobre la identidad de la demandante), con el objeto de que mediante una decisión judicial se dispongan provisiones a favor del mismo, en virtud de las acciones de menoscabo de los que este ha sido objeto durante los últimos años. En ese tenor, el reconocimiento de los derechos solicitados (desglosados en párrafo que precede) resulta una alternativa necesaria para lograr una adecuada tutela en favor de dicho ente. (Sala Civil – Sede Central. Exp. 00010-2022-0-1901-JM-CI-01)

Estas sentencias se enmarcan como las primeras en nuestro país que reconoce de manera expresa a la naturaleza como un sujeto de derecho.

Si bien la sentencia de primera instancia tiene diversos puntos controversiales, los puntos a interesarnos en la presente investigación son la del debate entre antropocentrismo y ecocentrismo, y la posibilidad de existencia de la denominada “constitución ecológica”.

La posición defendida en este trabajo es la siguiente: Si bien los partidarios de un ecocentrismo propician la división entre “ecología superficial” y “ecología profunda” Rozzi (2007), considero que quienes no apostamos por dicha visión filosófica podemos optar por una protección de la naturaleza también desde una perspectiva antropocéntrica, siento esta integral, esto es, repensar algunas ideas clásicas de la visión antropocéntrica, pero no renunciar a ella como fundamento de los derechos en nuestra sociedad.

Para tal empresa, dividiré el presente trabajo en dos tres partes: la primera de ellas será de carácter estrictamente filosófico, donde se desarrollará el puesto especial del hombre a través de la historia y en la actualidad, posteriormente se verán los fundamentos del antropocentrismo y ecocentrismo de cara a una mejor postura antropocéntrica. La segunda parte entrará a un campo de interrelación entre lo filosófico y jurídico, preguntándonos sobre el estado constitucional, la evolución de derechos y la posibilidad de extender la categoría de sujetos de derechos a los entes naturales. La tercera parte será una descripción y análisis estrictamente jurídico en donde se verá la posibilidad de la construcción de una

constitución ecológica en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y un breve análisis del derecho comparado y convencional.

## **El puesto del hombre en el cosmos, ¿hay una singularidad en el ser humano?**

Una cuestión base para el presente trabajo es una análisis antropológico e histórico del puesto del hombre en la actualidad, haciendo un recorrido por cada época y la relación que tiene esta con ciertas ideas imperantes en dichas épocas que acabaron por caracterizarlas.

Corrales (2024) ha planteado una interesante división entre teocentrismo, antropocentrismo y el incipiente ecocentrismo (pp. 2026-2011). Tomaremos cierta base de la división planteada por el autor peruano; sin embargo, haremos ciertos agregados propios en base a ciertas imprecisiones que consideramos, uniendo así épocas a ideas.

### ***La premodernidad y el teocentrismo***

La premodernidad abarcaría desde las primeras manifestaciones de la religiosidad judeocristiana, pasando por el supuesto paso del mito al logos<sup>4</sup> y desembocaría con el apogeo del cristianismo y la gran relevancia mundial que tenía la Iglesia en la edad media. Esta época está caracterizada por la cuasi fusión del Estado con la religión. La religión como conjunto de ideas metafísicas inspiradas en la divinidad funciona como sustento del poder de la mayoría de los estados y como base moral para el hombre premoderno. Se tendrá la sensación de que todo gira en torno a la divinidad y nada podía sustentarse fuera de esta.

El hombre, en la presente época, queda relegado a un plano inferior de lo divino. Hombre y naturaleza están al servicio de la misión divina (Corrales, 2024,

---

4 Cabe aclarar que nunca hubo una ruptura del mito con el logos como usualmente se suele creer, sino que el nacimiento y expansión del logos siguió teniendo mucha influencia de “los mitos” o lo religioso. Véase Reale y Antiseri (1988), sobre todo en la parte inicial respecto a la filosofía griega.

p. 207). Este plano superior de lo divino tendrá su apogeo en la llamada edad media, en donde se consolidaría la visión teocéntrica, irradiándose a casi todos los campos del saber. En el derecho se manifestará esta irradiación en el derecho canónico, el cual subsume al humano a lo divino.

La posición del hombre en la presente época pareciera ser de subordinación a lo divino y no poseer un puesto especial en el cosmos.

### ***La modernidad, el antropocentrismo y la muerte de dios***

La época que marca un antes y un después entre la premodernidad y la modernidad es el Humanismo, el cual marca un punto de quiebre, una nueva confianza en lo humano y cierta separación de lo divino. Así, Reale y Antiseri (1995), mencionan que, en dicho periodo, se da una gran modificación no solo de la filosofía, sino de todos los aspectos de la vida del ser humano, ya sea en el ámbito social, político, religioso, científico, artístico, entre otros (p. 26). Esto es, se da un cambio total en la vida del hombre.

El Humanismo desembocará en el Renacimiento y, posteriormente, en la Ilustración. En tal sentido, es el Humanismo el proceso-hito de tránsito entre la premodernidad y la modernidad, y es el Renacimiento la primera etapa de la modernidad (Laje, 2022, pp. 66-68).

La unión entre modernidad y Renacimiento es reconocida incluso por Peces-Barba, para quien “no se puede hablar de derechos fundamentales hasta la modernidad”, y esta modernidad tendría “caracteres identificables del mundo a partir del Renacimiento” (2004, p. 73).

En esta época se cambia su dirección desde la divinidad hacia el hombre, haciendo que este se ponga en el centro del mundo. Esta especie de “rebelión” del hombre contra la divinidad creará un nuevo orden mundial de carácter antropocéntrico, lo cual, al mismo estilo que el teocentrismo, irradiará a las distintas ramas del saber.

Es con el iluminismo que se desarraiga a la divinidad de los hechos del hombre y el ciudadano. Esta férrea separación tendrá su versión más radical en los franceses, toda vez que se evidenciará (sobre todo en el proceso de su revolución) que hay un ataque contra lo divino y clerical y un afán de una secularización racional (Hayek, 1998, pp. 86-92). Al mismo tiempo Kant proclamaba la independencia del hombre de las tinieblas de la fe y de la especulación (*sapere aude*), con lo que daba pie a una renovada fundamentación de los derechos. Menciona Kant (2004) lo siguiente:

Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). (p. 42)

Como afirmaba Nietzsche, en la modernidad se presenta la muerte de dios, lo cual significa la caída del teocentrismo y su remplazo por el antropocentrismo (algunas veces moderado, otras veces más radical). Adquiere, entonces, el hombre un estatus de preeminencia en el mundo y, en cierto modo, una inhibición respecto a lo que va más allá de la relación con otros hombres.

El puesto del hombre, en esta época, es de superposición a los fundamentos divinos-metafísicos, buscando fundamentos de las cosas ya no en una razón divina o religiosa, sino secular, y creyéndose un “dios” que pudiese moldear al mundo a su imagen y semejanza con ayuda de la ciencia y de la técnica.

## ***La modernidad tardía y la caída del hombre***

Algo sucedió en el siglo XX que frenó la idea antropocéntrica presente. Los conflictos bélicos cada vez a mayor escala y algunos “excesos” de la razón comenzaron a destruir el paradigma imperante entrado el siglo XX.

La primera guerra mundial, ciertos excesos de las revoluciones industriales, el advenimiento de las ideologías totalitarias, el descalabro económico de Europa y, futuramente, el de Estados Unidos, harían perder la fe en el hombre y en el progreso humano. Al respecto, Nisbet (1986) apuntaba a una gran pérdida de fe en el progreso de Occidente a raíz de dichos sucesos antes mencionados, incluyendo la idea de que “la naturaleza y sus recursos se están agotando” (p. 23), haciendo una gran alusión a los problemas ambientales de la época.

En esta época se presentan ciertos hechos que darían las bases para el futuro movimiento ecocéntrico.

Por el lado de los hechos fácticos tendremos, primero, el incipiente constitucionalismo social se expresará de manera concreta en las constituciones de México de 1917 y la de Weimar en 1919, inaugurando así la presencia de los derechos sociales en las constituciones; como segundo elemento tendremos la cada vez mayor la automatización de los procesos en la industria y la expansión de esta, lo que ocasionará que en el mundo capitalista comience a verse algunos efectos negativos del capitalismo industrial. Este daño ambiental, como lo revelarán los hechos, no solo es propio del capitalismo, sino del mundo socialista.<sup>5</sup>

Por un lado, más intelectual, surgirán nuevas corrientes filosóficas que cuestionarán de manera dura y férrea los hechos catastróficos acontecidos, producto de las acciones humanas y, de alguna manera, también a este. En primer lugar, se encontrará la antropología filosófica del existencialismo;<sup>6</sup> en

---

5 Tal es el dato sobre el mar aral, que en menos de 50 años pasó de ser uno de los lagos más grandes del mundo a un desierto.

6 Resaltan las figuras de Martín Heidegger con *El ser y el tiempo* e *Introducción a la metafísica*. Otra figura importante será Jean Paul Sartre con obras como *El ser y la nada* y *El existencialismo es un humanismo*.

segundo lugar tendremos al posestructuralismo;<sup>7</sup> por último, tendremos al posmodernismo.<sup>8</sup>

El puesto del hombre, en esta época, apunta a cierta caída, toda vez que, desde distintos pensamientos se lo comienza a cuestionar. Ya no vendría a ser el hombre, sino la máquina, las estructuras o los pequeños relatos en los que se pone la nueva fe del progreso. Este contexto, como veremos más adelante, dará origen al ecocentrismo.

Si bien esta división es estrictamente occidental, consideramos que es una división histórica aplicable a nuestra sociedad, por la influencia occidental que tenemos.

### ***El puesto del hombre en la actualidad***

Es complicado revitalizar el puesto del hombre en la actualidad o fundamentar el por qué tiene cierta singularidad o especialidad dentro del mundo; sin embargo, no es una tarea imposible si se parten de bases correctas de la antropología.

Gadamer escribiría asombrado que en la segunda mitad del siglo pasado pocos jóvenes que tengan interés por la filosofía no conozcan el nombre de Max Scheler (Antiseri y Reale, 1988, p. 505). En efecto, parece ser que el nombre del importante antropólogo del siglo pasado está (aún hoy) muy desvalorado o es poco conocido.

Max Scheler, consideraba que sí poseemos un puesto especial en el cosmos, producto de una diferenciación entre hombres, plantas y animales y las características que cada uno de estos entes tiene. Así, renovando, en parte, la teoría aristotélica del “alma”, hace una diferenciación entre las plantas, los animales y el

---

7 Si bien el estructuralismo nace de diversas corrientes filosóficas, estas darán luego nacimiento al posestructuralismo del cual sus dos representantes principales son Michael Foucault y Jacques Derrida.

8 Movimiento con aspiración filosófica nacida en la segunda mitad del siglo pasado que tiene una “incredulidad” respecto a los “grandes relatos”, siendo su principal representante Jean-François Lyotard en *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*.

hombre, distinguiéndonos, principalmente, por ciertos rasgos psicológicos, pero, principalmente, espirituales y metafísicos.

La persona, además de poseer ciertos rasgos psicofísicos superiores, posee lo que él denomina “espíritu” (lo que los griegos denominaban razón), esta característica es la que hace posible cierta conciencia de sí mismo y del mundo del que lo rodea y del cual es parte. Mientras el animal puede tener cierto grado de inteligencia, este sigue estando dentro del mundo, no dándose cuenta, necesariamente, de esto, sino que obedece a instintos, al grupo, la manada o a la tradición (herencia genética). En tanto el hombre se diferencia de los animales en el sentido de poseer este espíritu y un alto grado de conciencia de sí mismo y de conciencia de este en el mundo. Esta conciencia en el mundo hace posible que pueda objetivizar el mundo (hacer de este parte de su objeto de conocimiento consciente) y, dentro de esa aprehensión, captar las esencias y los valores objetivos que hay en este. En síntesis, manifestaba lo siguiente:

El hombre —en cuanto persona— es el único que puede elevarse por encima de sí mismo —como ser vivo— y partiendo de un centro situado, por decirlo así, allende el mundo tempo-espacial, convertir todas las cosas, y entre ellas también a sí mismo, en objeto de su conocimiento. (Scheler, 1994, p. 57-58)

Habría, entonces, cierta metafísica trascendental que nos diferencia de animales y plantas y que nos daría cierto grado de especialidad en el mundo.

Una idea de la especial metafísica que tenemos como seres humanos se puede encontrar a Martín Heidegger, cuando en su Introducción a la metafísica inicia preguntándose la clásica pregunta ontológica de “¿Por qué el ente y no más bien la nada?” y, luego de una breve exposición, respondiendo que esta pregunta trascendental se da a entender que la pregunta particular da pie a una cuestión intrínseca: solo el ente humano es capaz de formular una pregunta sobre la totalidad del ente. En tal sentido, la realización de la pregunta denotaría cierta

autoconsciencia del ente humano sobre el mundo exterior y la metafísica en general. Es el ser humano el que, con su conciencia, puede llegar a comprender al ser en su totalidad mediante el asombro por ciertas preguntas, es el humano el que, en parte, les da el sentido y asombro metafísico a las cosas del mundo, cosa imposible en otro tipo de seres vivientes.

En el presente se suele pensar que únicamente es por la sensibilidad o lo sensoriomotriz que le debemos dar especial importancia a ciertos seres de la naturaleza (animales y plantas); sin embargo, consideramos que reducir la importancia de los seres a su sensibilidad es un absurdo, toda vez que no se analiza la totalidad de la existencia, de la vida y no se integran otros saberes para hallar una respuesta.

Concordamos con Casillo (2020) cuando afirma que la persona humana es una realidad pluridimensional y posee ciertos atributos como el de inteligencia racional o el de voluntad libre (p. 141), que hace que sea trascendente en el mundo actual y tenga un mayor valor que otros seres de la naturaleza.

## **La falsa dicotomía entre antropocentrismo y ecocentrismo: hacia un mejor antropocentrismo**

Cuando hablamos de derechos para la naturaleza, inevitablemente estamos entrando al terreno de lo ecocéntrico, es decir, a una filosofía completamente novedosa y contraria a lo que muchas veces hemos escuchado. Básicamente tenemos al antropocentrismo y al ecocentrismo.

Speranza (2006) sostiene que el antropocentrismo mira a la especie humana como el centro de la creación, estando esta especie como superior, en comparación a las otras. Respecto al ecocentrismo, manifiesta que este ve al humano como parte de la naturaleza, cuestionando los actos violentos que se ejercen sobre otras especies, en base a la presunta superioridad que este tendría (p. 24).

Como se puede entender, según esta (y la mayoría, sino todas) tesis partidaria del ecologismo filosófico, habría una inevitable contradicción entre ambas posturas, lo que llevaría a que estas sean incompatibles.

Siguiendo la línea del maestro de la ecología filosófica Arne Naess, hay una diferenciación entre ecología superficial y la ecología profunda. La ecología superficial se preocupa por la relación del humano en el medio, el resguardo de los animales y el ambiente que le sean útil al humano y sean un resguardo para su supervivencia. Por otro lado, la ecología profunda no haría una distinción entre hombre y medio, sino cierta unidad entre ambas; asimismo, considera que todos los seres vivos poseen un valor intrínseco, con lo cual no habría una especial importancia solo para el ser humano, sino para el planeta en general (pp. 32-33). Se entiende, entonces, que el ecocentrismo tiene más asidero en una ecología profunda que en una superficial, toda vez que esta última tiene aún relación implícita con el antropocentrismo.

Una característica adicional al ecocentrismo consiste en un cambio de cosmovisión (Naess) o de paradigma (Bolf). En efecto, Naess considera que tiene que haber una nueva filosofía o cosmovisión de la realidad, en cuanto a que el centro de los estudios, fines y principales consideraciones ya no puede ser el hombre como realidad individual, sino que debemos ir hacia una realización planetaria, esto es, de todos los seres vivos sin discriminación alguna (Speranza, 2006). De manera muy similar, Leonardo Boff plantea que estamos ante una crisis de paradigma de nuestra civilización, lo cual devendría de una crisis ecológica (medioambiental) evidente producto del abuso del paradigma antropológico y utilitarista hacia el humano que este tiene. Boff (s/f) se pregunta si es compatible mantener una lógica de acumulación infinita y lineal con el cuidado de los sistemas ecológicos, la preservación del futuro y la desaparición de especies y recursos naturales, dando la idea de que hay un fuerte antagonismo entre el paradigma de existencia y aprovechamiento de los recursos, versus el de conservación de la comunidad con su integridad cósmica y terrestre (pp. 6-7)

Ante la imposibilidad de que el paradigma antropológico afronte la consecuencia de sus actos, se idea un nuevo tipo de paradigma: el planetario. Ya no será, entonces, el ser humano el que sea el centro de atención de los problemas actuales, sino que tiene que ser la madre tierra. En consecuencia, no se podría rebajar la tierra a una mera utilización de recursos naturales, pues esta posee identidad propia, similar a la de un organismos complejo y dinámico.

Notamos que la concepción de Naess es de carácter un poco más deóntica, mientras que la de Boff deviene más de una postura más consecuencialista. Más allá de pequeñas diferencias de raíz, ambos concuerdan en que se debe dar un “giro biocéntrico” (Gudynas, 2014).

Una vez expuesto de manera general ciertas tesis ecocéntricas es menéster realizar breves críticas para dejar entrever ciertas falencias que estas puedan tener en sus posturas.

Como primer punto, está la visión dualista o cerrada respecto al antropocentrismo. Hay, para el ecocentrismo, una disyunción fuerte entre la filosofía ecocéntrica y la antropocéntrica, no puede resultar cierto punto medio. Esto se ve reforzado con el inevitable “cambio de paradigma” o “giro biocéntrico” que mencionamos.

Consiero que el partir de una disyunción fuerte equivale a partir de una falsa dicotomía o de una dialéctica débil, puesto que no se puede generar ciertos puntos en común entre una u otra filosofía, no se podrían “rescatar” ciertas cosas positivas de uno u otro paradigma. Esto no es correcto.

La visión ecocéntrica tiene cierta razón en mencionar que, durante el siglo pasado, se ha perdido parte del equilibrio o la armonía entre el humano y la naturaleza, que no hemos tenido un ciudadano esencial (Boff, 2022). Sin embargo, esta pérdida del equilibrio ha servido para que tanto gobiernos<sup>9</sup> como empresas<sup>10</sup> puedan comenzar a tomar acciones positivas en torno al ciudadano del medio

---

9 El ejemplo más expresivo de los gobiernos en el mundo puede ser el Protocolo de París.

10 Tal como lo demuestran Terry, A. & Donald, L. (1993). *Ecología de mercado*. Unión Editorial.

ambiente y generar consensos para su restauración efectiva. No es correcto, entonces, que la causa o cierto problema antropogénico nos tenga que llevar, inevitablemente, a un cambio radical de paradigma. En cambio, sería más adecuado o correcto el que haya una especie de integración de paradigmas, cierto punto común entre ambos, no “despreciando” ni al humano, ni al animal o a las plantas, sino reconociendo ciertos valores en cada uno de ellos, pero, recalcando la mayor importancia del *antropos*.

El segundo problema que parece presentar el econcentrismo es que roza con cierto “desprecio” hacia el ser humano (o eso pareciese), cuando ve que la mayoría (sino todos) los problemas de la actualidad giran en torno a sus acciones. Sería positivo recordar en esta instancia que, a menos que haya un desarrollo exponencial de la tecnología venidera, las acciones antropológicas del presente y de gran parte del siglo pasado no son las únicas que han alterado al planeta: se está quitando la “responsabilidad”<sup>11</sup> a las acciones naturales o que ocurren en el espacio. Así, es muy probable que ciertas erupciones volcánicas, terremotos, ciclones (muy común en Estados Unidos) o incendios naturales causen devastaciones de igual o de mayor grado que las que causa el hombre. Es más, en pleno 2024 se registró una intensa actividad solar que estuvo alterando nuestro campo electromagnético y puso en cierto grado de peligro la vida terrestre.<sup>12</sup> No es del todo correcto que se tenga que connotar de manera negativa al ser humano por cuestiones que, en muchos aspectos, rebazan su actividad limitante.

Por último, he de notar algo preocupante y que está ligado a los puntos anteriores: el igual estandarte de valores asignados a todos los seres vivos.

Una propuesta de antropocentrismo crítico tendría que reconocer un especial valor no solo en los humanos, sino también en otros seres vivientes y sintientes; sin embargo (y como se argumentó líneas arriba), este reconocimiento no tiene que equivaler a un igual reconocimiento para todos. El ser humano es un ser

---

11 Pongo entrecomillas este término, puesto que no se le puede cargar de responsabilidad a la naturaleza, solo a los seres morales.

12 Puede verse la nota en el siguiente enlace: <https://goo.su/zzJB>

especial y superior al de los otros seres vivos; sin embargo, esta superioridad no tiene por que llevarlo, de modo alguno, a un abuso de su especial puesto en el cosmos, peor aún, a su potencial destrucción de los demás seres vivos de la Tierra.

Por otro lado, el saber y reconocer la importancia del humano y su existencia presente no nos tiene que llevar a cierto atomismo social, dado que el ser humano es un ser relacional y social, no solo con otros, sino con su medio, con la naturaleza, con el cosmos. La relación especial que tiene el ser humano con su medio debe llevar, de igual manera, cierto grado de responsabilidad de este. Sería poco concebible que al relacionarnos con los demás humanos solo tengamos derechos, pero no deberes o responsabilidades. De igual manera, la relación con otros seres vivos o sintientes tiene que acarrear cierto grado de responsabilidad con ellos.

Si bien los animales y el medio ambiente (como se deja entrever a lo largo del presente trabajo) no pueden ser sujetos de derechos, esto no implica que no tengamos deberes con ellos. Estos deberes, por ejemplo, podría constar de cierto equilibrio medioambiental (usar, pero reponer) y el de cierto sufrimiento innecesario de los animales cuando sea oportuno.

Un punto adicional de este paradigma integrado es que tiene que reconocer que, si bien el humano es su centro, no todo tiene que estar y girar exclusivamente en torno a este, lo cual, ya se manifiesta en ciertos ámbitos académicos. El humano es especial por muchas cosas, pero no todas las cosas inventadas o creadas en la sociedad deben girar única y exclusivamente hacia él, por más que este deba ser el punto de partida y al que se le deba dar especial trascendencia. No se debe caer en cierta falacia genética: el solo hecho de que el humano haya creado algo, no implica, necesariamente, que solo lo creado le obedecerá a él, tienen que haber razones detrás. Tenemos en el derecho cierto cuidado a los animales y al medio ambiente; en las ciencias naturales tenemos cierto grado de bioética respecto a experimentos en animales.

Quedaría ahora ver si cierto grado de valor que se le puede asignar al medioambiente es suficiente para considerarlo como sujeto de derecho, para lo cual es necesario entrar a un ámbito jurídico en estricto.

## **La unión entre lo filosófico y lo jurídico: El estado constitucional**

El paso del antiguo régimen al Estado Moderno significó también el paso de los fundamentos de los derechos fundamentales. Landa (2002), recogiendo las lecciones de Fioravanti y de Böckenförde, mencionará que el fundamento antiguo de los derechos fundamentales eran teorías acerca del Estado. Dependería en qué visión o concepción del Estado se tuviese para ver el nivel de fundamento o libertad de los derechos fundamentales. Las concepciones iniciales giraban en torno al Estado y su relación con el individuo. En consecuencia, el fundamento último de los derechos fundamentales se circunscribía al Estado.

Posteriormente se fue dando paso el Estado Constitucional, donde “la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales” (Landa, 2002, p. 57). La Constitución y su conjunto de valores eran, ahora, el fundamento de los Estados y no a la inversa. Todas las nuevas teorías daban especial importancia a los denominados derechos fundamentales.

La síntesis de este nuevo paradigma se manifestó en el documento denominado Declaración Universal de los Derechos Humanos y el proceso de consolidación del Estado Constitucional. Tal como lo manifiesta Prieto Sanchís (1990): los derechos fundamentales asumen una función de legitimación del poder político. Es el poder político quien se subordina a los derechos fundamentales y no a la inversa (p. 20).

En este contexto, comienzan a aparecer y consolidarse nuevas interpretaciones de estos y surge un debate iusfilosófico sobre los mismos, teniendo el debate filosófico implícito sobre si aún se puede continuar hablando de un progreso

en el género humano o, por el contrario, no existe dicha idea y navegamos a la intemperie en la historia y, en consecuencia, en los derechos.

Se puede decir que, implícitamente, es a las ideas de Kant a las que debemos la moderna declaración de DD.HH. y, en gran parte, ciertos fundamentos filosóficos de los derechos fundamentales. En cuanto a los hechos evidentes o explícitos, Kant (2007) da el fundamento moderno de la dignidad humana y lo liga al de la libertad, entendida como autonomía de la voluntad; asimismo, esta idea de dignidad no es aplicable al individuo, sino al género humano, por ende, la dignidad vendría a ser universal. Sin embargo, la influencia de Kant no solo está presente de manera evidente, sino de manera implícita en ciertas concepciones filosóficas.

En su escrito *Filosofía de la Historia* Kant (2004) aborda el tema del progreso de la humanidad, llegando a la conclusión positiva que nuestro género se haya en constante progreso hacia lo mejor en base al uso de la razón y a la universalidad de este.<sup>13</sup> Podríamos afirmar que Kant es el progresista moderno por excelencia en este sentido. La idea de progreso filosófico parece haberse inmiscuidos en casi todos los saberes o campos académicos desde los días de Kant.

Ahora bien, ¿esta idea de progreso humano (y de los derechos) puede incluir a otras entidades que no pertenezcan al género humano? Si seguimos las ideas kantianas, diríamos que no; sin embargo, hay otras corrientes como el posestructuralismo<sup>14</sup> o el posmodernismo<sup>15</sup> que, no tienen como su eje al ser humano, sino a las “estructuras” y a los “pequeños relatos”. En estos otros vértices

---

13 De manera más explícita en sus escritos *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita* y *Reiteración de si el género humano se haya en constante progreso hacia lo mejor*.

14 Michael Foucault mencionará que el ser humano ha muerto y que lo que en la actualidad importa es analizar las estructuras, dentro de lo cual estaría la relación del derecho con el poder y con el discurso de la verdad. Por ende, no es necesario que el saber o las disciplinas académicas (dentro de las cuales puede estar el derecho) se centren en el ser humano como objeto de estudio, pues este sería un impedimento, sino que vayan más allá de este.

15 Lyotard, por su parte, mencionará que no existe una idea de verdad universal, sino que hay una “verdad impuesta”, no hay una historia oficial del ser humano, sino “pequeños relatos”. Es así que no se podrían hablar de un fundamento válido o certero sobre los derechos para el ser humano

se puede dar pie a derechos más allá de los seres humanos, dado que se desafía la idea de lo humano como centro de análisis y reflexión (el ser humano no es un ente especial, ruptura antropocéntrica).

Más allá de un debate extenso sobre los fundamentos filosóficos de una u otra postura, lo cierto es que parece haber triunfado aún la idea del progreso de los derechos (más aún en el ámbito constitucional) y este parece tener dos manifestaciones claras: el criterio de expansión de los derechos fundamentales (Carpio, E. 2003), y el optimismo en el devenir de estos (Bobbio, 1991).

Queda establecido entonces que en el presente estadio del Estado (constitucional) los derechos fundamentales legitiman al poder público y, dentro de los derechos fundamentales y su interpretación, se encuentran interpretaciones que dan pie a una expansión de derechos en el presente siglo XXI, con pequeñas posibilidades de dejar una postura antropocéntrica.

### **¿Hacia una expansión de los sujetos de derecho?**

Si bien se tiene establecida cierta idea del progreso humano y una expansión en los derechos, una cosa es esta expansión en los derechos fundamentales y otra muy distinta es si se puede dar un salto de la expansión de los sujetos de derechos. Para esto tenemos que preguntarnos, sintéticamente, qué es un derecho, sus características y si puede ser posible o admisible que haya nuevos sujetos de derechos.

Los derechos pueden definirse generalmente como aquellas facultades, poderes, autorizaciones o situaciones que el ordenamiento jurídico confiere a la persona para obrar o no hacerlo ante ciertas personas o bienes, para satisfacer sus intereses (Torres, 2015, p. 383).

Si los derechos son sinónimos de facultades que tenemos frente a otros particulares o frente al Estado (visión antropocéntrica), entonces los sujetos de derechos vendrían a ser única y exclusivamente los seres humanos (pp. 427-428).

Una de las principales voces peruanas que se manifiestan en contra de la exclusividad de los seres humanos como sujetos de derechos es Peña Lobato (2024). En un interesante recuento acerca de los argumentos más comunes contra la posibilidad de dar titularidad a la naturaleza como sujeto de derecho y su posterior refutación, enumero los siguientes que menciona el autor:

1. No necesariamente tiene que haber correlatividad entre derechos y deberes (segundo argumento)
2. La imposibilidad de ejercicios de derechos (tercer argumento)
3. Se desnaturaliza y confunde el concepto de sujeto de derecho y ser humano (séptimo argumento)

En estos argumentos se deja entrever que no tendría por qué haber una relación directa entre derechos y deberes, en la capacidad de ejercerlos o no y que los derechos subjetivos no son exclusivos al ser humano por una confusión con la idea de sujeto de derecho. Básicamente la crítica principal es de carácter analítico en cuanto a las relaciones jurídicas. Respetuosamente, discrepamos del mencionado autor.

Mauro Barberis (2008) realiza un interesante análisis analítico acerca de los derechos, tomando como base a Hohfeld y sus conceptos jurídicos fundamentales. Para el filósofo italiano los derechos vendrían a ser “situaciones jurídicas de ventaja” en el cual, inevitablemente, hay relaciones jurídicas básicas y fundamentales, toda vez que un derecho no es solo ese derecho, sino que implica otros derechos y otros deberes implícitos. Según Barberis, “[t]odos los derechos, tanto jurídicos como morales, son en realidad macroderechos, agregados de microderechos hohfeldianos: diversas combinaciones, racimos o «paquetes» (*clusters, packages*) de libertades, pretensiones, inmunidades, poderes” (pp. 16-17). Sumado a esto, se tiene la cuestión de los derechos-razones en donde, más allá de estar presente ciertas relaciones jurídicas, lo que verdaderamente

importaría es la formulación de razones a raíz de valores para reivindicar deberes y otros derechos (p. 18).

En cada “derecho” puede estar implícita una razón, un valor o un motivo; sin embargo, siempre se tienen presente a las relaciones jurídicas, sea de derecho a otros derechos, o sean de derechos y deberes, y en estas relaciones siempre está el ser humano. No se puede apartar al humano de una relación jurídica.

La breve reflexión analítica de por medio nos daría a entender que, contrario a lo que argumentan algunas voces novísimas, no sería posible otorgar cierta titularidad de sujetos de derechos a entidades que posean ciertas capacidades para, precisamente, interactuar en ese gran cúmulo de razones y relaciones jurídicas que implica ser titular de derechos (y deberes).

Dentro de la visión de otorgar iguales derechos a otras entidades de la naturaleza que no sea humanas, se tiene la idea implícita de que hay un “igual valor” entre la especie humana y los animales o los seres vegetales, lo cual, a nuestra consideración, no es admisible por las razones explicadas *supra* a nivel teórico; sin embargo, tampoco sería posible igualar nuestro estatus moral al de otras entidades por una razón práctica evidente: quienes accionan (usando el sentido jurídico de la palabra) siempre son los seres humanos, no un animal o una planta. El iniciar un proceso es una facultad que tiene el hombre y no la planta, con lo cual se evidencia una gran diferencia que, indirectamente, nos dotaría de un mayor valor por poseer dicha capacidad de accionar.

Esta capacidad de accionar es reconocida por partidarios de la expansión del estatus de sujetos de derecho como Bustamante (2025), al mencionar que “resultaría por lo menos reflexivo que ante la falta de capacidad de ejercicio existirían representantes legales que ejerzan, en este caso por la naturaleza o los ríos, los derechos inherentes a ellos” (p. 83-84). Esta misma acción y representación de los humanos ante seres naturales, nos coloca en una posición superior.

Se evidencia de que, en el estado actual de las cosas, el ser humano es el único que merecería la catalogación de sujeto de derecho, teniendo un valor superior, pero, al mismo tiempo, un elevado deber de responsabilidad respecto a los animales y medio ambiente.

Una vez revisado todo el marco filosófico y jurídico en general, nos queda un último paso: analizar ciertas posibilidades y límites de la pretendida “constitución ecológica” en nuestro ordenamiento constitucional.

## **Sobre la posibilidad de una constitución ecológica peruana basada en el ecocentrismo**

La idea de una constitución ecológica no es reciente, sino que deviene y se deriva de una serie de sentencias a lo largo de los años. Consideraremos, dentro de este cúmulo, cinco sentencias que se enmarcan una determinada línea de doctrina jurisprudencial sobre el derecho y deber del cuidado del medio ambiente y una constitución ecológica.

La primera sentencia que aborda de manera amplia la cuestión medioambiental es el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC. En esta sentencia se logra 1) la delimitación del contenido esencial del derecho; y 2) los principios subyacentes a este.

En cuanto a la delimitación del contenido esencial, este consta de los siguientes supuestos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve:

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. (...)

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, f.j. 17)

Respecto a los principios a tomarse en consideración y que revisten al derecho protegido se menciona lo siguiente:

- a) El principio de desarrollo sostenible o sustentable, el cual consiste en satisfacer las necesidades básicas humanas y potenciarlas en la medida de lo posible, pero sin afectar la igual satisfacción que se pueda dar respecto a las futuras generaciones.
- b) El principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales.
- c) El principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia
- d) El principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados.
- e) El principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano.
- f) El principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente.
- g) El principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0048-2004-PI/TC ff.jj. 18-19)

La segunda sentencia es la del Exp. N.º 4223-2006-PA/TC en el cual se fijaron ciertas relaciones jurídicas básicas en relación con el derecho a contar con un

medio ambiente sano y equilibrado. Este derecho, al igual que con los derechos fundamentales, cuenta con un haz de derechos y deberes positivos y negativos: hay una obligación negativa del Estado para no dañar al ecosistema, esto es, una abstención por parte del órgano estatal; por otro lado, hay una obligación positiva para realizar acciones de conservación, prevención y reparación del medio ambiente (ff.jj. 2-6). Estas obligaciones, claro están, no se limitan solo hacia el estado, sino que son oponibles y exigibles a los particulares (f.j. 22). Queda establecido las relaciones jurídicas básicas del derecho al medio ambiente equilibrado.

La tercera sentencia recae en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC, en el cual se reconoce, por primera, vez de manera explícita a la “Constitución Ecológica”, concepto al que le atribuyen el significado de ser “el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental” (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 03610-2008-PA/TC f.j. 33). Si bien se hace referencia a este nuevo concepto, no se delimita de manera concreta a qué disposiciones se hacen referencia.

El defecto de la anterior sentencia es suplido por el Exp. N.º 00012-2019-PI/TC en el cual se establece de manera concreta las disposiciones constitucionales:

Dentro de la denominada “Constitución ecológica” se encuentran los artículos establecidos en el capítulo segundo del título tercero de la Norma Fundamental. Así, el artículo 66 de la Constitución ha establecido en materia de ambiente y recursos naturales que:

- a. Los recursos naturales son patrimonio de la Nación;
- b. El Estado es soberano en su aprovechamiento; y,
- c. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

Además, en los artículos 67 y 68 de la Constitución, respectivamente, se establece que el Estado determina la política nacional del ambiente promoviendo el uso sostenible de los recursos y la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Por último, en el artículo 69 el constituyente fijó el deber del Estado de promover el desarrollo sostenible de la Amazonía con una regulación adecuada. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00012-2019-PI/TC, ff.jj. 9-10)

Por último, en el Exp. N.º 03383-2021-PA/TC se entra al debate doctrinario sobre el concepto, tratando de delimitar su significado más allá de las simples disposiciones dadas. Así, la sentencia se propone delimitar si dicho concepto hace referencia a una concepción antropocéntrica, ecocéntrica o biocéntrica (f.j. 40). Se da cierto corte ecocéntrico (ecología superficial en clave de Naess) al mencionar que el medio ambiente “contiene muchos elementos diferentes entre sí que tienen sus propias particularidades [...] que merecen protección por diversas razones, no todas ellas exclusivamente dependientes de los intereses o las necesidades humanas” (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 03383-2021-PA/TC, f.j. 41.). Asimismo, se menciona que “no corresponde establecer de modo excluyente un único motivo ni una exclusiva fundamentación en torno a la raigambre constitucional de la naturaleza y a la importancia de su protección” (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 03383-2021-PA/TC, f.j. 42). Se concluye entonces que la Constitución Ecológica protege tanto al medio ambiente *como a la naturaleza* (f.j. 49).

Esta última sentencia analizada, si bien da ciertos esfuerzos para tratar de fundamentar qué filosofía se debería seguir al momento de conceptualizar la Constitución Ecológica, cae, en el mejor de los casos, en un gran vacío al solo dedicarle cuatro párrafos muy pobres de fundamentación al debate doctrinario y filosófico, pareciendo que o no desea entrar a este de manera completa y general, o tiene la intención somera de dar cierto alcance a la filosofía ecocéntrica, pero generando cierta vaguedad respecto a lo que verdaderamente desea decir. Sea

cual fuese el motivo de la poca argumentación, consideramos pertinente tomar las palabras del voto singular de la magistrada Pacheco Zerga: el debate doctrinal propuesto debe tener un mayor estudio, sobre todo si se desea tener la conclusión de la ponencia presentada.

Como se podrá apreciar, la línea doctrinal seguida a lo largo de todas las sentencias son de corte antropocéntrica que rozan al antropocentrismo crítico, pero sin llegar a profundizar en los fundamentos de este o en dar mayores explicaciones. Esta línea jurisprudencial parece dar algunos atisbos a una ecología superficial.

### **¿Qué dice el derecho comparado y convencional?**

En esta parte analizaremos los instrumentos jurídicos internacionales y comparados respecto a la idea de constitución ecológica y protección al medio ambiente, los cuales, en algunos casos, son usados como parte del bloque de constitucionalidad (como han reflejado diversas sentencias del Tribunal Constitucional y la sentencia que declara al río marañón como sujeto de derecho).

En primer lugar, Ecuador, a través de su Asamblea Constituyente de los años 2007 y 2008, dispuso la creación (y posterior aprobación) de su actual carta constitucional, la cual, en su artículo 10, menciona lo siguiente:

Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. *La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.* (Constitución énfasis añadido)

En esta disposición se puede ver la importancia dada a la naturaleza como parte del conjunto de sujetos de derecho, este primer atisbo es desarrollado de mejor manera en los artículos 71 y 72, los cuales mencionan lo siguiente:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y

regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda (...)

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (...)

Es así que nuestro país vecino sí otorga rango de sujeto de derecho a la naturaleza, pero solo brinda algunos derechos limitados; sin embargo, el solo hecho de tener estas disposiciones constitucionales, pueden dar una idea de cierto viraje de una postura antropocéntrica a una un poco más ecocéntrica.

Este cambio constitucional, como dirán algunos autores, supuso un cambio de visión “de la Naturaleza objeto y mercancía, a una Naturaleza sujeto de derechos, con valores intrínsecos independientemente de la utilidad que pueda o no tener para los seres humanos” (Esperanza y Alberto, 2017, p. 2931).

Por el lado de las sentencias comparadas tenemos la famosísima sentencia T-622 de 2016. Expediente T-5.016.242 de la Corte Constitucional colombiana que desarrolla de manera mucho más profunda el debate filosófico y jurídico sobre los derechos de la naturaleza, así, la sentencia nos menciona lo siguiente respecto a la Constitución ecológica:

Ahora bien, el concepto de Constitución Ecológica recoge algunos de los más importantes desarrollos legales para la protección del medio ambiente que se han dado en el marco del derecho internacional en las últimas décadas, principalmente, desde que se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo (1972) (...)

Así las cosas, en nuestro constitucionalismo -que sigue las tendencias globales en la materia-, el medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas. Sin embargo, no ha sido un proceso fácil: *la evolución conceptual del derecho a la par del reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus múltiples componentes frente a la estrategia del desarrollo sostenible han sido producto de un proceso complejo y difícil que aún genera controversia al intentar conciliar a un mismo tiempo tres elementos: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en el entendido que esta conjugación permita la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los recursos en el presente y en el futuro.* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, f.j.5.3). (énfasis añadido)

Asimismo, la presente sentencia desarrolla, en extenso, los conceptos de antropocentrismo, biocentrismo y ecocentrismo (ff.jj. 5.8, 5.9 y 5.10), lo cual genera un mayor marco de debates jurídicos respecto al enfoque constitucional que debería adoptar la corte.

La presente sentencia no solo desarrollo dichos conceptos, sino que tuvo un enfoque integral al relacionarlos con otros conceptos de capital importancia dentro de la protección al medio ambiente como lo es el Estado Social y Democrático (ESD), la biodiversidad y los derechos bioculturales,<sup>16</sup> llegando a la siguiente conclusión:

(...) la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias*

---

16 Para un mejor entendimiento, puede leerse la sentencia completa en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

*merecedoras de protección en sí mismas.* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, f.j. 10) (énfasis añadido).

Esta negativa se basa en la especial consideración que se le tiene al género humano como ente especial y trascendental en base a las consideraciones ontológicas y antropológicas planteadas. Es el ser humano un ente especial y superior a otros entes existentes por cierta metafísica y autoconciencia que posee, características que no se encuentran en otros seres vivientes por más evolucionados que estos sean.

Por último, a nivel convencional, recientemente se tiene la Opinión Consultiva OC-32/25, la cual habla acerca de la emergencia climática y los derechos humanos. Esta opinión fue solicitada por los países de Chile y Colombia debido a los efectos perjudiciales y devastadores de la emergencia climática.

Respecto al derecho humano al medio ambiente, la corte menciona lo siguiente:

272. El derecho humano a un ambiente sano se ha entendido como un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, con connotaciones tanto individuales como colectivas. (...)

273. Esta Corte reitera, asimismo, que el derecho al ambiente sano como derecho autónomo protege los componentes del ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. *Se trata de proteger a la naturaleza no solamente por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, sino por su interdependencia vital con los demás organismos que hacen posible la vida en el planeta.* (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-32/25) (énfasis añadido)

Como se aprecia, la interpretación de la corte se aleja de una postura estrictamente antropocéntrica y le da un valor en sí mismo a la naturaleza, virando

un poco a una postura ecocéntrica, lo cual, en parte, se concreta con la siguiente afirmación:

279. (...) El reconocimiento del derecho de la Naturaleza a mantener sus procesos ecológicos esenciales *contribuye a la consolidación de un modelo de desarrollo verdaderamente sostenible*, que respete los límites planetarios y garantice la disponibilidad de los recursos vitales para las generaciones presentes y futuras. *Avanzar hacia un paradigma que reconozca derechos propios a los ecosistemas resulta fundamental para la protección de su integridad y funcionalidad a largo plazo, y proporciona herramientas jurídicas coherentes y eficaces frente a la triple crisis planetaria a fin de prevenir daños existenciales antes de que estos alcancen un carácter irreversible.*

280. Este reconocimiento permite superar concepciones jurídicas heredadas, que concebían a la Naturaleza exclusivamente como objeto de propiedad o recurso explotable. *Reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos implica también visibilizar su rol estructural en el equilibrio vital de las condiciones que hacen posible la habitabilidad del planeta.* Este enfoque fortalece un paradigma centrado en la protección de las condiciones ecológicas esenciales para la vida y empodera a comunidades locales y pueblos indígenas, quienes históricamente han sido guardianes de los ecosistemas y poseen conocimientos tradicionales profundos sobre su funcionamiento. (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-32/25) (énfasis añadido)

En opinión de la corte, sí resulta conforme a la convención el reconocimiento de la naturaleza como sujetos de derecho, lo cual proporcionaría un marco a los estados para su protección y el avance hacia el desarrollo sostenible.

Ahora bien, ¿resultan razonables y vinculantes estos instrumentos jurídicos? En nuestra perspectiva, sí tienen una interesante connotación y razones detrás de ellos, pero eso no los hacen necesariamente vinculantes (salvo algún tribunal los integre a alguna sentencia), lo cual tampoco las desvalida por completo.

Ciertamente, tanto el constitucionalismo ecuatoriano, colombiano y la opinión de la corte tienen muchos aciertos y concuerdan en un punto central: la especial tutela que merece la naturaleza y el mayor deber de cuidado que debe tener el ser humano con esta; no obstante, esta premisa las lleva a romper con una postura antropocéntrica, en vez de mejorarla o integrarla. Los motivos y preocupaciones medioambientales dados por el derecho comparado y convencional no nos deben llevar, necesariamente, a adoptar sus soluciones, pero sí a rescatar lo mejor de cada una de ellas para poder mejorar en el cuidado de la naturaleza.

### **Conclusiones: ¿qué postura elegir?**

La postura sobre otorgar la titularidad de sujetos de derecho a la naturaleza, en el presente trabajo, resulta adversa.

Esta negativa se basa en la especial consideración que se le tiene al género humano como ente especial y trascendental en base a las consideraciones ontológicas y antropológicas planteadas. Es el ser humano un ente especial y superior a otros entes existentes por cierta metafísica y autoconciencia que posee, características que no se encuentran en otros seres vivientes por más evolucionados que estos sean.

Asimismo, se dejó en evidencia ciertas contradicciones o imposibilidades lógico-epistémicas que presentaría el optar por una filosofía ecocéntrica, toda vez que esta filosofía plantea una falsa disyuntiva entre los paradigmas enfrentados y no da pie a una posible integración entre ellos, siendo una mejor opción optar por un antropocentrismo crítico que valore las diversas formas de vida y las cuide, pero no desmereciendo al ser humano, por el contrario, considerándolo superior.

Posteriormente se entró a un análisis de corte jurídico, haciendo un breve recorrido por las bases constitucionales y iusfilosóficas que fundamental el estado actual del Estado Constitucional y su relación con los derechos fundamentales y cierto progresismo de por medio.

Estas consideraciones previas nos llevaron a responder a la pregunta de si es posible o no otorgar titularidad de sujeto de derecho a otros entes no humanos, siendo la respuesta eminentemente negativa y añadiendo fundamentos de corte analítico.

Finalizamos advirtiendo que no debe confundirse la postura tomada con un negacionismo absoluto: el no conceder la categoría de sujeto de derecho a la naturaleza no implica su desprotección o el pedir de que se la destruya, crear ello implica un reduccionismo académico y que única y exclusivamente se puede proteger a la naturaleza concediéndoles el título de sujetos de derecho, dejando de lado otras variables como el diseño institucional de protección de derechos, la efectividad de las normas que tutelan nuestros derechos o la efectividad de los mecanismos procesales en la actualidad. Pensar que solo por catalogar a algo como sujeto de derecho se hará más efectiva su protección, implica centrarse solo en el concepto y obviar todo lo demás.

## **Bibliografía**

- BARBERIS, M. (2008). *Ética para juristas*. Editorial Trotta.
- BARRON, A. (2015). “Disciplina, soberanía, gubernamentalidad: Foucault y la teoría jurídica”. En FABRA ZAMORA, J. (ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. UNAM.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema
- BOFF, L. (2002). *El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la tierra*. Editorial Trotta.
- (s/f). *ECOLOGIA. Grito de la tierra, Grito de los pobres*. <https://casamdp.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/08/boff-cap-i.pdf>
- BUSTAMANTE JIMENEZ, M. (2025). Los Ríos como Titulares de Derechos en el Perú: A Propósito de la STC Exp. N.º 00010- 2022-0-1901. *YachaQ: Revista De Derecho*, (18), 75-89. <https://doi.org/10.51343/yq.vi18.1673>
- CARPIO MARCOS, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*, (56), 463-530. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.010>
- CASTILLO CORDOVA, L. (2020). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Tomo I. Zela.

- CORRALES MELGAREJO, E. (2024). ¿Del derecho a la naturaleza a los derechos de la naturaleza? En *Gaceta Jurídica* (194), 201-226.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16>
- CORTE IDH. (29 de mayo del 2025). Opinión Consultiva OC-32/25. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_32\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_32_esp.pdf)
- FERRER MAC-GREGOR, E. (Coor.). *Interpretación Constitucional. Tomo I*. Editorial Porrúa.
- GUDYNAS, E. (2014). *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Centro Latino Americano de Ecología Social.
- HAYEK, F. (1998). *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial
- (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial
- HEIDEGGER, M. (2001). *Introducción a la metafísica*. Editorial Gedisa S.A.
- JUZGADOMIXTONATUA-I.PoderJudicial,EXP.00010-2022-0-1901-JM-CI-01.
- KANT. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (Trad. Manuel García Morente). Pedro M. Rosario Barboza.
- (2004). *Filosofía de la Historia*. (Trad. Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa). Caronte Filosofía.
- LANDA, C. (2002). Teorías de los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, (6), 49-71.
- MARTINEZ, E. & ACOSTA, A. (2017). Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Direito e Práx*, 8(4), 2927-2961. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>
- NISBET, R. (1986). La idea de progreso. *Revista Libertas*, (5). [https://www.esea-de.edu.ar/files/Libertas/45\\_2\\_Nisbet.pdf](https://www.esea-de.edu.ar/files/Libertas/45_2_Nisbet.pdf)
- PECES-BARBA MARTINEZ, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson.
- PEÑA LOBATO, I. (2024). Naturaleza como Sujeto de Derecho: respondiendo a sus críticos. Instituto Legal de Defensa. <https://www.idl.org.pe/la-naturaleza-como-sujeto-de-derecho-respondiendo-a-sus-criticos/>
- PRIETO SANCHIS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate.
- RAMOS, J. (2022). *Crítica a la razón crítica. Historia y metapolítica del progreso*. Mundo Editorial
- REALE, G. & ANTISERI, D. (1988). *Historia del pensamiento científico y filosófico*. Tomo I. Editorial Herder.
- (1995). *Historia del pensamiento científico y filosófico*. Tomo II. Editorial Herder.
- (1988). *Historia del pensamiento científico y filosófico*. Tomo III. Editorial Herder

- ROZZI, R. (2007). Ecología superficial y ecología profunda: filosofía ecológica. *Revista Ambiente y Desarrollo*. (1). 102-105.
- SCHELER, M. (1992). *El puesto del hombre en el cosmos*. Letrae.
- SOSA SACIO, J. (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Constitucional.
- SPERANZA, (2006). *Ecología profunda y autorrealización. Introducción a la filosofía ecológica de Arne Naess*. Editorial Biblos.
- STC Exp. N.º 0048-2004-PI/TC
- STC Exp. N.º 4223-2006-PA/TC
- STC Exp. N.º 03610-2008-PA/TC
- STC Exp. N.º 00012-2019-PI/TC
- TORRES VASQUEZ, A. (2015). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Instituto Pacífico.
- Fernández, M. (2022). Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica. *Revista de estudios jurídico laborales y de seguridad social*, (5), 181-204. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/15115/15349>
- Ford, E. (2019). *El reto de la democracia digital: Hacia una ciudadanía interconectada*. Jurado Nacional de Elecciones. ONPE; Konrad-Adenauer-Stiftung; Democracia & Desarrollo Internacional. <https://www.democraciadigital.pe/sites/default/files/libro-el-reto-de-la-democracia-digital.pdf>
- Ley del Teletrabajo. Ley N.ª 31572 (2022). Diario Oficial El Peruano. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021\\_2026/ADLP/Texto\\_Consolidado/31572-TXM.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021_2026/ADLP/Texto_Consolidado/31572-TXM.pdf)
- López de la Fuente, G. (2020). *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores*. Editorial Tirant lo Blanch. <https://albergueweb1.uva.es/constitutiva/wp-content/uploads/2021/02/L10-9788413551654.pdf>
- López de la Fuente, J. (2020). *El estatuto jurídico del trabajador en la era de la inteligencia artificial: Entre algoritmos, plataformas y derechos*. Editorial Dykinson. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=989553>
- López, E. (2021). Derechos humanos: Trabajo y seguridad social frente a las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial en México. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 15(48), 157–178. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-157.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo & Unión Industrial Argentina (2020). *El futuro del trabajo en el mundo de la Industria 4.0*. [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms\\_749337.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms_749337.pdf)

- Rodríguez, D. E. (2019). *Los desafíos del Derecho de las TIC en la sociedad de la información en el siglo XXI: Una puerta a la cooperación internacional* [Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos].
- Sepúlveda, M. (2022). *Derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica*. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 359-380). Laborum. <https://idus.us.es/items/46cd220b-a2f4-44ed-8fd7-2dd63afe3f99>
- Torres, R. I. (2023). Los riesgos y los desafíos que enfrentan los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(7), 289–313. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/778/1082>
- Vega, M. L. (2019). Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo. *IUSLabor*, 2(11). <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/361277/455994>
- Weller, J. (2020). Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: Oportunidades y desafíos. *Revista CEPAL*, (130), 7–28. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5ce6eb0f-5e56-4853-aac4-45f4c7ee8f48/content>



## **Importancia del consumidor para el estado peruano, una mirada desde el enfoque constitucional**

### ***The importance of consumers for the peruvian state: a constitutional perspective***

Eduardo Jesús Chocano Ravina<sup>1</sup>

#### **Resumen**

Desde el constitucionalismo económico, la economía social de mercado exige instituciones que garanticen un acceso equitativo al mercado, lo cual presupone una efectiva protección al consumidor. Este no es un sujeto pasivo, sino el agente que realiza los fines del modelo económico constitucional: eficiencia con justicia y competencia con equidad. Su reconocimiento como sujeto de derechos implica que garantías como la información, seguridad y reparación deben ser leídas como derechos fundamentales. En este contexto, la intervención estatal no contraviene la libertad de empresa, sino que actúa como una garantía constitucional para preservar los fines del mercado. La asimetría informativa entre proveedor y consumidor no es solo un problema económico, sino un conflicto de poder que

<sup>1</sup> Bachiller de Derecho en la Universidad de Lima y es estudiante de filosofía en la Universidad TECH. Ganador en la categoría de ponencia estudiantil en el I Congreso Nacional e Internacional de Derecho Ambiental organizado por la Universidad Científica del Sur, CMS Grau y Sociedad Peruana de Derecho Ambiental-SPDA. Autor y coautor de artículos en Derecho Constitucional en revistas indexadas como en portales web. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2254-6197>. Correo de contacto: [ejchocano@gmail.com](mailto:ejchocano@gmail.com).

compromete la igualdad sustancial. Por ello, el Estado no solo puede, sino que debe intervenir para corregir estos desequilibrios mediante regulación, supervisión y sanción, fortaleciendo así un mercado justo y constitucionalmente legítimo.

**Palabras Clave:** Consumidor, jurisprudencia, Tribunal Constitucional, protección, economía social de mercado.

## **Abstract**

From the standpoint of economic constitutionalism, the social market economy requires institutions that guarantee equitable access to the market, which presupposes effective consumer protection. The consumer is not a passive subject, but the agent that achieves the goals of the constitutional economic model: efficiency with justice and competition with equity. Its recognition as a subject of rights implies that guarantees such as information, safety and redress must be read as fundamental rights. In this context, state intervention does not contravene freedom of enterprise, but acts as a constitutional guarantee to preserve the purposes of the market. The information asymmetry between supplier and consumer is not only an economic problem, but a conflict of power that compromises substantive equality. Therefore, the State not only can, but must intervene to correct these imbalances through regulation, supervision and sanction, thus strengthening a fair and constitutionally legitimate market.

**Keywords:** Consumer, jurisprudence, Constitutional Court, protection, social market economy

## **1. Introducción**

Kennedy (1962) señaló que todos somos consumidores y que, como grupo, ejercemos una influencia directa sobre las decisiones económicas públicas y privadas<sup>2</sup>. Más de

---

2 Información obtenida de la página web del Gobierno de Colombia proveniente del siguiente enlace: <https://www.sic.gov.co/Que-hay-detras-del-mes-del-consumidor#:~:text=La%20historia%20comienza%20un%2015,decisiones%20econ%C3%B3micas%20p%C3%ABlicas%20y%20privadas.>

seis décadas después, esta afirmación sigue siendo pertinente, especialmente en regímenes como el peruano, donde el modelo económico constitucional, la economía social de mercado, reconoce al consumidor como eje de su estructura funcional.

No obstante, este reconocimiento no está exento de tensiones constitucionales. En particular, el artículo 65° de la Constitución establece un deber estatal de proteger al consumidor frente a las dinámicas propias del mercado. Este deber convive con principios de libertad de empresa, iniciativa privada y mínima intervención estatal, generando un conflicto latente entre derechos fundamentales de los consumidores y libertades económicas.

De tal modo que este trabajo se propone abordar el rol del consumidor desde una perspectiva constitucional crítica, no solo como agente económico, sino como titular de derechos fundamentales en un mercado estructuralmente asimétrico. En ese sentido, se parte del presupuesto de que la intervención estatal en defensa del consumidor no solo es constitucionalmente legítima, sino necesaria para el cumplimiento del modelo económico adoptado por la Constitución peruana.

Para ello, se analizará el contenido constitucional de la protección al consumidor, su desarrollo jurisprudencial, los principios que orientan su interpretación, así como el lugar que ocupa dentro del modelo de economía social de mercado. Se busca, con ello, contribuir a una comprensión más densa y coherente del consumidor como sujeto constitucionalmente protegido.

Para lograr ello, se optará por una metodología cualitativa. Esta metodología busca describir en detalle los fenómenos para generar categorías y relaciones teóricas sin imponer marcos previos; la teoría emerge inductivamente de datos empíricos, testimonios, comportamientos e interacciones, y se refina o verifica más adelante (Quecedo y Castaño, 2002, p. 12). Esta lógica inductiva exige un diseño flexible y reflexivo que salvaguarde la credibilidad metodológica: la flexibilidad permite ajustar el plan a las necesidades emergentes, mientras que la reflexividad impone una revisión crítica constante de cada decisión de campo para sostener el rigor y la congruencia del estudio (González Gil, 2009, pp.

121-122). En coherencia con ello, se adoptó un diseño de investigación cualitativa, particularmente adecuado para obtener datos descriptivos mediante el análisis sistemático de testimonios orales y escritos.

En consecuencia, la investigación cualitativa se presenta como la estrategia metodológica más idónea. El estudio se apoya, además, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la literatura académica especializada. Definido este enfoque, procede analizar el sustento jurisprudencial que otorga rango constitucional a la protección del consumidor.

## **2. La Importancia De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional**

Actualmente, el Perú vive en un Estado Constitucional de Derecho, lo cual implica que la Constitución Política ocupa el lugar de norma suprema en el ordenamiento jurídico. Además, existe un Tribunal Constitucional que se encarga de velar por el cumplimiento de los contenidos de la carta magna y su correcta interpretación. En relación con lo dicho Roel (2021, p. 257) señaló que dicho órgano tiene como principal tarea proteger la supremacía constitucional y asegurar una adecuada interpretación de sus disposiciones.

En línea con esa premisa metodológica, Nogueira (2005, p. 29) comenta que las sentencias emitidas por un Tribunal Constitucional no sólo resuelven un conflicto jurídico concreto, como ocurre con los tribunales ordinarios, sino que también ejercen una función política relevante al interpretar valores y principios constitucionales e integrar el ordenamiento jurídico

Lo expuesto por los juristas evidencia que el Tribunal Constitucional salvaguarda la supremacía de la Carta Magna mediante un control e interpretación rigurosos de sus contenidos. De ahí la relevancia de sus resoluciones, en las que desarrolla los diversos elementos de la Constitución; por ello, este artículo se centra en su jurisprudencia complementada con artículos académicos. Aclarado

el rol integrador del Tribunal Constitucional, resulta necesario precisar quién es el sujeto protegido: el consumidor.

### **3. Qué se comprende por consumidor y su importancia**

Parte el estudio mediante la Ley N° 29571, Código de protección y defensa del consumidor, señala en su Artículo IV quienes son los consumidores, pudiendo indicarse lo siguiente:

1. Se considera consumidor a toda persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta productos o servicios, tanto materiales como inmateriales, como destinatario final, sea el uso que se le dé, siempre que actúe fuera del marco de una actividad empresarial o profesional, con excepción de los proveedores.
2. También se reconoce como consumidor al microempresario que se encuentre en una situación de asimetría informativa frente al proveedor respecto de productos o servicios que no formen parte de la actividad central de su negocio.
3. Finalmente, ante la existencia de dudas sobre el uso final de un producto o servicio, se presume como consumidor a quien lo adquiere, utiliza o disfruta (Congreso de la República, 2010, Artículo IV).

Como se desprende de la definición citada, los consumidores son todas las personas, tanto naturales como jurídicas, que usan o disfrutan como destinatarios finales algún producto o servicio sea material o inmaterial sea para su beneficio personal o de otras personas y que este uso no tenga un fin empresarial o profesional.

A su vez, Aníbal Torres (2012, p. 364) señaló que la condición de consumidor es inherente a la naturaleza humana, ya que toda persona, desde su concepción, es portadora de necesidades que requieren ser atendidas. Por lo que, el consumo

de bienes y servicios es una característica universal de la vida en sociedad, dado que todas las actividades económicas tienen como propósito fundamental la satisfacción de dichas necesidades.

Al respecto, Julio Baltazar Carrión y Pavel Flores Flores comentaron que se define al consumidor final como aquel que adquiere bienes o servicios para su propio uso, manteniéndolos dentro de su esfera personal, familiar o doméstica, sin reintroducirlos en el mercado. Por ello, no se considera consumidor final a quien compra con el propósito de revender o integrar los bienes en procesos productivos, dado que la relación de consumo debe limitarse a la interacción entre el consumidor y el mercado. Esta interpretación responde a un análisis teleológico de la norma, que busca distinguir claramente el consumo privado de las actividades comerciales (2024).

Además, es de suma importancia reconocer quien es el consumidor final debido a que el concepto de consumidor final es fundamental, ya que permite delimitar quiénes están amparados por la protección al consumidor. A su vez, este criterio es esencial para definir la existencia de una relación de consumo, pues constituye el eje central que determina si un vínculo jurídico puede ser considerado sujeto a las disposiciones que rigen la protección del consumidor (Aldana y Gagliuffi, 2004, p. 50).

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional señaló respecto al consumidor señaló en la Sentencia recaída en el Expediente N° 7339-2006-PA/TC, la cual en su fundamento veinte indica que el consumidor, o usuario, es el objetivo final de toda actividad económica. Lo dicho se debe a que es quien completa el ciclo económico al satisfacer sus necesidades por el uso de diversos bienes y servicios (2007, p. 6).

Lo establecido por el Tribunal Constitucional permite comprender tanto la definición de consumidor o usuario como su importancia en el desarrollo económico. En cuanto a su conceptualización, el Tribunal afirmó que el consumidor constituye el objetivo final de toda actividad económica. Explicó

que este ocupa la última etapa del ciclo económico, pues es quien satisface sus necesidades mediante el uso de bienes o servicios. De la misma manera, precisó que la calidad de consumidor puede recaer tanto en personas naturales como en personas jurídicas.

Además, en la sentencia mencionada, el Tribunal sostuvo en el fundamento veinte uno que la condición de consumidor o usuario no puede asignarse indiscriminadamente a cualquier persona o entidad, sino únicamente a aquellos que interactúan con los proveedores dentro de las dinámicas propias del mercado, cuyo funcionamiento y regulación cuentan con el respaldo de la intervención estatal (2007, p. 6).

De este modo, la noción de consumidor final abarca tanto a personas naturales como jurídicas que adquieren bienes o servicios para su uso personal, familiar o social sin incorporarlos a actividades empresariales o profesionales, distinción que separa el consumo privado del ejercicio comercial. Cabe agregar que, el Tribunal Constitucional destacó que el consumidor es el destinatario último de la actividad económica y que su protección implica garantizar el acceso a bienes y servicios en condiciones equitativas. Precisos los contornos del concepto, pasemos a la garantía constitucional que lo blindo frente a las asimetrías propias del mercado.

#### **4. Protección Constitucional De Los Consumidores**

La protección al consumidor es de tal importancia para el desarrollo del Estado peruano que esta se encuentra presente desde la Constitución Política del Perú de 1979, donde se indicó en el artículo 110° que el Estado promueve el desarrollo económico y social incrementando la producción y la productividad. Adicional a lo anterior, señaló la necesidad de la utilización eficaz de los recursos disponibles, la creación de puestos de trabajo y una distribución justa del ingreso. Además, con el propósito de garantizar el bienestar colectivo, promueve el fortalecimiento

de los distintos sectores productivos y protege los derechos e intereses de los consumidores, asegurando así un equilibrio en las relaciones de mercado (1979).

De este modo, la anterior Constitución reconoció en su última oración el interés que posee el Estado en la protección de los consumidores. Sin embargo, dicha disposición no estuvo acompañada de una estructura institucional, un marco orgánico definido ni la implementación de una política pública que favoreciera su desarrollo (Mallma, 2018, p. 24).

Con la Constitución vigente se produjo un avance significativo en la tutela del consumidor, al reconocerse expresamente su protección en el artículo 65°. Esta disposición establece el deber del Estado en defender los intereses de los consumidores y usuarios, garantizándoles el derecho a recibir información adecuada sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado como el de resguardar, la salud y la seguridad de la población (Constitución Política del Perú, 1993).

Por consiguiente, nuestra actual norma suprema deja en claro el deber que tiene el Estado de proteger el interés de los consumidores. Respecto al mencionado artículo, Purizaca (2010, p. 91) indicó que la Constitución garantiza la protección de los agentes económicos responsables de la oferta en el mercado, respaldando el ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria. De manera equitativa y con el mismo nivel de importancia, también salvaguarda los derechos del individuo que genera la demanda, es decir, del consumidor o usuario.

En relación con el análisis del artículo 65° de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 5259-2006-PA/TC, destacó en su fundamento diecisiete que dicha norma establece una estructura jurídica de carácter dual. Por un lado, actúa como un principio rector que guía la intervención del Estado en el ámbito económico; y, por otro, reconoce un derecho subjetivo en favor de los consumidores y usuarios (2006). Adicional a lo señalado, el Tribunal en el fundamento nombrado indicó que el artículo no solo orienta la actuación estatal en la protección de los intereses de los consumidores, sino que

también les otorga la facultad de exigir medidas concretas frente a vulneraciones o amenazas a sus derechos, incluyendo la posibilidad de accionar incluso contra el proveedor cuando se vean afectados sus legítimos intereses (2006).

Como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada, el artículo 65° cumple dos grandes funciones para el Estado peruano:

1. Actuar como una máxima para el desarrollo normativo sobre la protección del consumidor en cualquier actividad económica.
2. Establecer la facultad de los consumidores de poder pedir la tutela de sus derechos al Estado cuando estos resultasen vulnerados (2006).

Conviene observar que, al analizar el artículo 65° de la vigente Constitución, a diferencia de la anterior norma suprema, se reconoce en un precepto específico la protección del consumidor. Para ello, el citado artículo establece el deber del Estado de garantizar lo siguiente:

1. El derecho al acceso a la información sobre los bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores.
2. Que los bienes y servicios no afecten la salud y seguridad de los consumidores.

En cuanto a los deberes del Estado en materia de protección al consumidor, el Tribunal Constitucional desarrolló ampliamente esta temática en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 3315-2004-AA/TC. En ella, mediante el fundamento noveno, se enfatizó que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado, lo cual exige que dicha información sea veraz, suficiente, adecuada y de fácil acceso para los consumidores. Cabe agregar que, estableció que el Estado debe velar por la salud y la seguridad de las personas en su calidad de consumidores o usuarios,

asegurando que los productos y servicios ofrecidos no representen un riesgo cuando sean utilizados en condiciones normales o previsibles (2005).

Sobre el deber del Estado de garantizar el acceso a la información sobre los bienes y servicios a los consumidores, Antonio Antay Bolaños (2018, p. 32) señaló que el acceso a información veraz, clara y oportuna permite al consumidor tomar decisiones libres en el mercado. Además, no solo constituye un derecho, sino también una obligación para el proveedor, quien debe cumplir con estándares específicos en la entrega de dicha información.

Por otro lado, sobre el deber de velar por la salud y seguridad de los consumidores, Echaiz (2012, p. 108) comentó que el Estado tiene el deber de proteger la salud y la seguridad de los consumidores, al considerarlas bienes jurídicos de especial relevancia que requieren una tutela reforzada. A su vez, indicó que su labor en la protección del consumidor incluye garantizar que los proveedores brinden información clara y veraz, lo que resulta fundamental cuando la relación de consumo puede afectar la salud o seguridad de los usuarios.

Por lo tanto, el artículo 65° de la carta magna establece el deber estatal de proteger a los consumidores, garantizando su derecho a acceder a información clara y veraz sobre los bienes y servicios que adquieren. A su vez, debe velar por que estos productos y servicios no representen un riesgo para su salud y seguridad. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reafirmado que el Estado tiene la obligación de regular el mercado para asegurar que los consumidores puedan tomar decisiones informadas y que los bienes ofertados no generen daños previsibles, fortaleciendo así la protección de sus derechos.

A su vez, en el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 3315-2004-AA/TC, anteriormente mencionada, desarrolló en el fundamento noveno (2005) los principios que originan los contenidos del artículo 65° de la Constitución. De tal modo que, para lograr una mejor comprensión de los principios, se elaboró el siguiente cuadro:

<b>Principio</b>	<b>Definición</b>
Pro-consumidor	Este principio establece que el Estado debe adoptar un rol tuitivo en favor del consumidor, garantizando su defensa frente a posibles abusos o desequilibrios en el mercado. Esta protección es necesaria debido a las asimetrías de información y las desventajas estructurales que los consumidores enfrentan en su relación con los proveedores.
Proscripción del abuso del derecho	El Estado tiene la responsabilidad de prohibir y sancionar cualquier actividad que vulnere los derechos del consumidor, especialmente aquellas derivadas de prácticas contractuales diseñadas con la intención de perjudicarlo. Este principio busca erradicar conductas que generen un detrimento injustificado en su posición dentro del mercado.
Isonomía real	Se fundamenta en la premisa de que debe existir igualdad entre los sujetos que se encuentran en la misma situación jurídica, mientras que aquellos en condiciones desiguales requieren un trato diferenciado que corrija los desequilibrios en la relación de consumo.
<i>Restitutio in integrum</i>	El Estado tiene el deber de garantizar que, en caso de que un proveedor cause daños a un consumidor dentro de la relación comercial, se establezcan mecanismos efectivos de reparación que compensen el perjuicio sufrido y restablezcan el equilibrio en la relación de consumo.
Transparencia	Los proveedores están obligados a suministrar a los consumidores toda la información necesaria y relevante sobre los bienes y servicios que ofrecen. Esta exigencia tiene como finalidad permitir una toma de decisiones informada y evitar cualquier perjuicio derivado de la falta de transparencia en la oferta comercial.
Veracidad	El Estado debe garantizar que la información proporcionada por los proveedores sea veraz, precisa y comprobable, evitando la difusión de datos engañosos o confusos que puedan inducir al error a los consumidores y afectar su capacidad de elección.
<i>Indubio pro-consumidor</i>	En casos donde exista una duda insalvable en la interpretación de una norma, los órganos jurisdiccionales del Estado deben aplicar el criterio más favorable al consumidor. Este principio asegura que, ante ambigüedades legislativas, se privilegien los derechos de la parte más vulnerable en la relación de consumo.
Pro asociativo	El Estado tiene la obligación de facilitar y fomentar la creación y el desarrollo de asociaciones de consumidores, reconociendo su importancia en la defensa de sus derechos e intereses frente a posibles abusos por parte de los proveedores.

A partir de estos principios, se desprenden los dos grandes deberes del Estado en materia de protección al consumidor, conforme lo establece el artículo 65° de la Constitución. No obstante, es importante destacar que la tutela del consumidor no se limita únicamente a lo dispuesto en dicho precepto constitucional. En

realidad, la protección al consumidor es un eje transversal en el ordenamiento jurídico y debe ser interpretada en armonía con otros derechos fundamentales y principios rectores del sistema económico.

Bajo esta lógica, la evolución jurisprudencial y el desarrollo normativo han reafirmado la necesidad de garantizar una regulación efectiva que asegure condiciones equitativas en el mercado y prevenga posibles abusos. Así, el reconocimiento de estos principios no solo fortalece el rol del Estado como garante de los derechos del consumidor, sino que también promueve un entorno comercial más justo y transparente, en el que la confianza del consumidor se convierta en un factor clave para el desarrollo sostenible de la economía.

A su vez, el Tribunal Constitucional, en el expediente citado, enfatizó en el fundamento décimo que, si bien la Constitución reconoce expresamente ciertos derechos de los consumidores, estos no son los únicos que configuran su protección. Más bien, el texto constitucional alberga implícitamente una serie de derechos adicionales, cuyo reconocimiento deriva del carácter abierto y evolutivo del marco jurídico (2005).

Esta interpretación es consistente con el artículo 3° de la Constitución, que establece que los derechos enumerados en el artículo 2° no excluyen la posibilidad de reconocer otros derechos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional en el caso señalado identificó en el fundamento décimo que, dentro del ámbito de protección al consumidor, derechos como el acceso al mercado, la libertad de elección, la igualdad de trato, la asociación para la defensa colectiva, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación de daños y la garantía de una oferta diversa de bienes y servicios (2005).

Así, además de los derechos expresamente mencionados en el artículo 65°, el Tribunal Constitucional ha reconocido un haz más amplio de prerrogativas que robustecen la tutela del consumidor dentro del ordenamiento jurídico. Este artículo impone al Estado la obligación de proteger a los consumidores, garantizar su derecho a la información y salvaguardar su salud y seguridad; la protección no

se agota en su texto, pues incluye derechos implícitos que exigen la intervención regulatoria para equilibrar la relación entre proveedores y demandantes. Estas garantías jurídicas solo adquieren plena eficacia dentro de un modelo económico coherente; de ahí que sea pertinente revisar el régimen vigente.

## **5. Actual Modelo Económico Y La Importancia De Protección Al Consumidor**

### ***5.1. Antecedentes Del Modelo Económico***

A partir de este marco conceptual, resulta imprescindible examinar el modelo económico vigente en el Perú para comprender la relevancia del consumidor en el crecimiento y estabilidad del país. En consecuencia, es fundamental, en primer lugar, definir el significado y alcances de la incorporación de un régimen económico dentro de una Constitución. Dicho análisis permitirá identificar cómo las disposiciones constitucionales influyen en la formulación de políticas públicas orientadas a garantizar un adecuado desarrollo del mercado y la protección de sus actores.

Para ello, nos remitiremos al concepto de constitucionalismo económico, el cual fue explicado por Gaspar Ariño como el marco normativo que rige la vida económica y social de un país. A su vez, se encuentra conformado por un conjunto de principios, criterios, valores y disposiciones fundamentales, los cuales se estructuran de acuerdo con el ordenamiento reconocido en la Constitución (2004, p. 171).

A su vez, Baldo Kresalja y César Ochoa desarrollaron respecto al constitucionalismo económico que el reconocimiento de la Constitución económica como un subsistema dentro del orden constitucional refleja la estrecha relación entre la libertad económica y la libertad política, ambas entendidas como manifestaciones de un mismo concepto unificado de libertad. En este sentido, no se plantea una subordinación del derecho a la economía, sino más bien una

interdependencia lógica, en la que el derecho, como instrumento normativo, se adapta a la complejidad de la realidad económica (2020, p. 191).

Así, la economía no opera de manera aislada, sino que mantiene una conexión fundamental con la legitimidad democrática del sistema político. Esto se debe a que la libertad económica solo puede desempeñar una función garantizadora dentro del orden jurídico en la medida en que se reconoce su vínculo sustancial con la libertad política, asegurando así un marco normativo que legitime y estructure el desarrollo económico dentro de un Estado de derecho (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 191).

Por lo tanto, se comprende que el constitucionalismo económico establece un marco normativo esencial para garantizar la estabilidad y el desarrollo de un Estado, al definir las bases de su modelo económico. Conviene precisar que, la existencia de un modelo económico dentro del orden constitucional no solo regula la vida económica y social del país, sino que también asegura la cohesión entre la libertad económica y la libertad política.

De esta manera, la Constitución, al establecer principios y valores fundamentales, no subordina el derecho a la economía, sino que reconoce su interdependencia y la necesidad de armonizarlos dentro del orden jurídico. De este modo, el desarrollo económico adquiere legitimidad dentro del sistema democrático, asegurando que las dinámicas del mercado se alineen con los valores y principios del Estado de derecho, fortaleciendo así su estructura institucional y su sostenibilidad a largo plazo.

Por otro lado, es adecuado un desarrollo breve respecto al modelo económico establecido en la Constitución de 1979 a fin de entender cómo es que se alcanzó el actual modelo. Al respecto, la anterior norma suprema señalaba en su artículo 110° que el sistema económico de la República se basa en principios de justicia social que buscan dignificar el trabajo, considerándolo tanto la principal fuente de riqueza como un medio para la realización personal. Para ello, el Estado impulsa el crecimiento económico y social a través del aumento de la producción

y la productividad, el uso eficiente de los recursos, la generación de empleo y una distribución equitativa de la riqueza. Con este mismo propósito, promueve el desarrollo de los distintos sectores productivos y protege los derechos e intereses de los consumidores (Constitución Política del Perú, 1979).

Asimismo, el artículo 113° señala de forma explícita que el Estado desarrolla actividad empresarial con el propósito de impulsar el crecimiento económico nacional, garantizar la prestación de servicios públicos esenciales y contribuir al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible. Sobre los mencionados contenidos de la anterior Constitución, Gasco (2022, pp. 95-96) comprendió que la Constitución de 1979 adoptó un modelo de economía social de mercado, cuyo sistema económico y financiero se estructuraba sobre cuatro pilares fundamentales: el pluralismo económico, la planificación democrática, la libre iniciativa dentro de un esquema de economía social de mercado y un papel activo del Estado en la promoción del desarrollo.

Respecto a sus bases, el jurista Chanamé (2013, pp. 50-51) señaló que el régimen de economía social de mercado establecía la libre iniciativa privada, la cual debía ser promovida y regulada por el Estado para garantizar su compatibilidad con el interés social. Igualmente, la Constitución reconocía al Estado como actor empresarial y regulador en sectores estratégicos cuando existieran necesidades de interés nacional. Para ello, se implementaban planes de desarrollo que servían como herramientas para definir la política económica y social, regulando la gestión del sector público y orientando, de manera coordinada, la actividad de los demás sectores. Una vez aprobada, dicha planificación adquiría carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, el modelo descrito fracasó en su aplicación. Hacia fines de la década de 1980 el Perú afrontaba hiperinflación, una abultada deuda externa, la quiebra de empresas públicas y un proceso acelerado de privatización (Quiroga León, 2023, p. 377). Este punto de quiebre histórico explica el tránsito al actual modelo de economía social de mercado, que se detalla a continuación.

## **5.2. Actual Modelo Económico**

El modelo económico vigente en el país tiene su fundamento en la propia Constitución, específicamente en el artículo 58°, donde se reconoce que la iniciativa privada es libre y se desarrolla dentro del marco de una economía social de mercado. Este sistema implica la libertad de empresa. A su vez, indica que el Estado cumple un rol orientador en el desarrollo nacional, interviniendo de manera prioritaria en sectores clave como la generación de empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura (Constitución Política del Perú, 1993).

De tal modo que este artículo deja en claro que el modelo económico actual del Perú es la economía social de mercado. A su vez, sobre este modelo, es importante mencionar que su aparición surge con la Constitución de 1979. No obstante, a diferencia de lo dispuesto en la Constitución de 1979, el enfoque actual se basa en la iniciativa privada como motor del desarrollo económico. Al respecto, González (1995, p. 31) comentó que el actual régimen económico impulsa la libre iniciativa de los peruanos. Esta dinámica, lejos de socavar las solidaridades de base impulsadas por la Constitución de 1979, en realidad facilita su desarrollo al incentivar la iniciativa económica de los ciudadanos.

Fundamento lo dicho, nos apoyamos en lo señalado por el Instituto Peruano de Economía del 30 de noviembre de 2020, en el cual se indicó que entre 1980 y 1993, la inversión extranjera directa apenas promedió US\$72 millones anuales, mientras que desde 1993 hasta 2019 esta se multiplicó, alcanzando un promedio de US\$4.600 millones anuales. A nivel interno, la inversión privada se quintuplicó en términos reales entre 1993 y 2019. Asimismo, la inflación, que entre 1983 y 1993 promedió 358 % anual, producto del financiamiento estatal por emisión inorgánica, se redujo a 4.5 % anual entre 1993 y 2019 gracias a la independencia del BCR. Asimismo, el crecimiento económico también fue contundente, el PBI per cápita se multiplicó por 2.6 desde 1992, y Perú pasó de ser el país con

menor crecimiento de Sudamérica (1975–1992) al de mayor dinamismo regional (1993–2018) (Instituto Peruano de Economía, 2023).

Es necesario mencionar que la Constitución Política del Perú reconoce expresamente la libertad de iniciativa privada como uno de los principios rectores del orden económico. En efecto, el artículo 2º, inciso 17, consagra el derecho de toda persona a participar, de manera individual o asociada, en la vida económica, política, social y cultural del país, lo que refleja una clara orientación hacia la promoción de la participación ciudadana en los distintos ámbitos de la sociedad. En la misma línea interpretativa, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, subrayó en su fundamento 13 que los pilares esenciales del Estado peruano se sustentan en presupuestos de naturaleza económica, social, política y jurídica, los cuales conforman un entramado interdependiente que garantiza el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y la estabilidad del orden democrático (Tribunal Constitucional, 2003).

En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, profundiza en el fundamento señalado tres conceptos claves para entender el funcionamiento de este modelo: en primer lugar, el bienestar social, entendido como la generación de empleos productivos, condiciones laborales dignas y una distribución equitativa del ingreso; en segundo lugar, el mercado libre, que implica tanto el respeto a la propiedad privada y la libre competencia basada en la oferta y la demanda, como la lucha contra los monopolios y oligopolios; y, en tercer lugar, un Estado con carácter subsidiario y solidario, cuyas intervenciones deben ser auxiliares, complementarias y de carácter temporal (2003).

Lo dicho por el Tribunal Constitucional permite comprender que el bienestar social implica la creación de empleos productivos, el acceso a condiciones laborales dignas y una distribución equitativa del ingreso. Esto significa que el modelo económico debe garantizar que la población tenga oportunidades de desarrollo dentro del sistema de trabajo y el mercado, promoviendo condiciones

que favorezcan una vida digna para todos los ciudadanos. Por ende, el bienestar social hace referencia a los aspectos que una persona percibe como necesarios para alcanzar una calidad de vida satisfactoria (Koubi, 2020, pp. 329-331).

Por otro lado, el concepto de mercado libre hace referencia al respeto de derechos fundamentales como la propiedad privada, la iniciativa empresarial y la libre competencia, regulada principalmente por la oferta y la demanda. Sin embargo, el Tribunal también subraya la importancia de combatir monopolios y oligopolios que puedan distorsionar el funcionamiento del mercado, asegurando así un entorno de competencia justa y equitativa. Por ende, el bienestar social hace referencia a los aspectos que una persona percibe como necesarios para alcanzar una calidad de vida satisfactoria. (Olivos, 2020, pp. 161-162).

Además, el Tribunal establece que un Estado subsidiario y solidario no debe actuar como el motor principal del desarrollo económico, sino como un garante del cumplimiento de derechos y como un ente regulador que interviene solo cuando el mercado no puede satisfacer adecuadamente las necesidades de la población. De acuerdo con lo anterior, su papel es auxiliar, complementario y temporal, asegurando que la economía funcione en beneficio del bienestar general sin sustituir la iniciativa privada como motor del crecimiento. De tal modo que el artículo 60° de la Constitución garantiza el pluralismo económico, estableciendo igualdad jurídica para empresas públicas y privadas, y limita la actividad empresarial estatal al principio de subsidiariedad (Ahomed, 2020, p. 17).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, indicó en su fundamento diecisiete la importancia de la libre iniciativa privada como pilar del modelo económico, recogido en el artículo 58° de la Constitución y vinculado al derecho fundamental consagrado en el inciso 17) del artículo 2°, que reconoce a toda persona el derecho a participar en la vida económica del país. En ese sentido, toda persona natural o jurídica tiene la libertad de emprender y desarrollar cualquier

actividad económica, utilizando bienes para la producción o el intercambio con el objetivo de obtener un beneficio (2003).

Con lo citado, queda claro la importancia que posee la iniciativa privada para nuestro Estado. Como señaló el Tribunal Constitucional, el derecho a la libre iniciativa privada implica que toda persona de forma individual o asociada pueda intervenir en la vida económica de nuestro Estado. Además, el propio Tribunal en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00011-2013-PI/TC en sus fundamentos diecisiete y dieciocho señaló que la libre iniciativa privada otorga a personas naturales y jurídicas la autonomía para emprender y desarrollar actividades económicas con fines de lucro, mediante la disposición e intercambio de bienes (2014, p. 7).

Comprendiéndose de lo expuesto que el consumidor no es solo un agente económico, sino el pilar sobre el que descansa el régimen económico peruano; su protección es condición de posibilidad para el funcionamiento eficiente del mercado, pues reduce asimetrías de información y fomenta la competencia leal. La intervención estatal, a través de la regulación y la fiscalización, empodera al consumidor y asegura un mercado dinámico y transparente donde la libre iniciativa empresarial coexiste con los derechos de quienes demandan bienes y servicios, consolidando una economía social de mercado equilibrada y justa. Los hallazgos precedentes permiten sintetizar las principales implicancias constitucionales y económicas, como se expone seguidamente.

### ***5.3. Importancia Del Consumidor Para La Economía Social De Mercado***

Con base a todo lo desarrollado, el crecimiento del mercado peruano depende, en gran medida, de su población y de su capacidad de consumo. Así pues, el consumidor resulta el principal impulsor de nuestra economía, dado que es quien dictamina qué bienes y servicios se ofrecen. Los intereses del consumidor son los encargados de determinar que bienes y servicios serán los más consumidos. Por

lo tanto, estos resultarán los que se producirán por parte de los proveedores con el objetivo de obtener ganancia de la venta o renta de su producto.

Es de allí que se comprende la importancia de brindar protección al consumidor en el Estado peruano. Por añadidura, esta protección es esencial para garantizar un equilibrio en las relaciones de consumo y evitar abusos derivados de posiciones dominantes en el mercado. De esta manera, se fortalece la confianza en el sistema económico, promoviendo una competencia justa y asegurando que los derechos de los consumidores sean respetados. A la luz de lo anterior, el Estado cumple un rol regulador que busca armonizar la iniciativa privada con el bienestar general.

Sin embargo, quien posee mayor información respecto a un bien es el proveedor. Esta situación se conoce como la asimetría de la información. En palabras de Villalba (2012, p. 99), el productor posee un conocimiento especializado sobre los procesos de fabricación y elaboración de los bienes o servicios que ofrece en el mercado, lo que le otorga una ventaja significativa al ser el principal depositario de la información. En contraste, el consumidor no siempre dispone de datos suficientes para tomar decisiones plenamente racionales y eficientes desde una perspectiva económica. Su acceso a la información depende en gran medida de lo que el propio productor le proporciona, la cual puede ser limitada o incluso incompleta.

Respecto a la asimetría de la información, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual señaló en el Expediente N° 005-96-CPC que esta implica que el proveedor se encuentra en una posición privilegiada dado que posee el control y supervisión del proceso de producción y comercialización. De este modo, su conocimiento técnico y experiencia en el mercado le otorgan la capacidad de evaluar, con mayor precisión y menor costo, la idoneidad del bien o servicio ofrecido. En contraposición, el consumidor, en la mayoría de los casos, carece de los medios y la información necesaria para determinar si un defecto

proviene del fabricante o de otro factor externo, lo que lo coloca en una situación de desventaja en la relación de consumo (1996, pp. 3-4).

Por lo tanto, esta situación genera que el productor sea quien posea no solo toda la información respecto al bien o servicio que se ofrece al consumidor; si no que, también genera que este sea quien determine la información que recibirá el consumidor. Por lo que, el productor cuenta con la capacidad de engañar al consumidor y ofrecer un bien o servicio que terminé vulnerando la salud e integridad del consumidor. Al respecto, María Antonieta Sánchez García (2020, p. 54) comentó que todos los consumidores merecen ser protegidos debido a que siempre se encontrarán en una situación de desnivel respecto a la información sobre los bienes y servicios frente al proveedor.

Complementado lo señalado, debe observarse lo dicho por Víctor García Toma cuando indicó que el Estado asume entre sus obligaciones “defender el interés de los consumidores y usuarios” (García, 2023, p. 168). Además, Velarde (2021, pp. 158-159) expresó que la Constitución, mediante el artículo 65°, garantiza la protección de los consumidores y usuarios al reducir la asimetría de información y velar por sus intereses, asegurando su derecho a conocer las características de los bienes y servicios disponibles en el mercado, así como su salud y seguridad. A su vez, indicó que el Estado, a través del INDECOPI, regula y fiscaliza el mercado mediante el Código de Protección y Defensa del Consumidor y los Libros de Reclamaciones. Estas medidas equilibran la relación entre oferta y demanda, mientras que las redes sociales refuerzan el control de los consumidores, fomentando transparencia y responsabilidad empresarial.

Por ello, la Constitución reconoce la protección de los consumidores como un elemento fundamental. Nuestro modelo económico depende de su participación, y una economía de libre iniciativa solo puede funcionar si se garantizan las condiciones necesarias para su seguridad. Bajo esta lógica, se establece una protección constitucional, junto con la aplicación de principios como el indubio

pro-consumidor y pro-consumidor, previamente desarrollados, en beneficio de quienes intervienen en el mercado.

En este contexto, el consumidor no solo es un agente económico, sino un pilar fundamental para el desarrollo del régimen económico peruano. Su protección no es una concesión, sino una necesidad para el funcionamiento eficiente del mercado, garantizando condiciones equitativas que fomenten la competencia leal y el crecimiento sostenido. La intervención del Estado, a través de la regulación y fiscalización, busca reducir las asimetrías de información y empoderar al consumidor en sus decisiones de compra. De este modo, se asegura un mercado dinámico y transparente, en el que la libre iniciativa empresarial pueda coexistir con la protección de los derechos de los consumidores, consolidando así una economía social de mercado equilibrada y justa.

## 6. Conclusiones

El presente estudio demostró que la protección al consumidor no constituye una concesión del legislador ni una estrategia regulatoria ocasional; sino, un imperativo constitucional derivado de la economía social de mercado y de los principios fundamentales del Estado de derecho. El artículo 65° de la Constitución consagra esta obligación estatal no solo como un principio rector de la política económica, sino como un derecho subjetivo exigible en favor del consumidor.

En este marco, el conflicto constitucional que subyace entre la libertad económica y la protección al consumidor debe resolverse respetando ambos elementos fundamentales del modelo económico presente en la Constitución. El reconocimiento de la libre empresa no puede operar en detrimento de derechos fundamentales ni bajo condiciones estructuralmente desiguales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional viene desarrollando una línea jurisprudencial que refuerza el papel del Estado como garante activo del equilibrio en las relaciones económicas, atribuyéndole deberes positivos de regulación, supervisión y sanción. De tal modo que esta jurisprudencia, unida a la

doctrina sobre la materia, permite concluir que la economía no puede funcionar legítimamente sin consumidores empoderados e informados.

En definitiva, la economía social de mercado no es viable sin consumidores que gocen de condiciones materiales de igualdad, seguridad y acceso a información. Por lo que, el consumidor no solo es el agente que cierra el ciclo económico, sino también el sujeto que legitima constitucionalmente el mercado en un Estado democrático y social de derecho.

## Bibliografía

- Ahomed, O. A. (2020). Análisis jurisprudencial de la economía del bienestar en la constitución económica material peruana. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 1(1), 3–28. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.02>
- Aldana, E. & Gagliuffi, I. (2004). La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi. *IUS ET VERITAS*, 14(29), 47-61. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11722>
- Antay, A. (2021). La importancia del derecho a la información en las relaciones de consumo. *Lex Orbis*, 1(2), 31–37. <https://doi.org/10.18050/lexorbis.v1i2.2188>
- Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Ariño y Asociados.
- Chanamé, R. (2013). Constitución Económica. *Derecho & Sociedad*, (40), 43-63. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12788>
- Durand, J. B & Flores, P. (2024). *Derecho del Consumidor. Diálogo, reflexiones y nuevas perspectivas*. Editorial LP. <https://lpderecho.pe/el-consumidor/>
- Echaiz-Moreno, D. (2012). El derecho del consumidor a la seguridad. *Ius Et Praxis*, 43(043), 105-124. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2012.n043.329>
- García, V. (2023). El Estado, La Constitución y el Régimen Económico en el Perú. En J. L. Cáceres Arce. *XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional “A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993 y el Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823” En Homenaje a Domingo García Belaunde. Libro de Ponencias Tomo I* (pp. 117-170).

- Gasco, M. del C. (2022). Actividad empresarial y rol promotor del estado en la constitución peruana de 1993. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 3(5), 94–116. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2022.v3n5.07>
- González-Vigil, F. (1995). Nuevo régimen económico constitucional y política exterior. *Agenda Internacional*, 1(3), 29-33. <https://doi.org/10.18800/agenda.199501.002>
- Instituto Peruano de Economía (IPE). (2020, 30 de noviembre). *La Constitución de la economía peruana*. <https://ipe.org.pe/la-constitucion-de-la-economia-peruana/>
- Kennedy, J. F. (15 de marzo de 1962). *John F. Kennedy: mensaje especial al Congreso sobre la protección de los intereses del consumidor*. [https://www.consal.org.ar/Discurso\\_Kennedy.pdf](https://www.consal.org.ar/Discurso_Kennedy.pdf)
- Koubi, G. (2020). El bienestar social y el buen vivir: los olvidados en la toma de decisiones en materia económica. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 1(2), 318–342. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n2.06>
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico. Tomo I Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales*. (2ª ed.). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mallma, J. C. (2018). *La protección constitucional del consumidor de los servicios públicos regulados en el Perú* [Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional-UNMSM. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/e031c1e3-eb66-479c-9ef5-44d5044a5ecc/content>
- Nogueira, H. (2005). Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(1), 27-93. <https://www.redalyc.org/pdf/555/55509903.pdf>
- Olivos, M. K. (2020). Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. *IUS: Revista De investigación De La Facultad De Derecho*, 1(2), 146-172. <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/499/975>
- Purizaca, J. (2010). Los 18 años del Sistema Peruano de Protección al Consumidor. *Derecho & Sociedad, Asociación Civil Derecho y Sociedad* (34), 89-95. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13331>
- Quecedo, R. & Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, (14), 5-39. <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>
- Quiroga, A. (2023). La Constitución Maldita. En J. L. Cáceres Arce. *XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional “A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993 y el Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823”*

*En Homenaje a Domingo García Belaunde. Libro de Ponencias Tomo I* (pp. 363-390).

- Roel, L. A. (2021). El Tribunal Constitucional y su importancia en el estado constitucional de derecho peruano. Alvites Alvites, E. (Coord.). *La constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la maestría en derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/176295>
- Sánchez, M. A. (2020). *Derecho del Consumidor. Una perspectiva comparada entre el Perú y España*. (1ª ed.). Ediciones de Filosofía Aplicada.
- Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato. Tomo I*. (1ª ed.). Instituto Pacífico.
- Velarde, L. F. (2021). Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado. *Ius Et Praxis*, 52(052), 147-161. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4966>
- Villalba, J. C. (2012). El deber de información en el derecho del consumo. *Revista IUSTA*, 2(37), 97-119. <https://www.redalyc.org/pdf/5603/560358696005.pdf>

### **NORMATIVAS**

Constitución Política del Perú (1979).

Constitución Política del Perú (1993). [https://spijweb.minjus.gob.pe/sdm\\_downloads/constitucion-politica-del-peru/](https://spijweb.minjus.gob.pe/sdm_downloads/constitucion-politica-del-peru/)

Congreso de la República. (2010). Ley N° 29571, Código de protección y defensa del consumidor.

### **JURISPRUDENCIALES**

EXP. N.º 005-96-CPC (1996). Resolución N° 085-96-TDC. <https://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/consumo/revista9/jurisprudencia/ResolucionN0085-1996-TDC.pdf>

EXP. N.º 0008-2003-AI/TC (2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

EXP. N.º 3315-2004-AA/TC (2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>

EXP. N.º 5259-2006-PA/TC (2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05259-2006-AA.html>

EXP. N.º 7339-2006-PA/TC (2007). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>

EXP. N.º 00011-2013-PI/TC (2014). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.html>



## **Seguridad vial, accidentes y responsabilidad empresarial en Lima: Revisión sistemática 2019-2024**

### ***Road safety, accidents, and corporate responsibility in Lima: A systematic review (2019–2024)***

José Luis Santivañez Sanchez<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El alto registro de accidentes de tránsito es uno de los principales problemas que persiste en la sociedad peruana, que trae como consecuencia pérdida de vidas, daños materiales en vehículos o infraestructura pública. Ante esta situación, se han creado leyes y reglamentos para regular el tránsito de los vehículos en el Perú. El estudio tiene como objetivo realizar una revisión de la literatura sobre la seguridad vial, accidentes de tránsito y responsabilidad empresarial. Utilizando una metodología cualitativa, se aplicó el método hipotético deductivo, la técnica documental, para recolectar información de investigaciones confiables. Concluyó que, el Estado tiene el deber constitucional de garantizar la seguridad vial mediante la planificación, ejecución y supervisión de infraestructura pública, así como la implementación de políticas integrales de prevención. La entidad

<sup>1</sup> Licenciado en Antropología en la UNMSM, Licenciado en Derecho y Egresado de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Autónoma del Perú. Investigador independiente. Lima, Perú. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5041-0751>

administrativa ejerce potestades de ordenación, fiscalización y sanción, las cuales deben ejercerse en armonía con la protección de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** seguridad vial, entidad administrativa, potestad de ordenación, potestad de fiscalización, potestad de sanción

## **Abstract**

The high rate of traffic accidents is one of the main ongoing problems in Peruvian society, resulting in the loss of lives and material damage to vehicles or public infrastructure. In response to this situation, laws and regulations have been enacted to regulate vehicle traffic in Peru. The aim of this study is to conduct a literature review on road safety, traffic accidents, and corporate responsibility. Using a qualitative methodology, the hypothetical-deductive method and documentary technique were applied to gather information from reliable research sources. It concluded that the State has the constitutional duty to guarantee road safety through the planning, execution, and supervision of public infrastructure, as well as the implementation of comprehensive prevention policies. The administrative authority exercises powers of regulation, oversight, and sanction, which must be carried out in harmony with the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Road safety, administrative entity, regulatory authority, supervisory authority, sanctioning authority

## **Introducción**

La seguridad vial se refiere a un conjunto de medidas, regulaciones y estrategias adoptadas para prevenir accidentes de tránsito, proteger vidas y reducir el impacto de las lesiones causadas por siniestros de vías (Aleatica, 2023).

La gestión de la seguridad vial busca, por un lado, conservar y optimizar las condiciones de seguridad existentes en una red vial y, por otro, reducir al máximo los accidentes, con el objetivo de generar un entorno vial seguro (Ahmed et al., 2023).

Un accidente de tránsito ocurre cuando una unidad de transporte sufre un despiste, o bien, cuando se genera un daño a través del impacto entre dos o más vehículos, peatón, barrera de la carretera o cualquier otro obstáculo (Galindo, 2022). Este despiste o falla del sistema del conductor de un vehículo de carretera es considerado un incidente inesperado e incontrolable en el que la acción y reacción de una unidad de transporte causa lesiones personales o daños materiales (Ahmed et al., 2023).

A nivel mundial, los accidentes de tránsito siguen siendo la causa común de muertes, causando entre dos y ocho veces más muertes que la guerra, amenazando la vida de la población y la economía de los países (Ahmed et al., 2019). Los accidentes de tránsito generan costos sociales y económicos significativos, representando alrededor del 1% del Producto Nacional Bruto en países bajos ingresos, 1.5% en los de ingresos medianos y hasta 5% en los de ingresos altos (Planzer, 2005).

Según la Organización Mundial de la Salud (2023) cada año 1,19 millones de personas pierden la vida debido a accidentes de tránsito, lo cual equivale a una muerte cada dos minutos, representando una crisis sanitaria global que pone en peligro a peatones, ciclistas y otros usuarios.

En la Resolución N.º 74/299, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el Segundo Decenio para Seguridad Vial 2021-2030 que involucra un plan de acción que tiene como objetivo de promover políticas y programas para reducir accidentes de tránsito, con el apoyo de diversos socios como agencias, sector privado y sociedad civil (Ministerio de Sanidad de España, 2021).

A nivel latinoamericano, la seguridad vial representa un problema de gravedad, especialmente si se considera que, según estimaciones, 144.090 personas murieron por accidentes viales en 2021, lo que representa el 12% de víctimas a nivel mundial (Saade & Ortega, 2025).

Muchos países latinoamericanos han adoptado las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de Salud

desarrollando políticas públicas, promoviendo campañas de concienciación y fomentando medidas de seguridad vial para enfrentar el fenómeno de accidentes de tránsito (Organización Panamericana de la Salud, 2019); sin embargo, no han sido suficiente para enfrentar el creciente problema en la región.

En Colombia, los accidentes de tránsito revelan un gran problema de salud pública que no solo afecta a las víctimas y sus familias, sino que genera una presión fiscal al Estado y a las empresas. La normativa colombiana, en consonancia con disposiciones legales, establece la responsabilidad solidaria de la empresa ante casos de accidente de tránsito (Aletta, 2024). Desde el 2012, el Ministerio de Transportes de Colombia ha estado desarrollado el Plan Nacional de Seguridad Vial, materializándose en la Agencia Nacional de Seguridad Vial que fue creada en 2015, con el objetivo de aplicar políticas y medidas de seguridad vial nacional (Aguilar, 2023).

En el Perú, los accidentes de tránsito son una de las principales causas de muerte, que tiene como factores la deficiente infraestructura vial, la falta de una cultura vial, el incumplimiento de normas y el desordenado crecimiento de las ciudades (Barr, 2020; Ahmed et al., 2019). Ante esta situación, se promulgaron normativas enfocadas en el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los conductores y establecieron la obligación de una Póliza de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con el objetivo de cubrir a las personas que resulten víctimas de un accidente de tránsito (Rivera, 2024).

Para mejorar la gestión estatal y distribución del poder, se ha adoptado una forma de Estado unitario y descentralizado, estableciendo gobiernos regionales y locales con autonomía. Esta opción no solo define la organización territorial del poder estatal, sino que también impacta en el sistema de fuentes del derecho, haciendo necesario establecer mecanismos de articulación normativa (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 0020-2005-Pl/TC).

El Estado se organiza mediante un conjunto de órganos e instituciones que ejercen funciones administrativas con base en el ordenamiento jurídico vigente.

Estas entidades actúan de manera coordinada y bajo principios, para garantizar el cumplimiento de los fines públicos y la promoción del interés general. Según Huapaya (2019) “la administración pública es un conjunto de organismos e instituciones que ejercen la función administrativa estatal, a fin de ejecutar y desarrollar las políticas del Estado establecidas por el Poder Ejecutivo y los demás poderes del Estado” (p.30).

La planificación, ejecución y supervisión de la infraestructura pública vial constituyen componentes esenciales de las políticas orientadas al desarrollo económico y a la integración territorial. La infraestructura pública entendido como las obras físicas y sistemas de propiedad y gestión estatal esenciales para el funcionamiento y desarrollo de la sociedad, como vías de transporte, centros de salud, redes de agua, centros educativos, hospitales y entre otras edificaciones públicas (Ccencho y Apumayta, 2024).

Según Villafranqui (2020) el Estado ha mostrado un creciente interés en promover la infraestructura pública a través del mecanismo de contratación Estado a Estado, que permite no solo la ejecución de obras, sino también la provisión de bienes, servicios y el fortalecimiento de capacidades. Aunque el procedimiento y ejecución del contrato se rigen por normas del comercio y derecho internacional, ello no exime al Estado del cumplimiento de los requisitos legales nacionales previos al proceso de contratación.

La contratación pública se entiende como el conjunto de procedimientos de adquisición de bienes, servicios u obras por parte del Estado, bajo principios como libre competencia, transparencia, legalidad y la igualdad de trato, con el fin de cumplir con el interés público (González, 2021). A través de este mecanismo, las entidades del gobierno celebran contratos para mejorar la infraestructura pública, con el objetivo de garantizar la seguridad vial y reducir los accidentes de tránsito.

Históricamente el tema materia de análisis ha evolucionado, en 2003 se publicó la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se dispone que es

función de los municipios de normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano dentro de su jurisdicción, en concordancia con las leyes y reglamentos nacionales aplicables en este ámbito” (artículo 81, numeral 1.2).

El 21 de abril de 2009 se aprueba el Decreto Supremo N.º 016-2009-MTC, Reglamento Nacional de Tránsito, que incluye las regulaciones sobre límites de velocidad, restricciones a conducir bajo efectos del alcohol, mantenimiento de los vehículos y el uso obligatorio del cinturón de seguridad.

El 16 de junio de 2009 se promulga la Ley N.º 29380, Ley de Creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías, con el objetivo de regular, monitorear, controlar y sancionar las actividades relacionadas al transporte de personas, carga y mercancías.

El 21 de noviembre de 2012 se promulga la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, con el objetivo de regular el tránsito en el país. Un aporte fundamental se presentó al establecer la competencia exclusiva al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la regulación del tránsito; los gobiernos locales se limitan a emitir las normas complementarias para la aplicación de reglamentos nacionales.

El 27 de noviembre de 2012 se promulga la Ley N.º 29946, Ley del Contrato de Seguro, con el objetivo de regular las relaciones contractuales entre las aseguradoras y los asegurados, estableciendo obligaciones y derechos.

En Lima, no está exento de las problemáticas derivadas de los accidentes de tránsito que afectan al país. En este distrito, se ha observado una alta frecuencia de siniestros viales, cuyas causas son diversas, pero conducen a consecuencias muy graves, que incluyen las pérdidas económicas, daños psicológicos y físicos, e incluso pueden resultar en muertes.

Las estadísticas muestran que la cantidad de muertes por accidentes de tránsito en la capital ha aumentado de manera alarmante en los últimos años, presentando que, en 2023, se registraron 478 fallecidos, lo que representa un

14% más que en 2022 (418), un 29% más que en 2021 (368) y un 39% más que en 2020 (Cayetano, 2024).

Según el Observatorio Nacional de Seguridad Vial (2024), en su Boletín estadístico de Siniestralidad Vial, se resalta que, en el año 2023, Lima es la región donde se evidencian mayores personas fallecidas producto de siniestros de tránsito, por encima de la región de Puno (293), Piura (264) y Junín (224).

En esta coyuntura, es fundamental la participación de las entidades administrativas que desempeñan la función de ordenar, fiscalizar y sancionar.

La potestad de ordenación es una “facultad finalista, dirigida constitucionalmente al objetivo de la consecución, con la mayor eficacia, del interés general” (Recio, 2008, p.319).

La potestad de fiscalización es “la potestad administrativa destinada a garantizar la adecuación permanente de las actividades sujetas a control a lo dispuesto por la ley” (Tirado, 2011, p.253).

La potestad sancionadora hace referencia a la facultad que tienen las entidades de la administración pública para aplicar sanciones a individuos o empresas que incumplen disposiciones o normas administrativas (Ridi y Fikfak, 2022).

Las sanciones administrativas son las medidas aplicadas por entidades del Estado ante incumplimiento de las normas, que incluyen desde multas hasta la suspensión de actividades o la inhabilitación para contratar con el Estado (Tirado, 2024).

En un Estado Social y Democrático de Derecho, las garantías constitucionales son una exigencia estructural del sistema (Ferrajoli, 1995). En este contexto, las nuevas corrientes del constitucionalismo latinoamericano impulsan una reinterpretación y renovación del Derecho administrativo, orientadas por un enfoque centrado en los derechos humanos y en su protección efectiva (Sánchez, 2023).

La constitucionalización del derecho administrativo ha provocado la incorporación de valores, principios y derechos fundamentales reconocidos en

la Constitución como parámetros vinculantes para la actuación del Estado. En ese marco, la Ley 27444 ha sido la introducción de un conjunto de reglas que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Esta normativa establece un procedimiento claro y respetuoso del debido proceso para la determinación de infracciones y la imposición de sanciones (Zegarra, 2011).

En el transporte vial, la población está sujeta a procedimientos sancionadores aplicados por distintas entidades como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), las Municipalidades, las Autoridades de Transporte Urbano (ATU), la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) y la Policía Nacional (PNP), según la naturaleza de la falta cometida y su competencia, dentro de su ámbito territorial y material.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones desempeña un rol fundamental en la seguridad vial a nivel nacional, ejerciendo su potestad sancionadora en aspectos estructurales del transporte terrestre y encargándose de la planificación, implementación y monitoreo de la Política Nacional de Seguridad Vial.

Los municipios tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar políticas de infraestructura vial, como la creación, conservación y señalización de calles, avenidas y zonas peatonales, lo cual ayuda a reducir incidentes y promover un tráfico más seguro y organizado. También están facultados para sancionar a empresas de transporte que utilicen paraderos y terminales sin licencia o sin cumplir los requisitos técnicos establecidos, conforme la Ley Orgánica de Municipalidades.

La ATU, responsable del transporte urbano en Lima y Callao, aplica sanciones por infracciones a las normas técnicas y operativas, y promueve la seguridad vial mediante capacitaciones, fomentando el respeto a las normas de tránsito y acciones para formalizar el transporte público, conforme la Ley de creación de la ATU.

La SUTRAN es la entidad responsable de supervisar, prevenir y sancionar las infracciones en el transporte terrestre interprovincial y de carga a nivel nacional, ejerciendo su potestad sancionadora conforme la Ley de creación de SUTRAN y el Decreto Supremo N.º 017-2009-MTC.

La Policía Nacional es la autoridad encargada de fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en vías urbanas y carreteras, imponiendo sanciones inmediatas como papeletas. Esta función la ejercen los efectivos asignados a unidades especializadas en control de tránsito o carreteras, conforme al Reglamento Nacional de Tránsito.

Las empresas tienen una responsabilidad significativa en la seguridad vial, por lo que establecen políticas para prevención de accidentes y pueden colaborar con las autoridades locales en iniciativas para promover un transporte seguro (Nuñez, 2020).

Ante lo descrito: ¿Existe responsabilidad civil de las empresas en accidentes de tránsito? La responsabilidad civil es un mecanismo que surge a raíz del perjuicio causado a un interés jurídicamente protegido. De manera tradicional, la responsabilidad civil cumple tres funciones fundamentales: resarcitoria, preventiva y sancionadora (Marqués, 2018). Es resarcitoria, puesto que la responsabilidad civil tiene como finalidad compensar a la víctima que ha sufrido un daño injusto, otorgándole los recursos necesarios para su reparación. Es preventiva, dado que la responsabilidad civil busca evitar la generación de daños mediante la adopción de medidas para minimizar accidentes y los costos que estos conllevan. Es sancionadora o punitiva, dado que la responsabilidad civil busca sancionar conductas dañinas y reparar los perjuicios causados. Sin embargo, es preciso sostener que esta función es exclusiva del derecho penal, cuyo objetivo es sancionar conductas tipificadas como delito o falta.

La obligación de indemnizar a la víctima puede derivarse en distintos actos, que el Código Civil peruano clasifica en dos tipos con regímenes diferenciados:

responsabilidad civil contractual (artículo 1321 del Código Civil) y responsabilidad civil extracontractual (artículo 1969 del Código Civil).

La responsabilidad civil contractual que se basa en cuatro elementos necesarios: 1) La antijuricidad, que consiste que la conducta que provoca el daño debe ser contraria a derecho para generar la obligación de reparar; 2) El daño, que puede considerarse emergente (pérdida patrimonial directa) o lucro cesante (ganancia no percibida); 3) El nexo causal, que hace referencia a resarcir los daños que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento del contrato; 4) El criterio de imputación donde es necesario distinguir entre culpa leve, inexcusable o dolo, que es vital para determinar el grado de responsabilidad del deudor. De igual manera, se considera el daño moral como un perjuicio espiritual que se produce como resultado del incumplimiento del contrato (Coca, 2021).

La responsabilidad civil extracontractual se da “cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia [...] del deber jurídico genérico de no causar daño a otro” (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 0001-2005-PI/TC, fundamento 17).

La responsabilidad civil extracontractual que consiste en cuatro elementos necesarios: 1) La antijuricidad, que implica la acción u omisión debe ser ilícita o contraria al derecho; 2) El daño, que puede considerarse como patrimonial (pérdidas económicas) o extrapatrimonial (daño a la persona y daño moral); 3) El nexo causal, dado que debe existir una relación directa entre la conducta del agente y el daño provocado; 4) El criterio de imputación donde se considera la culpa o el dolo, pero en casos de accidentes de tránsito se establece la responsabilidad objetiva, ratificado en el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, considerando el riesgo creado como el factor objetivo (Varas, 2020).

La noción de riesgo creado se refiere al peligro inherente al uso de bienes en la vida moderna, aunque ciertas actividades, como el uso de vehículos, implican un riesgo mayor (Tribunal Constitucional, EXP. N.O. 0001-2005-PI/TC, fundamento 23). En estos casos, no es necesario probar la culpa del responsable, basta con

demostrar el daño, el nexo causal y que este fue generado por una actividad o bien riesgoso.

El ordenamiento jurídico peruano ha desarrollado mecanismos de responsabilidad civil extracontractual para mitigar o reducir los efectos de ciertos daños regulados por la ley. Estos mecanismos buscan evitar perjuicios mayores al brindar una compensación económica inmediata, sin excluir la posibilidad de una demanda si el resarcimiento es insuficiente. Asimismo, se ha fomentado una cultura de prevención frente a riesgos que afectan daños extrapatrimoniales. Un ejemplo son los seguros obligatorios cuya adquisición se realiza a través de contratos comerciales entre aseguradoras y particulares, con el propósito de garantizar la indemnización por los daños ocasionados en un accidente de tránsito (Varas, 2020).

El presente estudio no tiene como objetivo explicar los distintos seguros obligatorios que se establecen en la sociedad peruana. Sin embargo, es preciso destacar su importancia en la responsabilidad civil.

Los seguros obligatorios pueden conceptualizarse como un sistema general que cubre todo tipo de accidentes de tránsito o como un régimen que protege frente a riesgos específicos (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 0001-2005-PI/TC, fundamento 30). En diversos países, estos seguros se adaptan según la naturaleza del peligro. En el ámbito laboral, se establecen seguros para accidentes de trabajo o responsabilidad profesional. En el ámbito de transporte (vial), se establecen coberturas obligatorias para el transporte público de pasajeros. En el ámbito deportivo, se establecen seguros para carreras de automóviles o competencias deportivas, entre otros.

En síntesis, los seguros obligatorios, como herramientas legislativas, en el campo de la responsabilidad extracontractual, funcionan como mecanismos preventivos para mitigar daños y perjuicios contemplados en el ordenamiento jurídico peruano. Los seguros obligatorios brindan una solución eficaz para garantizar una compensación inmediata, parcial o total.

En accidentes de tránsito que involucren a las empresas, estas tienen que ser analizadas jurídicamente para determinar si corresponde una indemnización por parte del responsable o de la empresa aseguradora (Hiscox España, 2022). El artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, señala la responsabilidad solidaria del conductor, del propietario y del prestador del servicio, lo que constituye un mecanismo oportuno para la presentación de la demanda (Varas, 2020).

Varas (2020) considera que, en un accidente de tránsito, pueden coexistir tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual. Por lo que resulta oportuno que los operadores judiciales determinen el tipo de responsabilidad en un caso específico.

El tema de investigación tiene relevancia, dado que el Estado tiene la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población frente a amenazas contra su seguridad, estipulado en la Constitución Política y promovido por organizaciones internacionales como la OMS y la OPS.

La importancia en el ámbito académico radica en la creación de un conocimiento especializado e interdisciplinario sobre la seguridad vial, los accidentes de tránsito y la responsabilidad empresarial. A nivel de sociedad, el estudio identifica los factores de riesgo y las fallas de gestión empresarial y de infraestructura vial, que desde un enfoque interdisciplinario se puede implementar en medidas diseñadas para prevenir y reducir la problemática de accidentes de tránsito, construyendo una cultura de tránsito.

Por ello el estudio es pertinente en el contexto actual, debido a los altos índices de accidentes de tránsito, que trae como consecuencia daños a las víctimas, sus familias, la empresa y el Estado. Un estudio detallado permitirá identificar cuáles son las causas y consecuencias que abarca esta problemática, considerando la empresa como actor importante al cumplir con estándares nacionales e internacional que garantizaran la seguridad vial del país.

En este contexto se identifican las áreas de debate o controversia en la literatura existente; en primer lugar, las causas que generan los accidentes de tránsito; en segundo lugar, la relación entre la seguridad vial y accidentes de tránsito; tercer lugar, la responsabilidad civil extracontractual de las empresas ante accidentes de tránsito; cuarto lugar, las políticas de seguridad vial para la prevención de accidentes de tránsito.

Por lo señalado se justifica en la práctica dado los desafíos que existen reducir la mortalidad por accidentes de tránsito que exigen la atención de profesionales y empresarios para fortalecer las políticas públicas en seguridad vial y prevención de accidentes de tránsito. Por lo que, se debe establecer políticas públicas que fortalezcan y articulen programas de cultura ciudadana aportando en el aprendizaje de medidas de seguridad vial y peatonal (Pico et al., 2011). De igual manera, se debe apostar por una educación vial sostenida que integra programas educativos en comunidades, escuelas y otros espacios, ya sean públicos o privados, aplicando un enfoque continuo y sistemático de incalculable valor en el conocimiento de normas, valores y comportamientos positivos para la seguridad vial (Obregón et al., 2018).

Así como su relevancia se extiende a los organismos del Estado, los cuales desempeñan un rol fundamental tanto en la definición de normas y reglamentos de seguridad vial como en la asignación de recursos para financiar mejoras en infraestructura y desarrollo de programas de educación y capacitación. Como sostienen Ahmed et al. (2023) las organizaciones dedicadas a la seguridad vial pueden contribuir creando conciencia y promoviendo iniciativas educativas y culturales dirigidas a conductores, peatones y ciclistas. Silva (2022) menciona que es esencial que los organismos del Estado optimicen el entorno mediante el acondicionamiento adecuado de las vías, lo cual incluye la instalación de sistemas de iluminación eficientes.

## **Método**

El artículo de revisión científica consiste en una revisión en la literatura escrita por especialistas (Bahl, 2023). El presente estudio consistió en una revisión de investigaciones sobre la seguridad vial y accidentes de tránsito.

El enfoque del estudio es de carácter cualitativo, consistió en la recopilación y análisis de datos no numéricos para comprender un fenómeno complejo (Hassan, 2024). El método es hipotético deductivo, diseño no experimental, puesto que se abordó el tema desde la ley a un espacio particular como Lima (Çobanoğlu, 2023).

La técnica de recolección de datos que se empleó es el documental, puesto que se revisó sistemáticamente la tesis, artículos, libros, informes técnicos y entre otros documentos, con el objetivo de obtener información y comprender un fenómeno (Medina et al., 2023). La técnica documental permite obtener información sobre el comportamiento humano, los cambios sociales e históricos (Hassan, 2024).

En este contexto se filtró la información obtenida de artículos de investigación y tesis disponibles de manera virtual a fin de garantizar la fiabilidad y rigurosidad de la investigación. Para este efecto se desarrolló la búsqueda en fuentes como Redalyc, ResearchGate, repositorios de universidades, entre otros, con una indagación de fuentes nacionales e internacionales, siendo los términos de búsqueda: Seguridad vial, accidentes de tránsito, responsabilidad civil y empresas.

## **Resultados**

Los accidentes de tránsito mayormente surgen por conductas irresponsables o negligentes de conductores, causando pérdidas humanas, lesiones y daños materiales (Laurent et al., 2021). Estos accidentes se producen cuando se incumplen las normas de circulación, que impide una cultura vial adecuada y responsable. Una cultura de tránsito responsable implica fomentar el desarrollo físico, mental y social del individuo, basado en el respeto mutuo y el cumplimiento de las normas de tránsito (Bazan, 2023).

Los hechos de tránsito se configuran como una problemática que involucra tanto la responsabilidad civil y el análisis económico del derecho como método para evaluar el caso particular (Varas, 2020). La responsabilidad civil extracontractual es un mecanismo de tutela resarcitoria que surge como resultado del menoscabo de un interés legalmente protegido, conforme lo establece el Código Civil peruano (Siccha, 2019). En el caso de accidentes de tránsito ocurridos en el Perú, se debe tomar en cuenta las normas establecidas en el Código Civil de 1984; la Ley N.º 29946, Ley de Contrato de Seguro; las pólizas de seguro como la herramienta que cubre económicamente ante una adversidad; normas de tránsito como el Reglamento Nacional de Tránsito y normas que regulan el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (Varas, 2020).

Ante lo mencionado: ¿Cómo se abordó la seguridad vial, los accidentes de tránsito y la responsabilidad de las empresas en la literatura escrita por especialistas?

Siccha (2019) analizó la responsabilidad civil extracontractual de las empresas de leasing frente al accidente de tránsito en el Perú. Desde la metodología, enfoque cuantitativo, tipo básico, diseño no experimental, nivel descriptivo, método dialéctico y deductivo, técnica de la encuesta, fue aplicada a 100 personas que laboran en la Corte Superior de Justicia de Lima, entre los cuales 10 jueces civiles, 10 asistentes judiciales, 20 secretarios judiciales y 60 abogados litigantes; concluyendo que, la responsabilidad civil extracontractual por el perjuicio causado recaerá sobre el conductor, el propietario del vehículo o quien preste el servicio de transporte público, siempre que exista el contrato de leasing como nexo, conforme lo estipulado en la Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre, que resulta inaplicable el Decreto Legislativo N.º 299.

Siccha (2019) y Prada (2021) abordan la responsabilidad civil extracontractual desde perspectivas jurídicas, centrando su análisis en el impacto legal de los accidentes de tránsito. Mientras Siccha (2019) considera la responsabilidad compartida entre conductor, propietario o prestador del servicio público dentro

de un contrato de leasing, Prada (2021) advierte deficiencias en los criterios judiciales aplicados en Lima Norte, los cuales afectan la seguridad jurídica de las víctimas. Ambos especialistas coinciden en que el marco normativo vigente presenta vacíos que generan incertidumbre.

Alcón (2022) abordó las fases de un accidente de tránsito, desde su producción hasta su finalización, con el objetivo de crear una reconstrucción de cómo se produjo el accidente. Desde la metodología, enfoque cualitativo, método analítico, técnica documental, analizando las normativas como la Ley N.º 2/1986, Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y el Plan Acción para la Seguridad Vial 2021-2030 proclamado por la Asamblea General de la ONU; concluyendo que, en la evolución de un accidente se observa una serie de posiciones correlativas en las que los elementos involucrados en el siniestro interactúan de manera sucesiva hasta su finalización. Las principales causas se encuentran la conducción distraída, la fatiga, el consumo de alcohol u otras sustancias, entre otros, siendo el error humano un factor clave.

Vega (2021) analizó las políticas públicas de seguridad vial y su relación con los accidentes de tránsito en Chimbote. Desde la metodología, empleó el enfoque cuantitativo, tipo básico, diseño no experimental, nivel correlacional, corte transversal, técnica de la encuesta, fue aplicada a 100 conductores de la ciudad de Chimbote; concluyendo que, existe relación significativa entre las variables: accidentes de tránsito y políticas en seguridad vial ( $p < 0.01$ ).

Bobor (2024) estudió la seguridad vial y su relación con la prevención de accidentes de tránsito en Tarapoto. Desde la metodología, empleó el enfoque cuantitativo, tipo básico, diseño no experimental, nivel descriptivo-correlacional, corte transversal, técnica de la encuesta, fue aplicada a 100 conductores del distrito de Tarapoto; concluyendo que, existe relación positiva entre las variables: seguridad vial y prevención de accidentes de tránsito ( $p < 0.01$ ) y un coeficiente de correlación en la prueba de Spearman de 0.715.

Aguilar (2023) analizó la seguridad vial y su relación con los accidentes de tránsito en Lima Metropolitana y Callao. Desde la metodología, empleó el enfoque cuantitativo, tipo básico, nivel descriptivo-correlacional, corte transversal, técnica de la encuesta, fue aplicada a 384 conductores a conductores y peatones en Lima Metropolitana y Callao; concluyendo que, existe relación significativa entre las variables: seguridad vial y accidentes de tránsito ( $p=.020 < 0.05$ ), con un coeficiente de correlación de Spearman de  $r= -,308$ .

Hurtado & Cuaran (2019) abordó el nivel de accidentalidad en el municipio de Campo Alegre – Huila. Desde la metodología, enfoque mixto, tipo básico, nivel exploratorio, técnica documental, realizando una revisión de literatura y recopilando datos de la Policía Nacional, el Observatorio Nacional de Seguridad Vial (ONSV) y de la Oficina de Tránsito Municipal de Campoalegre-Huila; concluyendo que, en los dos tramos con mayor índice de accidentalidad identificados en el municipio de Campoalegre, se observa la ausencia de dispositivos destinados a reducir la velocidad y controlar el tráfico.

Chávez (2023) en su investigación planteó mejoras de la seguridad vial con medidas de bajo costo para prevenir accidentes de tránsito en Camaná. Desde la metodología, el enfoque cuantitativo, nivel explicativo, técnica documental y encuesta, fue aplicada a peatones y conductores que transitan por dos puntos negros de la ciudad de Camaná, seleccionados mediante un muestreo aleatorio estratificado; el primer punto negro ubicado en la zona del mercado central; el segundo punto negro situado entre las intersecciones de la Av. Lima con la Av. Evitamiento; concluyendo que, es posible reducir los accidentes de tránsito utilizando soluciones de ingeniería económica de la seguridad vial en el centro de la ciudad.

Nuñez (2020) en su estudio sobre seguridad vial en la empresa de transportes Llamosas S.R., tuvo como objetivo establecer una propuesta de mejora en referencia a la seguridad vial mediante un sistema de gestión de riesgos en la conducción vehicular. Desde la metodología, enfoque cuantitativo, diseño no

experimental, nivel descriptivo, aplicado el Ciclo de Deming para realizar un diagnóstico actual cumpliendo con el ISO 39001, que es un sistema diseñado para apoyar a las organizaciones en la disminución y eliminación de la incidencia y el riesgo de muerte, así como de lesiones graves, resultantes de accidentes de tránsito. Concluyendo que, la organización de la empresa de transportes Llamosas S.R. alcanza el 17% de cumplimiento, mientras que el 83% es el porcentaje de incumplimiento.

Rui (2022) abordó los accidentes de tránsito generados por vehículos autónomos y la responsabilidad civil extracontractual en China, siendo un tema complejo desde el campo académico y práctico para definir si el sistema o el usuario debe ser considerado responsable principal. Desde la metodología, enfoque cualitativo, diseño no experimental, método dogmático, técnica documental, analizando las normativas como el Código Civil, la norma de la Sociedad Internacional de Ingenieros Mecánicos (SAE) y la Guía Técnica para Vehículos de Ahorro de Energía y Nuevas Energías, esta última brinda una definición sobre el vehículo autónomo. Concluyó que, los accidentes de vehículos autónomos representan un reto ante los estándares actuales de seguros y una dificultad para las víctimas para recibir una compensación adecuada.

Prada (2021) estudió los accidentes de tránsito generados por vehículos motorizados y la responsabilidad civil en el distrito de Lima Norte. Desde la metodología, enfoque cuantitativo, tipo básico, diseño no experimental, nivel descriptivo – explicativo, técnica de la encuesta, fue aplicada a 50 participantes, entre los cuales 5 Jueces, 5 asistentes judiciales, 20 abogados y 20 docentes de la UNFV; concluyendo que, los criterios jurídicos aplicados por los jueces al determinar la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tránsito con vehículos motorizados impactan negativamente en la seguridad jurídica de las víctimas, la valoración del ciclo de vida y el perjuicio moral.

A comparación de Siccha (2019) y Prada (2021), Rui (2022) amplió el debate al contexto de los vehículos autónomos en China, donde la responsabilidad

extracontractual se torna aún más compleja por la dificultad de identificar si el sistema tecnológico o el usuario debe asumir la carga de la responsabilidad.

Santamaría et al. (2022) analizó los accidentes de tránsito en la empresa Sotragolfo Ltda. en Colombia. Desde la metodología, el enfoque es cuantitativo, diseño no experimental, nivel descriptivo, técnica documental, analizando reportes de accidentes viales en la empresa Sotragolfo Ltda., y las resoluciones vigentes como la R. N°. 1565/2014, que expide la Guía metodológica para la elaboración del Plan Estratégico de Seguridad Vial, y el Decreto N°. 1079/2015 que expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte; concluyendo que, las principales causas de accidentalidad abarcan fallas mecánicas en los vehículos, condiciones climáticas adversas, presencia de vacas, colisiones con motocicletas, y conductas imprudentes, incumpliendo las normas de tránsito.

Kumar et al. (2023) en su estudio sobre accidentes de tránsito en la India, que tuvo como objetivo identificar los factores que causan los accidentes de tráfico de manera proactiva. Desde la metodología, el enfoque cuantitativo, técnica documental, recopilando datos de fuentes estadísticas importantes relacionadas con la gravedad de los accidentes de tráfico y las medidas para reducirlos; concluyendo que, las causas de accidentes viales no se reducen a errores o negligencias del ser humano, sino que incluyen múltiples factores como el medio ambiente.

Carrillo et al. (2022) en su estudio sobre seguridad vial en Lima, que tuvo como objetivo analizar la influencia de la seguridad vial en la población y su relación con la tasa de accidentes de tránsito en Lima durante el año 2021. Desde la metodología, tipo básico, enfoque mixto, nivel explicativo, técnica de la encuesta y entrevista, herramienta el cuestionario aplicado a 413 ciudadanos y Focus Group a 6 conductores y 6 peatones. Concluyendo que, muchos conductores manejan sin considerar las reglas de tránsito y no interpretan correctamente las señales de tránsito.

Silva (2022) en su estudio sobre los accidentes de tránsito, que tuvo como objetivo analizar la seguridad vial y la prevención de los accidentes de tránsito. Desde la metodología, enfoque cualitativo, técnica documental, analizó artículos publicados entre los años 2010-2020 en las bases de datos de Pudmed, Proquest, Scielo, Dialnet, Bvs. Concluyendo que, los accidentes de tránsito son causados principalmente por la imprudencia del conductor.

Sanchez (2023) en su estudio sobre plan de seguridad vial en el distrito de Trujillo, Perú, que tuvo como objetivo diseñar un plan de seguridad vial para reducir los riesgos vinculados a los accidentes de tránsito. Desde la metodología, el enfoque fue cualitativo, diseño no experimental, método de descriptivo-propositivo, técnica documental, analizó informes de accidentes de tránsito en tres comisarías distritales de Trujillo. Según los resultados de las tres comisarías, la del distrito de Ayacucho registró 41.41%, seguida del Alambre con 29.86% y La Noria con 28.73%.

Chipana (2023) en su estudio sobre los accidentes de tránsito en el distrito de Villa el Salvador, Perú, que tuvo como objetivo identificar los posibles factores asociados a los accidentes de tránsito terrestre en el distrito de Villa El Salvador. Desde la metodología, el enfoque fue cualitativo, diseño no experimental, método inductivo, deductivo, analítico y sintético, técnica de la entrevista y su instrumento la guía de entrevista aplicada a 10 abogados especialistas en Derecho de Transporte. Concluyendo que, el factor humano, específicamente la conducta del conductor, es la principal causa de los accidentes de tránsito, representando el 68% de los casos. Otro factor es el vehículo, influyendo en la seguridad vial. El autor analizó los modelos de gestión implementados en países como Colombia, España y Chile, recomendando su aplicación en el Perú.

Alcón (2022) y Chipana (2023) profundizan en las causas estructurales de los accidentes de tránsito, aunque desde puntos de vistas diversos. Alcón (2022) plantea que el accidente sigue una sucesión de fases interactivas, destacando al error humano como el factor predominante. Por su parte, Chipana (2023) identifica

que el 68% de los accidentes se deben a conductas del conductor, respaldando la idea de que el comportamiento humano sigue siendo la causa principal, aunque también reconoce la incidencia del estado del vehículo.

Ante lo mencionado, los principales hallazgos obtenidos en las investigaciones consideran que existe una relación significativa entre la seguridad vial y accidentes de tránsito (Vega, 2021; Bobor, 2024; Aguilar, 2023).

La seguridad vial es considerada como el conjunto de acciones y normas orientadas a prevenir accidentes de tránsito y minimizar sus consecuencias en la vida y la integridad de las personas.

El Gobierno Nacional, Regional y Local tienen la obligación de planificar, ejecutar y supervisar la infraestructura vial pública, en el marco de sus políticas de desarrollo económico e integración territorial. Esta infraestructura comprende obras y sistemas estatales esenciales para el funcionamiento social, como vías de transporte, centros de salud, redes de agua y edificaciones públicas (Ccencho y Apumayta, 2024).

En el contexto actual, la administración pública tiene la obligación de actuar conforme a los mandatos constitucionales, lo cual se refleja de manera particular en el desarrollo del procedimiento administrativo, el ejercicio de la potestad sancionadora y la prestación de los servicios públicos (Huapaya, 2019). Las entidades ejercen funciones de recaudación, ordenación, fiscalización y sanción, las cuales deben armonizarse con la protección de los derechos fundamentales, alineándose a corrientes contemporáneas del constitucionalismo latinoamericano (Sánchez, 2023).

En primer lugar, la potestad de recaudación tributaria en el ámbito municipal constituye una manifestación de autonomía administrativa y económica que la Constitución reconoce a los municipios. Los municipios son los gobiernos responsables de la recaudación de tributos y de la gestión de infraestructura vial dentro de su jurisdicción.

La potestad tributaria de las municipalidades debe ejercerse conforme a los principios constitucionales tributarios —como reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva— y dentro del marco de la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos locales. Esta autonomía normativa, expresión del autogobierno municipal, requiere un equilibrio entre el respeto a las competencias locales y la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 00053-2004-PI/TC).

Esta potestad se establece dentro de los límites establecidos por la Constitución, lo que asegura su legitimidad y evita arbitrariedades que vulneren derechos fundamentales. En este sentido, los principios constitucionales tributarios actúan tanto como límites al poder tributario como garantías para los ciudadanos (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 00042-2004-AI/TC).

Borbor (2024) considera que, con la recaudación de fondos, los municipios deben diseñar e implementar un plan integral de seguridad vial, donde mejoran señalización en zonas críticas, campañas de concientización y capacitación con expertos, priorizando la mejora de intersecciones peligrosas para reducir accidentes. Asimismo, sostuvo las auditorías viales sistemáticas, la renovación de calles en mal estado, la construcción de una infraestructura segura para peatones y ciclistas y la incorporación de tecnologías como cámaras de vigilancia para monitorear y corregir conductas de riesgo.

La vinculación entre la potestad recaudatoria de los gobiernos locales y los accidentes de tránsito evidencia la necesidad de una gestión fiscal orientada no solo a satisfacer servicios básicos, sino también a priorizar la seguridad ciudadana. El caso de Deflagración de Villa El Salvador de 2020 evidenció serias deficiencias en el cumplimiento de normas técnicas para el transporte de gas licuado de petróleo, así como el impacto negativo del mal estado de las vías urbanas en la seguridad vial siendo responsabilidad del municipio correspondiente. Para Guerra (2020) la planificación de proyectos relacionados con el transporte de combustibles debe

incluir un riguroso análisis de riesgos, considerar diversos escenarios operativos y estar guiada por una alta responsabilidad social.

En segundo lugar, la potestad de ordenación donde se establece normas generales que buscan garantizar el interés público o establecer condiciones para el ejercicio de derechos.

En tercer lugar, la potestad de fiscalización es la facultad que tiene la administración pública para vigilar, verificar, controlar y supervisar que los administrados cumplan con las obligaciones legales. En su ejercicio concreto, esta facultad se manifiesta mediante la actividad de fiscalización, entendida como el conjunto de actos y gestiones que permiten a una autoridad constatar el cumplimiento normativo, prevenir riesgos y proteger bienes jurídicos tutelados.

Según Villegas (2022) para comprender el fenómeno de la fiscalización administrativa, resulta necesario abordar los cinco elementos fundamentales que la estructuran: el objeto, el contenido, la finalidad, la forma y su naturaleza jurídica. El objeto donde la fiscalización recae sobre las actuaciones o conductas de los administrados. El contenido comprende la verificación directa del cumplimiento de deberes legales, la observancia de prohibiciones y la sujeción a límites jurídicos. La finalidad que se subdivide en preventiva, cognitiva, correctiva, orientativa y auxiliar. La forma considera a la actividad de fiscalización, sin necesidad de iniciar un procedimiento administrativo formal. La naturaleza jurídica de la potestad de fiscalización se configura como una potestad administrativa de carácter innovativo, en tanto su ejercicio puede dar lugar a la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas concretas. Esta facultad se ejerce dentro del marco del ordenamiento jurídico, observando los principios de legalidad y razonabilidad.

Para Villegas (2022) la finalidad preventiva constituye uno de los pilares fundamentales de la actividad de fiscalización. Esta función adquiere relevancia para identificar riesgos y evitar futuros incumplimientos mediante una intervención oportuna de la Administración.

En cuarto lugar, la potestad sancionadora es la facultad de la administración pública para imponer sanciones ante el incumplimiento de normas administrativas (Orellana, 2022). Estas sanciones pueden incluir multas, suspensión de actividades o inhabilitación para contratar con el Estado (Tirado, 2024).

La potestad sancionadora tiene como objetivo “disuadir la realización de conductas (no deseadas) mediante la aplicación de sanciones al administrado” (Villegas, 2022, p.169). Esta potestad sancionadora debe ejercerse con estricto respeto a los derechos y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico, entre los cuales se destacan el principio de legalidad, la tipicidad, el non bis in idem, el debido procedimiento administrativo y el derecho a la defensa.

El debido procedimiento en el ámbito administrativo constituye una garantía fundamental que protege los derechos del administrado, exigiendo que toda actuación de la administración se ajuste a normas previamente determinadas. Estas no deben limitar el ejercicio efectivo del derecho de defensa ni imponer condiciones que dificulten su aplicación (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 01991-2022-PA/TC).

El derecho de defensa, como principio del debido procedimiento administrativo, asegura un proceso justo y equitativo, garantizando al administrado una notificación adecuada, la posibilidad de ser oído con imparcialidad, contar con defensa efectiva y recibir una decisión debidamente motivada (Prakashel, 2023). El derecho de defensa no se limita a verificar la validez formal de la resolución, sino que exige una exposición clara y motivada de los hechos, pruebas, fundamentos jurídicos y pronunciamiento resolutorio (Zegarra, 2011).

El principio impide non bis in idem prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por una misma conducta cuando coinciden el sujeto, el hecho y el fundamento jurídico. En su dimensión procesal, impide que se tramiten dos procesos distintos sobre los mismos hechos, garantizando que no se juzgue dos veces lo que ya ha sido objeto de un procedimiento anterior con identidad de partes, hechos y causa (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 00026-2021-PI/TC).

Los principios de legalidad, tipicidad, y otros, son fundamentales en el derecho sancionador, aplicándose no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo (Tribunal Constitucional, EXP. N.O 00026-2021-PI/TC). Un ejemplo ilustrativo es el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, conforme al cual la norma administrativa sancionadora aplicable debe determinarse atendiendo al momento en que ocurrieron los hechos imputados (Rebollo et al., 2010).

De la misma manera, la potestad de discrecionalidad resulta importante en el procedimiento administrativo sancionador; esta se refiere que “la Administración Pública indefectiblemente utiliza en diversas situaciones en las que las normas le permiten elegir entre diversas opciones. En tales circunstancias, la Administración asume una postura que deberá ser justificada y acorde con el ordenamiento jurídico” (Cairampoma, 2014, p.489).

En relación a las personas jurídicas, su actuar responsable exige la implementación de políticas preventivas de seguridad vial y el apoyo a las autoridades con acciones que fomenten un transporte seguro, asegurando el cumplimiento del marco normativo vigente y evitando incurrir en infracciones administrativas (Nuñez, 2020).

En caso de infracción normativa, los usuarios del transporte vial pueden ser sancionados por entidades como el MTC, las municipalidades, la ATU, SUTRAN y la PNP, conforme a la gravedad y la competencia territorial y material de cada organismo.

En SUTRAN, Bazán (2022) considera que existen restricciones en la gestión de seguridad vial. Este recomienda la implementación de medidas estratégicas de seguridad vial adaptadas a las costumbres y cultura local de conductores y ciudadanos, y difundirse obligatoriamente en todos los terminales terrestres, con el fin de fortalecer la prevención de accidentes y garantizar una gestión institucional eficiente.

En relación con la responsabilidad civil extracontractual, existe una responsabilidad de las empresas que han suscrito un contrato leasing ante accidentes de tránsito que lo involucren (Siccha, 2019).

La responsabilidad civil extracontractual surge cuando se causa un daño sin una relación jurídica previa entre las partes, o cuando el daño resulta de la violación del deber general de no perjudicar a otros. Esta forma de responsabilidad requiere cuatro elementos: (1) antijuricidad, es decir, que la acción u omisión sea contraria al derecho; (2) existencia de un daño, sea patrimonial o extrapatrimonial; (3) un nexo causal entre la conducta y el daño; y (4) un criterio de imputación, normalmente basado en culpa o dolo, aunque en casos como los accidentes de tránsito puede aplicarse la responsabilidad objetiva.

Los accidentes de tránsito generados por vehículos autónomos representan un reto a los estándares actuales de seguros y una dificultad para las víctimas para recibir una compensación adecuada (Rui, 2022).

Los accidentes de tránsito generados por vehículos motorizados afectan la estabilidad económica de la víctima, puesto que los operadores judiciales establecen montos inferiores para las reparaciones impactando en la seguridad jurídica, la valoración del ciclo de vida y el perjuicio moral (Prada, 2021).

En casos de accidentes de tránsito que involucren a empresas, se requiere un análisis jurídico para determinar la responsabilidad y, en su caso, la procedencia de una indemnización por parte del infractor o de la aseguradora correspondiente (Hiscox España, 2022).

El ordenamiento jurídico peruano ha establecido mecanismos de responsabilidad civil extracontractual orientados a mitigar daños, especialmente a través de seguros obligatorios. Estos seguros, contratados entre particulares y aseguradoras, permiten una compensación económica inmediata ante accidentes, sin excluir futuras demandas si el resarcimiento es insuficiente. Además, promueven una cultura de prevención ante riesgos, que es fundamental ante el alto índice de accidentes de tránsito. En conjunto, los seguros obligatorios

actúan como instrumentos preventivos y compensatorios dentro del marco legal peruano.

En relación con las causas que provocan los accidentes de tránsito, Santamaría et al. (2022) consideraron que las principales causas de accidentalidad abarcan fallas mecánicas en los vehículos, condiciones climáticas adversas, y conductas imprudentes, incumpliendo las normas de tránsito. Alcón (2022) sostuvo que el consumo de alcohol, la fatiga del conductor, el exceso de velocidad y las fallas mecánicas de los vehículos son las principales causas de accidentes. En relación con las políticas de seguridad vial, Nuñez (2020) sostuvo que es fundamental que las organizaciones cumplan con el Sistema de Gestión de la Seguridad Vial, ISO 39001, para reducir los accidentes de tránsito. De igual manera, es fundamental la presencia de dispositivos destinados a reducir la velocidad y controlar el tráfico con el objetivo de reducir los accidentes de tránsito (Hurtado & Cuaran, 2019).

Los principales patrones obtenidos en las investigaciones son el análisis de la seguridad vial y accidentes de tránsito en distritos y comunidades donde existe una alta tasa de mortalidad víctimas de siniestros viales. Siendo las tendencias emergentes en la literatura, abordar el fenómeno de accidente de tránsito y la seguridad vial en estudios de enfoque cuantitativo, diseño no experimental, recopilando datos estadísticos o empleando la técnica de la encuesta, identificando las causas que generan los accidentes de tránsito y la gestión de seguridad vial en un distrito o una empresa.

Conforme a lo descrito, se identifican autores como Alcón (2022), Vega (2021), Bobor (2024), Aguilar (2024), Hurtado & Cuaran (2019), Santamaría et al. (2022), Chipana (2023) y Kumar et al. (2023) quienes consideran la falta de infraestructura vial y las conductas imprudentes del ser humano son la clave de accidentes de tránsito. A diferencia de Nuñez (2020) que considera la falta de un sistema de gestión de riesgos implicados en la conducción vehicular como un factor fundamental en los accidentes de tránsito.

Por ello se resalta que la necesidad de que los gobiernos locales implementen un plan integral para mejorar la seguridad vial (Borbor, 2024; Vega, 2021; Aguilar, 2023; Sanchez, 2023); implementar programas de educación vial que fomenten la conciencia pública (Silva, 2022; Carrillo et al., 2022; Kumar et al., 2023); las autoridades judiciales emitan sentencias donde los montos fijados para las reparaciones civiles sean pertinentes conforme al perjuicio moral y valoración del ciclo de vida (Prada, 2021); la necesidad de cumplir con estándares con reconocimiento internacional para reducir los riesgos en las conducción vehicular (Nuñez, 2020). Por otro lado, existen coincidencias en los resultados de los estudios al considerar que un accidente de tránsito tiene un impacto multidimensional que afecta a diversas partes involucradas, como la víctima, su familia, el Estado y la empresa.

Por esta razón las futuras investigaciones deben abordar temas como seguridad vial, accidentes de tránsito y responsabilidad empresarial porque existe una necesidad de continuar explorando el tema en cuestión.

## **Conclusiones**

Primero: La Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud han reconocido la seguridad vial como una prioridad de salud pública en el Perú, debido a los elevados niveles de morbilidad y mortalidad por accidentes. Estos organismos apoyan a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, promoviendo estrategias de prevención y fomentando campañas de concientización para reducir estos siniestros.

Segundo: La constitucionalización del Derecho Administrativo representa un proceso transformador que refuerza la sujeción de la actuación estatal a los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Este enfoque, impulsado por el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, exige que la Administración Pública actúe no solo dentro del marco legal, sino también conforme a estándares de respeto y garantía de los derechos humanos.

Tercero: La Ley 27444 constituye un avance normativo significativo, al establecer procedimientos sancionadores que aseguran el respeto al debido proceso, la legalidad y la protección efectiva de los derechos de los administrados, consolidando así un modelo administrativo coherente con un Estado Social y Democrático de Derecho.

Cuarto: Las entidades administrativas ejercen potestades de ordenación, fiscalización y sanción, las cuales deben armonizarse con los derechos fundamentales. Su actuación debe enmarcarse en los principios del constitucionalismo contemporáneo.

Quinto: La potestad recaudatoria de los gobiernos locales debe ejercerse con una visión estratégica que trascienda la mera captación de recursos y se oriente al cumplimiento de fines públicos prioritarios, como la seguridad vial. El caso de la deflagración en Villa El Salvador puso en evidencia graves fallas en la gestión del transporte de materiales peligrosos y en la conservación de la infraestructura vial en Lima, lo que subraya la necesidad de una planificación más rigurosa con enfoque en análisis de riesgos y responsabilidad social.

Sexto: El Estado peruano, a través de sus distintos órganos y niveles de gobierno, tiene el deber constitucional y administrativo de garantizar la seguridad vial mediante la planificación, ejecución y supervisión de infraestructura pública, así como la implementación de políticas integrales de prevención.

Séptimo: Las empresas vinculadas al transporte tienen una responsabilidad significativa en la prevención de accidentes. Deben cumplir con normativas nacionales e internacionales e implementar sistemas de gestión de seguridad vial como el ISO 39001.

Octavo: La legislación peruana contempla mecanismos de responsabilidad civil extracontractual, incluidos los seguros obligatorios, como herramientas preventivas y compensatorias para mitigar los daños generados por accidentes. Estos seguros garantizan una reparación económica inmediata y fomentan una cultura de prevención.

Noveno: Las reparaciones civiles ordenadas por el sistema judicial suelen ser insuficientes, afectando la seguridad jurídica y la equidad en la compensación de víctimas, especialmente en lo referente al daño moral y el proyecto de vida. Los accidentes de tránsito generados por vehículos autónomos representan una dificultad para las víctimas para recibir una compensación adecuada

Décimo: Los accidentes afectan no solo a las víctimas directas, sino también a sus familias, al Estado y a las empresas involucradas. Su impacto es jurídico, económico, social y emocional, lo cual exige respuestas articuladas desde múltiples sectores como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las municipalidades, la SUTRAN, entre otros.

Decimoprimer: Los accidentes de tránsito que involucren nuevas tecnologías, como vehículos autónomos, representan un reto para el marco normativo vigente y los sistemas de seguros, exigiendo una actualización legal orientada a la protección efectiva de las víctimas.

Decimosegundo: La alta incidencia de accidentes de tránsito en el Perú exige una respuesta integral que combine infraestructura adecuada, cumplimiento normativo y la consolidación de una cultura vial desde la educación y la concienciación ciudadana. No es suficiente la aplicación de sanciones: se requiere un enfoque preventivo y formativo que involucre a todos los actores sociales. En ese sentido, el Derecho Administrativo proporciona el soporte jurídico para regular conductas y establecer obligaciones, mientras otras disciplinas como la Gestión Pública tiene la responsabilidad de diseñar e implementar políticas sostenidas que fomenten el respeto por las normas y garanticen una movilidad segura.

## **Bibliografía**

Aguilar, S. (2023). Seguridad vial y su relación con los accidentes de tránsito en conductores y peatones de Lima Metropolitana y Callao en el año 2022 [*Tesis para optar el grado de Maestro en Gestión Pública, Universidad San*

*Ignacio de Loyola*]. Repositorio Institucional-USIL. <https://repositorio.usil.edu.pe/entities/publication/bae62752-b000-4970-95b7-05d251628929>

- Ahmed, A., Ambak, K., Mancy, A., & Syamsunur, D. (2019, junio). A review of traffic accidents and related practices worldwide. *The Open Transportation Journal*, 13, 65–83. <https://doi.org/10.2174/1874447801913010065>
- Ahmed, S., Mohammed, M., Abdulqadir, S., Abd El-Kader, R., El-Shall, N., Chandran, D., Mohammad, U., & Kuldeep, D. (2023, mayo). Road traffic accidental injuries and deaths: A neglected global health issue. *Health Science Reports*, 6(5), 1–6. <https://doi.org/10.1002/hsr2.1240>
- Alcón, J. (2022). La investigación de accidentes de tráfico [*Tesis de grado en Seguridad Pública y Privada, Universidad Miguel Hernández de Elche*]. Repositorio Institucional-UMH. <https://dspace.umh.es/bitstream/11000/28799/1/TFG-Alc%c3%b3n%20Coy%2c%20Juan.pdf>
- Aleatica. (2023, 16 de mayo). ¿Cuál es la importancia de la reducción de accidentes de tránsito? *Aleatica*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de <https://www.aleatica.com/importancia-de-la-reduccion-de-accidentes/>
- Aletta. (2024, 3 de enero). Las empresas de transporte público deben indemnizar cuando ocurre un accidente con sus vehículos afiliados. *Aletta*. <https://aletta.com.co/blog/las-empresas-de-transporte-publico-deben-indemnizar-cuando-ocurre-un-accidente-con-sus-vehiculos/>
- Bahl, M. (2023, mayo). A step-by-step guide to writing a scientific review article. *Journal of Breast Imaging*, 5(4), 480–485. <https://doi.org/10.1093/jbi/wbad028>
- Barr, K. (2020, 18 de agosto). ¿Qué ha llevado a Perú a tener un sistema de transporte deficiente? *BID*. <https://blogs.iadb.org/transporte/es/que-ha-llevado-a-peru-a-tener-un-sistema-de-transporte-deficiente/>
- Bazan, E. (2022). Gestión en seguridad vial y la cultura en prevención de accidentes de tránsito en una institución de la SUTRAN, 2021 [*Tesis de maestría, Universidad César Vallejo*]. Repositorio Institucional-UCV. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/102915>
- Borbor, M. (2024). Seguridad vial y prevención de accidentes de tránsito en el distrito de Tarapoto–2023 [*Tesis de maestría, Universidad César Vallejo*]. Repositorio Institucional-UCV. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/132531/Borbor\\_CMA-SD.pdf](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/132531/Borbor_CMA-SD.pdf)
- Cairampoma, A. (2014, noviembre). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP*, (73), 483–504. <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656136018.pdf>
- Carrillo, S., Lévano, S., Panduro, A., & Unocc, L. (2022). Seguridad vial en los ciudadanos y su impacto en la tasa de accidentes en Lima 2021 [*Trabajo de investigación de bachiller, Universidad San Ignacio de Loyola*]. Repositorio Institucional-USIL. <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/823a1f08-2c11-483f-bba8-a58facafb803/content>

- Cayetano, J. (2024, 4 de septiembre). 8 personas fallecen cada semana en Lima por accidentes de tránsito: ¿a qué se debe esta crisis de seguridad vial? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/transporte/8-personas-fallecen-cada-semana-en-lima-por-accidentes-de-transito-a-que-se-debe-la-cri-sis-de-seguridad-vial-noticias-traffic-accidente-de-transito-noticia/>
- Ccencho, S., & Apumayta, F. (2024). Efecto de la infraestructura pública en el crecimiento económico de la macro región Centro del Perú, 2007–2022 [*Tesis de grado, Universidad Continental*]. Repositorio Institucional-UC. [https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/15567/3/IV\\_FCE\\_313\\_TE\\_Ccencho\\_Apumayta\\_2024.pdf](https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/15567/3/IV_FCE_313_TE_Ccencho_Apumayta_2024.pdf)
- Chávez, C. (2023). Mejoramiento de la seguridad vial con medidas de bajo costo para prevenir accidentes en el Centro de la Ciudad de Camana–2023 [*Tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María*]. Repositorio Institucional-UCSM. <https://apps.ucsm.edu.pe/UCSMERP/Docs/Tesis/011212.pdf>
- Chipana, J. (2023). Factores que influyen en los accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público terrestre en Villa el Salvador, 2021 [*Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad Autónoma del Perú*]. Repositorio Institucional-UA. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/2273/Chipana%20Miranda%2C%20Jorge.pdf>
- Çobanoğlu, D. (2023, 19 de noviembre). What is non-experimental research: Definition, types & examples. *Forms App*. <https://forms.app/en/blog/non-experimental-research>
- Coca, S. (2021, 1 de junio). ¿Qué es la responsabilidad civil contractual y extracontractual? Bien explicado. *LP–Pasión por el Derecho*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de <https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-contractual-extracontractual-derecho-civil/>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0ed-b73b407c9529.pdf>
- Galindo, J. (2022, diciembre). Perfil epidemiológico de los accidentes de tránsito en México, 2010–2019. *Horizonte Sanitario*, 22(1), 45–52. <https://www.scielo.org.mx/pdf/hs/v22n1/2007-7459-hs-22-01-45.pdf>
- González, J. (2021). *La contratación pública como sistema* (1ª ed.). Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8150/1/SDS-010-Gonzalez-La%20contratacion%20publica.pdf>
- Guerra, C. (2020, marzo). Una visión sobre el accidente ocurrido en Villa El Salvador. *Revista de la Sociedad Química del Perú*, 86(1), 1–2. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rsqp/v86n1/2309-8740-rsqp-86-01-1.pdf>
- Hassan, M. (2024a, 25 de marzo). Qualitative research – Methods, analysis types and guide. *ResearchMethod*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de [https://researchmethod.net/qualitative-research/#google\\_vignette](https://researchmethod.net/qualitative-research/#google_vignette)

- Hassan, M. (2024b, 26 de marzo). Documentary analysis – Methods, applications and examples. *ResearchMethod*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de <https://researchmethod.net/documentary-analysis/>
- Hiscox España. (2022, 21 de julio). Responsabilidad civil en las empresas, ¿qué es y qué cubre? *Hiscox España*. <https://www.hiscox.es/blog/responsabilidad-civil-empresas-que-cubre>
- Huapaya, R. (2019). *El proceso contencioso-administrativo* (1ª ed.). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/8366552e-52f5-4baa-a069-18963112bec0/content>
- Hurtado, H., & Cuaran, O. (2019). Estudio de seguridad en dos tramos críticos de la Municipalidad de Campo Alegre – Huila [*Tesis de ingeniería civil, Universidad Militar Nueva Granada*]. Repositorio Institucional-UNIMILITAR. <https://repository.unimilitar.edu.co/items/412b96cb-27da-47c5-a5d9-5851454b66b5>
- Kumar, V., Kumar, R., & Kumar, S. (2023, abril). A systematic review on road traffic accident: Causes and control measures. *IJCRT*, 11(4), 291–301. [https://www.researchgate.net/publication/370004806\\_A\\_Systematic\\_Review\\_on\\_Road\\_Traffic\\_Accident\\_Causes\\_and\\_Control\\_Measures](https://www.researchgate.net/publication/370004806_A_Systematic_Review_on_Road_Traffic_Accident_Causes_and_Control_Measures)
- Marqués, M. (2018). La responsabilidad civil del empresario. Responsabilidad en materia de riesgos laborales [*Tesis de grado, Universidad de Valladolid*]. Repositorio Institucional-UVA. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/35045/TFG-O-1520.pdf>
- Medina, M., Rojas, R., Bustamante, W., Loaiza, R., Martel, C., & Castillo, R. (2023). *Metodología de la investigación: Técnicas e instrumentos de investigación* (1ª ed.). Inudi. <https://editorial.inudi.edu.pe/index.php/editorialinudi/catalog/view/90/133/157>
- Ministerio de Sanidad de España. (2021). *Segundo Decenio para la Acción de Seguridad Vial. 2021–2030*. <https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/lesiones/seguridadVial/internacional/oms/2doDecenio.htm>
- Núñez, E. (2020). Propuesta para mejorar la seguridad vial en la empresa Transporte Llamosas S.R. Ltda. mediante un sistema de gestión de riesgos implicados en la conducción vehicular [*Tesis doctoral, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa*]. Repositorio Institucional-UNSA. <https://repositorio.unsa.edu.pe/items/7c977db0-8513-4f50-a951-0fa7ae32cc0b>
- Obregón, Cl., Águila, T., & Rojas, J. (2018, julio). Estrategia de educación y seguridad vial para el cambio cultural en la comunidad. *Pedagogía y Sociedad*, 21(52), 48–68. <https://www.redalyc.org/pdf/5817/581779114004.pdf>
- Observatorio Nacional de Seguridad Vial. (2024). *Boletín estadístico de siniestralidad vial, 2023*. <https://www.onsv.gob.pe/post/boletin-estadistico-de-siniestralidad-vial-2023/>

- Orellana, T. (2022, junio). El procedimiento administrativo sancionador en el Ecuador. *Analysis. Claves de Pensamiento Contemporáneo*, 33(7), 1–23. <https://studiahumanitatis.eu/ojs/index.php/analysis/article/view/2022-orellanaroldan/654>
- Organización Mundial de la Salud. (2023). A pesar de los notorios progresos, la seguridad vial sigue siendo un problema apremiante para el mundo. <https://www.who.int/es/news/item/13-12-2023-despite-notable-progress-road-safety-remains-urgent-global-issue>
- Organización Panamericana de la Salud. (2019). *Estado de la seguridad vial en la Región de las Américas*. [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51100/9789275320877\\_spa.pdf](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51100/9789275320877_spa.pdf)
- Pico, M., González, R., & Noreña, O. (2011, diciembre). Seguridad vial y peatonal: Una aproximación teórica desde la política pública. *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, 16(2), 190–204. <https://www.redalyc.org/pdf/3091/309126696014.pdf>
- Planzer, R. (2005). *La seguridad vial en la región de América Latina y el Caribe. Situación actual y desafíos*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/77f6252b-5950-49a9-9d6a-43aa8c65d7e4/content>
- Prada, V. (2021). Reparación civil en accidentes de tránsito ocasionados por vehículos motorizados [Tesis de maestría en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio Institucional-UNFV. [https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/5246/PRADA\\_AZUERO\\_VICTORIA\\_ABIGAIL\\_MAESTRIA\\_2020.pdf](https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/5246/PRADA_AZUERO_VICTORIA_ABIGAIL_MAESTRIA_2020.pdf)
- Prakashel, K. (2023). Due process in administrative law in India: A critical assessment. *International Journal of Law Management & Humanities*, 6(1), 1907–1915. <https://www.ijlmh.com/wp-content/uploads/Due-Process-in-Administrative-Law-in-India.pdf>
- Rebollo, M., Izquierdo, M., Alarcón, L., & Bueno, A. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. Lex Nova. <https://books.google.com.pe/books?id=kxz71Oe12eUC>
- Recio, J. (2008). Potestad organizatoria de las administraciones públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (32), 263–320. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2859873>
- Ridi, N., & Fikfak, V. (2022, mayo).\*\* Sanctioning to change state behaviour. *Journal of International Dispute Settlement*, 13(2), 210–232. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idac006>
- Rivera, H. (2024, 7 de mayo). Accidentes de tránsito y Seguro Obligatorio en Perú: Lo que necesitas saber. *Trámite Perú*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de <https://perutramite.com/accidentes-de-transito/>

- Rui, S. (2022, agosto). Research on tort liability of autonomous vehicles in traffic accidents. *BCP Social Sciences & Humanities*, 19, 157–163. <https://doi.org/10.54691/bcpssh.v19i.1599>
- Saade, M., & Ortega, J. (2025). *Avances y desafíos de la seguridad vial en América Latina y el Caribe*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/ab61f50e-5868-48fc-b433-08c4d86cd595/content>
- Sánchez, J. (2023). Plan de seguridad vial para mejorar los riesgos asociados en accidentes de tránsito vehicular en el distrito de Trujillo, 2022 [*Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán*]. Repositorio de la USS. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10804/Sanchez%20Cabanillas%20Jorge%20Alberto.pdf>
- Sánchez, Z. (2023). *El procedimiento administrativo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (1ª ed.). Colex.
- Santamaría, N., Caldera, S., & Santamaría, L. (2022). Análisis de la accidentalidad de tránsito en la empresa Sotragolfo Ltda. ocurridos en el periodo de julio a diciembre 2021 [*Tesis de licenciatura en Salud Ocupacional, Universidad Minuto de Dios*]. Repositorio Institucional-UNIMINUTO. <https://repository.uniminuto.edu/server/api/core/bitstreams/edaa8851-28c1-42cc-a5f1-74518325ff61/content>
- Siccha, P. (2019). La responsabilidad civil extracontractual de las empresas de leasing frente a un accidente de tránsito [*Tesis de maestría en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Federico Villarreal*]. Repositorio Institucional-UNFV. <https://hdl.handle.net/20.500.13084/4989>
- Silva, C. (2022). Seguridad vial y prevención de accidentes de tránsito: Una revisión bibliográfica [*Trabajo de investigación de bachillerato en Enfermería, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*]. Repositorio Institucional-USAT. [https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/5238/1/TIB\\_SilvaParedesCarmen.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/5238/1/TIB_SilvaParedesCarmen.pdf)
- Tirado, J. (2024). *Sanciones administrativas. Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de la administración pública* (1ª ed.). Palestra.
- Tirado, J. (2011, julio). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251–262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177/13790>
- Tribunal Constitucional. (2005). *Exp. N.º 00053-2004-PI/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00053-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). *Exp. N.º 0042-2004-AI/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). *Exp. N.º 0020-2005-PI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2006). *Exp. N.º 0001-2005-PI/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00001-2005-AI.html>

- Tribunal Constitucional. (2024). *Exp. N.º 00026-2021-PI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00026-2021-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2024). *Exp. N.º 01991-2022-PA/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01991-2022-AA.html>
- Varas, H. (2020, 21 de julio). Responsabilidad civil por hechos de tránsito y seguros. *LP – Pasión por el Derecho*. Recuperado el 25 de marzo de 2025 de <https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-hechos-transito-seguros/>
- Vega, G. (2021). Políticas públicas en seguridad vial y accidentes de tránsito en la ciudad de Chimbote, 2020 [*Tesis de maestría en Gestión Pública, Universidad César Vallejo*]. Repositorio Institucional-UCV. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/92162/Vega\\_GWA-SD.pdf](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/92162/Vega_GWA-SD.pdf)
- Villafranqui, G. (2020, septiembre). El desarrollo de infraestructura pública y los acuerdos de Estado a Estado: Alcances y oportunidades. *Derecho & Sociedad*, (55), 433–443. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23259/22245>
- Villegas, P. (2022, diciembre). La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: Las actas de inspección. *IUS ET VERITAS*, (65), 166–175. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/26286/24694>
- Zegarra, D. (2011). La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa. En D. H. Zegarra & V. S. Baca Oneto (Coords.), *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después* (pp. 337–362). <https://www.studocu.com/pe/document/pontificia-universidad-catolica-del-peru/derecho-civil-y-derecho-procesal-civil/u13-zegarra-337-361-apuntes/99121840>



## **Análisis, críticas y desafíos ambientales en torno a la sentencia de la Corte IDH sobre el caso de La Oroya<sup>1</sup>**

### ***Analysis, criticisms and environmental challenges surrounding the IACtHR Ruling on La Oroya case***

Anjana Shanta Meza Lazo<sup>2</sup>

#### **Resumen**

Este artículo analiza la sentencia de la Corte IDH sobre el caso Habitantes de la Oroya vs. Perú, centrándose en el tema medioambiental, a través de una metodología cualitativa. Para ello, tras contextualizar históricamente el caso de La Oroya, se procederá a extraer y analizar los aspectos más relevantes de la sentencia en relación con la responsabilidad estatal frente a actividades empresariales contaminantes, el principio de desarrollo sostenible y el deber de no regresión. En una segunda etapa, se examinarán los desaciertos de la Corte IDH con el propósito de identificar sus repercusiones y proponer vías para su

1 Este artículo profundiza la línea investigativa iniciada por la autora en el informe jurídico desarrollado en el marco del curso de Seminario de Trabajo Académico del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la PUCP. A lo largo de su elaboración, la autora recibió los gentiles comentarios y sugerencias del profesor Renato Constantino.

2 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Cuenta con un Título de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público por la misma casa de estudios.

Correo electrónico: [anjana.meza@pucp.edu.pe](mailto:anjana.meza@pucp.edu.pe) ; [anjanameza18@gmail.com](mailto:anjanameza18@gmail.com)

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3305-668X>

adecuado abordaje. Entre estos se incluyen la omisión de un análisis profundo sobre el desplazamiento por degradación ambiental en La Oroya, la controvertida intención de consagrar una norma de *ius cogens* en materia ambiental y la amplitud de la medida de compensación ambiental impuesta al Estado peruano. Finalmente, se reflexionará sobre el futuro del Complejo Metalúrgico de La Oroya, considerando el componente social en el marco del dilema entre reactivación económica y protección ambiental.

**Palabras clave:** La Oroya, contaminación, Corte IDH, complejo metalúrgico, medio ambiente

## **Abstract**

This article analyzes the IACtHR's ruling in the case *Inhabitants of La Oroya v. Peru*, with a focus on environmental issues, using a qualitative methodology. For this purpose, after providing the historical context of the La Oroya case, the most relevant aspects of the judgment will be identified and examined, particularly regarding state responsibility for polluting corporate activities, the principle of sustainable development, and the duty of non-regression. In a second stage, the shortcomings of the Court's reasoning will be critically assessed, with the aim of proposing possible avenues for addressing them adequately. These include the omission of an in-depth analysis of displacement caused by environmental degradation in La Oroya, the controversial attempt to establish a *jus cogens* norm in environmental matters, and the broad scope of the environmental compensation measure imposed on the Peruvian State. Lastly, the article reflects on the future of the La Oroya Metallurgical Complex, taking into account the social dimension in light of the tension between economic reactivation and environmental protection.

**Keywords:** La Oroya, pollution, IACtHR, metallurgical complex, environment

## Introducción

La Oroya es una ciudad que se encuentra en el departamento de Junín, en los Andes centrales del Perú. Durante años, ha estado en el centro del debate, debido a los impactos que la actividad del Complejo Metalúrgico de La Oroya (en adelante, CMLO) ha generado en el medio ambiente.

Así, esta ciudad se convirtió en símbolo de la tensión entre el desarrollo económico y la protección ambiental, sobre todo desde que fue catalogada como una de las ciudades más contaminadas del mundo (Blacksmith Institute, 2007). En este contexto, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso *Habitantes de La Oroya vs. Perú*, marca un precedente histórico en el ámbito del derecho ambiental.

La trascendencia de este fallo no solo reside en que aborda y desarrolla el contenido del derecho a un medio ambiente sano, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), sino que también lo hace dentro de un contexto urbano, sin vinculación con comunidades indígenas, lo que amplía su alcance más allá de los escenarios tradicionalmente considerados por la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, la sentencia representa un avance importante en el desarrollo jurisprudencial dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), sobre todo en temas de responsabilidad estatal por actividades empresariales contaminantes, sostenibilidad ambiental y obligación de no regresividad.

Sin embargo, pese a sus aportes, el fallo no está exento de críticas. Primero, la Corte IDH no ahonda en el fenómeno del desplazamiento ambiental forzado que ocurrió en La Oroya. Segundo, la Corte IDH no brinda la suficiente justificación ni explicación al momento de sugerir la calificación como norma de *ius cogens* a la prohibición de conductas que lesionan el medio ambiente. Tercero, la Corte IDH plantea la obligación del Estado peruano de crear e implementar un plan de compensación ambiental. Empero, el contenido, alcance y viabilidad de esta medida aún resultan poco claros y generan dudas sobre su ejecución efectiva.

Teniendo esto en cuenta, a lo largo del siguiente artículo, se realizará un análisis crítico de la sentencia de la Corte IDH. Para ello, se iniciará con una breve presentación de la historia de La Oroya. Posteriormente, se examinarán tanto los avances que representó la referida sentencia en materia de protección ambiental frente a contextos de contaminación, como las omisiones y aspectos controvertidos en los que incurrió la Corte IDH, junto con sus repercusiones y alternativas para un abordaje más adecuado. Por último, se realizará una reflexión respecto al futuro del CMLO, para la cual se tomará en consideración el factor social y el deber de proteger el medio ambiente, de conformidad con la sentencia de la Corte IDH.

## **La historia de La Oroya**

En 1922, bajo la administración de la empresa estadounidense Cerro de Pasco Copper Corporation, el CMLO inició sus operaciones, las cuales se centraban en la fundición de metales provenientes de minas aledañas. Años más tarde, en 1974, el CMLO es nacionalizado y pasa a integrar la Empresa Minera del Centro del Perú (en adelante, Centromin). En 1997, el CMLO es vendido a la empresa Doe Run Perú (en adelante, Doe Run), cuya matriz era la empresa estadounidense Renco.

Cabe resaltar que, antes de la venta, Centromin había elaborado un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante, PAMA), el cual ya había sido aprobado a través de la Resolución Directoral No. 017-97EM/DGM del Ministerio de Energía y Minas<sup>3</sup>. En esa línea, el cumplimiento de este instrumento ambiental resultaba obligatorio para Doe Run bajo la normativa vigente a fin de reducir los impactos negativos que la actividad metalúrgica generaba en el medio ambiente.

Dentro de las principales obligaciones del PAMA, se encontraba la instalación de una planta de ácido sulfúrico para el control de emisiones tóxicas provenientes de la fundición y tratamiento de metales. Ahora bien, con la aprobación del

---

<sup>3</sup> Publicado en El Peruano el 13 de enero de 1997.

PAMA, se esperaba que Doe Run concretase y ponga en funcionamiento esta planta en un plazo máximo de diez años. Empero, Doe Run incumplió este plazo y solicitó varias prórrogas, bajo el argumento de que estaba presentado dificultades técnicas y económicas. Inicialmente, el Estado peruano accedió a sus solicitudes de ampliación, pero luego de repetidos incumplimientos, Doe Run optó por someterse a una reestructuración financiera. En el 2014, la Junta de Acreedores decidió proceder con la liquidación de la empresa y, consecuentemente, con la venta del CMLO.

Sin embargo, al no concretarse ninguna oferta de compra, en enero de 2022 se determinó entregar el CMLO a los extrabajadores de Doe Run como compensación por las deudas laborales impagas. Ellos crearon la nueva empresa Metalúrgica Business Perú, con la cual retomaron las actividades de fundición en octubre de 2023, aunque con un nivel de operación reducido en comparación con su capacidad histórica (El Peruano, 2023). Cabe resaltar que todo ello acontecía mientras se estaba a la espera de la publicación del fallo de la Corte IDH sobre el caso de La Oroya.

## **Aportes y aspectos controversiales de la sentencia de la Corte IDH**

El 22 de marzo de 2024, la Corte IDH publicó su sentencia sobre el caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, en la que declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano por violaciones de derechos humanos, dentro de los que destaca el derecho al medio ambiente sano, en perjuicio de 80 oroyinos. Luego de una revisión detallada de la sentencia de la Corte IDH, enfocada en el ámbito medioambiental, se examinarán los tres aportes más relevantes del fallo, así como sus tres principales cuestionamientos. El objetivo es ofrecer una visión equilibrada que permita comprender sus contribuciones, pero también los aspectos que generan debate o presentan debilidades.

## **Aspectos resaltantes de la sentencia de la Corte IDH**

### ***Sobre la responsabilidad estatal por actividades empresariales contaminantes***

Un primer aspecto destacable de la Corte IDH es que, a lo largo de su sentencia, diferencia claramente a los sujetos responsables de la contaminación en La Oroya. Así, distingue la contaminación causada por una empresa estatal y una empresa privada, y cómo el Estado peruano resultaría responsable por dichas actuaciones.

Al respecto, resulta relevante recordar que el CMLO ha sido operado por varias empresas. Inicialmente, fue operado por la empresa Cerro de Pasco Cooper Corporation, posteriormente por la empresa estatal Centromin y luego por Doe Run. En esa línea, lógicamente, han sido estas empresas las causantes directas de la contaminación producida en La Oroya.

Empero, en el ámbito jurídico internacional de los derechos humanos y, en específico, en el análisis que se realiza para imputar la responsabilidad internacional dentro del SIDH, las empresas no pueden ser consideradas jurídicamente como responsables de violaciones de derechos humanos. Así pues, la arquitectura del SIDH está construida sobre la premisa de la responsabilidad internacional del Estado, lo que implica que únicamente los Estados pueden ser demandados y eventualmente condenados por la Corte IDH (Medina, 2009).

En esa misma línea, resulta particularmente interesante la evaluación que realiza la Corte IDH sobre el vínculo existente entre las empresas antes mencionadas, responsables directas de la contaminación, y el propio Estado peruano. Para ello, la Corte IDH centra su análisis en dos empresas: Centromin y Doe Run. Esta precisión resulta razonable considerando que el Perú reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH en el año 1981, por lo que únicamente se analizan los hechos ocurridos desde esa fecha en adelante.

En cuanto a Centromin, esta fue una empresa del Estado que dependía de la gestión del Ministerio de Energía y Minas hasta antes de ser privatizada.

Según la teoría de atribución de responsabilidad por control (Schönsteiner, Martínez y Miranda, 2020), un Estado es responsable internacionalmente por las acciones de una empresa estatal si ejerce injerencia estructural, administrativa y presupuestaria sobre ella.

Para la Corte IDH, la conducta realizada por Centromin encaja en ese esquema. Por ello, la vulneración del derecho al medio ambiente sano cometida por esta empresa es atribuible directamente al Estado peruano. Con relación a este punto, destaca el cuarto principio establecido en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (ONU, 2011, p. 7), el cual indica que los Estados deben establecer las medidas necesarias a fin de evitar que las empresas que sean de su propiedad vulneren derechos humanos.

En cuanto a Doe Run, al tratarse de una empresa privada, el enfoque de análisis realizado por la Corte IDH cambia. Aquí, la cuestión central es determinar si el Estado peruano cumplió con su obligación de prevenir, fiscalizar y sancionar las afectaciones a derechos humanos derivadas de la actividad empresarial privada.

Este análisis se encuentra vinculado con el deber de garantía, consagrado en el artículo 1.1 de la CADH. En ese sentido, los Estados no solo deben abstenerse de vulnerar los derechos humanos, sino también garantizar su respeto frente a acciones de terceros, incluyendo actores corporativos (Anicama, 2009, p. 312).

Sumado a ello, el principio fundacional 1, establecido en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (ONU, 2011, p. 3), precisa que los Estados están obligados a proteger a su población frente a posibles vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas privadas. Para ello, deben implementar mecanismos efectivos de prevención, mitigación, sanción y reparación, lo cual implica establecer marcos regulatorios adecuados y garantizar el acceso a la justicia.

Ahora bien, cuando la Corte IDH analiza la responsabilidad del Estado peruano por vulneraciones al derecho al medio ambiente sano causados por Doe Run, logra fortalecer la línea jurisprudencial que existía sobre el tema de

derechos humanos y empresas privadas. Así, ya en dos casos anteriores, como el de Vera Rojas vs. Chile (Corte IDH, 2021, párr. 88) y en el caso de los Buzos Miskitos vs. Honduras (Corte IDH, 2021, párr. 51), se había indicado que, si bien existe el deber de las empresas privadas de respetar los derechos humanos, son los Estados quienes tienen la obligación ineludible de regular su actuación para prevenir posibles vulneraciones.

Considerando lo anteriormente explicado, en la sentencia del caso de La Oroya, es posible distinguir claramente dos etapas del rol estatal: una primera, en la que el Estado tenía la obligación directa de respetar el derecho al medio ambiente sano como operador del CMLO a través de Centromin; y una segunda, en la que, tras la privatización, el Estado debía ejercer su deber de garantía, regulando y fiscalizando la actividad de Doe Run con el fin de evitar un impacto ambiental negativo. Así pues, ambas dimensiones de responsabilidad, como actor directo y como garante, son fundamentales para comprender el alcance de la obligación estatal con respecto al derecho al medio ambiente sano.

### ***Sobre el principio de desarrollo sostenible***

Un segundo aspecto destacable de la Corte IDH, y que se complementa con el primer aspecto, es la mención expresa que realiza sobre la importancia del principio de desarrollo sostenible (párrafo 128 de la sentencia), el cual es uno de los pilares dentro del Derecho Internacional del Medio Ambiente. De esta forma, la Corte IDH destaca el principio de equidad intergeneracional, subrayando la imperatividad de preservar el medio ambiente en beneficio de las generaciones futuras. Esta mención resulta clave para analizar el derecho al medio ambiente sano porque implica que el Estado, frente a cualquier actividad empresarial, debe velar no solo por el aspecto económico, sino también por el aspecto social y ambiental.

Ahora bien, siguiendo a Wieland (2017, p. 25), en el ámbito corporativo, la sostenibilidad se entiende como un proceso de transformación en el que la

utilización de los recursos, las decisiones de inversión, el rumbo del desarrollo tecnológico y los cambios institucionales deben coordinarse de forma armoniosa para permitir que tanto las generaciones actuales como las futuras puedan satisfacer sus necesidades y aspiraciones. De esta manera, el desarrollo sostenible implica una gestión equilibrada del entorno, considerando de manera interconectada los factores sociales, ambientales y económicos.

Teniendo en cuenta ello, en el caso de La Oroya, este enfoque de sostenibilidad resultó de gran ayuda. Así, la Corte IDH pudo analizar y sancionar la actuación del Estado peruano, tanto cuando era propietario del CMLO, a través de Centromin, pero también cuando Doe Run se convierte en el nuevo propietario.

Con respecto al primer escenario, se puede profundizar en el hecho de que, cuando Centromin asume la gestión del CMLO, el Estado peruano no llevó a cabo una evaluación integral de las consecuencias ambientales de continuar con el modelo de operación heredado de la empresa estadounidense. Según lo documentado por Bravo, desde el año 1926, ya se conocían los efectos contaminantes que provocaban las emisiones del CMLO, tanto por los gases tóxicos como por los residuos líquidos, los cuales afectaban directamente el aire, el agua y el suelo de la zona (2015, pp. 35-36).

Pese a la existencia de esta información, el Estado peruano optó por mantener las mismas tecnologías contaminantes utilizadas desde 1922. En esa línea, no promovió cambios en los procesos productivos ni invirtió en la construcción de infraestructuras destinadas a reducir la contaminación, como plantas de tratamiento de aire o agua. La continuidad en el uso de técnicas altamente dañinas para el medio ambiente y, consecuentemente, los gases y fluidos tóxicos provenientes del CMLO evidencian una clara vulneración del derecho al medio ambiente sano, lo que también afectó a su población, dada la presencia de plomo y otros metales pesados en su sangre (Bravo, 2015).

Esta actitud se repitió cuando, en 1997, el Estado decidió transferir el CMLO a Doe Run. A pesar de los antecedentes conocidos sobre el impacto negativo

de las operaciones del CMLO, el Estado permitió que la empresa iniciara sus operaciones sin modificar las técnicas industriales utilizadas, ni concluir las obras necesarias para mitigar las emisiones contaminantes. En particular, el Perú no le exigió oportunamente a Doe Run la culminación del PAMA, pese a que su implementación podría haber contribuido significativamente a reducir los niveles alarmantes de contaminación en La Oroya. Así pues, en lugar de centrar sus esfuerzos en asegurar el cumplimiento efectivo de dicho instrumento ambiental, el Estado optó por otorgar sucesivas prórrogas a la empresa<sup>4</sup>, postergando las obligaciones ambientales y perpetuando una situación de grave daño ambiental.

En base a lo anteriormente señalado, se evidencia que tanto en la administración de Centromin como en la de Doe Run, era fundamental que el Estado adoptara una postura proactiva orientada a salvaguardar el medio ambiente frente a la actividad minero-metalúrgica del CMLO, en virtud del principio de desarrollo sostenible precisado por la Corte IDH. Empero, el Perú no lo llegó a cumplir.

Cabe resaltar que esta omisión del Perú se asemeja a lo ocurrido en el caso Pávlov y otros vs. Rusia, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el año 2023. Este caso analiza la historia de Lípetsk, una ciudad rusa que durante más de veinte años estuvo expuesta a altos niveles de contaminación ambiental provocados por las actividades industriales locales. No obstante, durante todo ese tiempo, el Estado no actuó con la diligencia debida para revertir dicha situación ambiental (párr. 71; 90-91). Cabe señalar que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano, el TEDH lo ha interpretado dentro del marco del derecho a la vida privada, protegido por el artículo 8 del mencionado Convenio.

Este fallo, si bien no pertenece al SIDH, proporciona un marco útil para complementar lo desarrollado por la Corte IDH en el caso de La Oroya, donde,

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, se tiene la Resolución Ministerial No. 257-2006-MEM/DM del 29 de mayo de 2006 y la Ley No. 29410 del 26 de setiembre de 2009.

de manera similar, se prolongó durante varios años una situación de alta contaminación ambiental sin que las autoridades adoptaran medidas eficaces para contenerla. Dicha inacción reveló una ausencia de articulación entre los pilares fundamentales del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente.

En síntesis, en el caso de La Oroya, el interés del Estado se centró en mantener la actividad económica del CMLO, sin darle el peso necesario a los efectos negativos que generaba en el entorno natural. Así, queda claro que se priorizó el aspecto económico, en detrimento de los otros dos componentes esenciales para un desarrollo sostenible.

### ***Sobre la obligación de no regresividad en materia ambiental***

El tercer aspecto destacable de la sentencia de la Corte IDH está referido a la aplicación práctica de la obligación de no regresividad en materia ambiental (párrafos 181-187). Así, para la Corte IDH, el Perú incumplió esta obligación al flexibilizar los Estándares de Calidad del Aire, pues, en el año 2017, habría ampliado la presencia permitida de dióxido de azufre (en adelante, SO<sub>2</sub>) en el aire hasta 12 veces más el límite máximo que antes era aplicable.

Ahora bien, la obligación de no regresividad está vinculada con la obligación de progresividad y ambas se encuentran contenidas en el artículo 26 de la CADH. Con respecto a ese punto, cabe resaltar que la redacción de este artículo no incluye expresamente la obligación de no regresividad. Empero, la Corte IDH, a partir del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2018, párr. 143), indicó que esta obligación se desprende del deber de progresividad, por lo que se entiende que entre ambos existe una interrelacionalidad.

De conformidad con Rossi (2020), la obligación de progresividad implica que los Estados deben avanzar continuamente en la realización y garantía de los derechos. Esto ha sido tradicionalmente asociado a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs), dado que se indicaba que

la implementación plena de estos derechos podría tomar tiempo, por lo que los Estados estaban obligados a adoptar medidas de manera sostenida y progresiva. Por otro lado, la obligación de no regresividad establece que los avances logrados en materia de DESCAs no deben ser reducidos ni eliminados, a menos que existan razones extremadamente justificadas. En otras palabras, una vez que un derecho ha sido garantizado en cierto nivel, no puede haber retrocesos arbitrarios.

En el caso de La Oroya, se pudo aplicar y esclarecer las obligaciones de progresividad y, sobre todo, de no regresividad en el contexto del derecho al medio ambiente sano, incluso cuando el Estado intentó justificar su actuación regresiva. Empero, su argumentación no fue suficiente para evitar que se configure el incumplimiento del Perú.

Con respecto a esto último, el Estado peruano señaló que redujo los Estándares de Calidad del Aire bajo el argumento de que buscaba adecuarse a los estándares internacionales fijados por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), particularmente respecto al límite máximo permitido de SO<sub>2</sub> en el aire. Para la Corte IDH, esta justificación no fue válida, pues el Estado ya había fijado un estándar interno más alto de protección, y no podía rebajarlo de manera regresiva, sobre todo cuando dicho estándar respondía a la realidad ambiental y sanitaria específica del país.

Esta decisión fue clave, pues permitió reforzar el principio de que los estándares nacionales más protectores no pueden ser disminuidos arbitrariamente, incluso si las normas internacionales son menos estrictas. Además, evidencia cómo la reducción del estándar ambiental en el Perú respondió más a intereses económicos, como crear las condiciones para que Doe Run siguiera operando en La Oroya, antes que a una real mejora normativa en materia ambiental.

Una vez analizados los aspectos más destacables y positivos de la sentencia emitida por la Corte IDH, resulta pertinente avanzar hacia un examen más crítico. En este sentido, es fundamental identificar tanto las omisiones como los aspectos

controversiales que se evidencian en el fallo, los cuales generan debate y merecen un análisis detallado.

## **Críticas a la sentencia de la Corte IDH**

### ***Sobre los desplazados ambientales***

Uno de los puntos que no se abordó plenamente dentro de la sentencia de la Corte IDH fue el caso de los desplazados ambientales de La Oroya. Si bien se hace una breve mención a la degradación ambiental y su vinculación con el desplazamiento humano, esto se analiza desde la óptica del derecho a la integridad personal, pero no desde el enfoque del derecho de residencia (párrafos 230 y 234).

En esa línea, resultaba importante ahondar en el tema del desplazamiento por degradación ambiental, dado que, hasta el momento, no ha habido un pronunciamiento de la Corte IDH enfocado plenamente en este tema. Tradicionalmente, se ha vinculado el desplazamiento forzado con situaciones de violencia interna como conflictos armados, pero no con cuestiones ambientales.

Ahora bien, el análisis jurídico sobre este tema debe partir del artículo 22.1 de la CADH, el cual reconoce el derecho de toda persona a desplazarse y establecerse libremente dentro del territorio de su país. En ese sentido, este derecho se ve comprometido cuando el cambio de residencia no es resultado de una elección voluntaria por parte del individuo afectado. De conformidad con Reyes, el desplazamiento forzado limita la libertad de decidir dónde vivir, puesto que la autonomía de la persona queda condicionada a factores externos que la obligan a abandonar su lugar de origen (2022, pp. 108-109).

En cuanto a la denominación asignada a la persona afectada, esta es reconocida como desplazada. Para ser considerada como tal, no se necesita contar con un registro oficial, sino que basta haber sido compelida a abandonar el lugar donde se residía habitualmente, de conformidad con el caso Masacres de Ituango vs. Colombia (Corte IDH, 2006, párr. 214). En cuanto al ámbito espacial,

el desplazamiento forzado debe ocurrir dentro del mismo territorio de un país. Es decir, la persona afectada no cruza la frontera internacional, tal como se precisó en el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Corte IDH, 2010, párr. 140).

Adicionalmente, conviene destacar la causa del desplazamiento forzado, la cual se encuentra vinculada con la violación previa de otros derechos humanos, lo que genera que la persona afectada se vea obligada a salir del lugar donde solía vivir (Jaimes, 2014). Siguiendo esta lógica, primero debe ocurrir la violación de un derecho para luego dar pase al desplazamiento.

Teniendo en claro estos aspectos conceptuales, se puede analizar la figura del desplazamiento provocado por degradación ambiental. Al respecto, Terreros (2020) señala que esto se refiere a aquellos casos en los que las personas se ven forzadas a desplazarse debido al daño severo en su entorno natural, el cual ya no resulta tolerable. Así, se evidencia, de forma previa, la vulneración del derecho al medio ambiente sano, lo que genera posteriormente el desplazamiento de las personas afectadas.

Como antecedente en temas de desplazamiento por degradación ambiental, se puede mencionar el caso *Teitiota vs. Nueva Zelanda* ante el Comité de Derechos Humanos (2020), donde se reconoció por primera vez que la degradación ambiental podría generar situaciones compatibles con el estatus de persona desplazada. Este caso representa un importante precedente para vincular el derecho a residir y vivir en un entorno saludable con la necesidad de protección ante el desplazamiento ambiental.

El caso de La Oroya representaba una oportunidad concreta para abordar el desplazamiento forzado desde una perspectiva latinoamericana, vinculándolo con la degradación ambiental como factor desencadenante. Sin embargo, la Corte IDH dejó pasar la posibilidad de sentar un precedente jurisprudencial en materia de protección del derecho a la residencia frente a la degradación ambiental ocasionada por una actividad económica.

En La Oroya, en efecto, la afectación al derecho a un medio ambiente sano fue evidente desde el inicio, dada la magnitud de la contaminación que tornaba inviable la permanencia en la zona, situación agravada por los graves riesgos que esta representaba para la salud de la población. Los habitantes no podían transitar libremente por las calles, como ocurriría en cualquier otra localidad, debido a que estaban constantemente expuestos a gases tóxicos, partículas contaminantes arrastradas por el viento y lluvias que dejaban marcas a su paso. A criterio de la perita Marisol Yañez<sup>5</sup>, esta situación ambiental afectó la forma de vida de las personas, lo que también tuvo un impacto a nivel emocional.

Por consiguiente, fueron causas externas, como la contaminación extrema y el temor a enfermedades graves, las que, en un segundo momento, motivaron la partida de varios habitantes de La Oroya. Al respecto, conviene destacar la declaración de Rosa Amaru, una de las testigos y víctimas en el caso de La Oroya. Ella señaló, durante la audiencia pública, que los oroyinos tenían derecho a permanecer en el mismo lugar donde habían nacido y crecido, pero lamentablemente muchos se vieron privados de ese derecho por la situación ambiental de su ciudad que los llevó a partir y a cargar con el peso de estar lejos de su ciudad natal (Corte IDH, 2022). En esa línea, el análisis de la vulneración al derecho de residencia de los habitantes de La Oroya adquiere especial relevancia, no solo por la dimensión material del desplazamiento, sino también por las afectaciones emocionales que generó en la población.

Por último, cabe resaltar que, aproximadamente un año después de la emisión de la sentencia sobre el caso de La Oroya, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva 32/25 sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos, en la que se refiere al fenómeno del desplazamiento ambiental. En este documento, la Corte IDH reconoce que el cambio climático puede generar violaciones a diversos derechos, entre ellos el derecho a la residencia y a la vida familiar, llamando a

---

<sup>5</sup> Peritaje llevado a cabo por Marisol Yañez, el cual fue incluido dentro de la sentencia del caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (Corte IDH, 2023).

los Estados a adoptar medidas de protección frente a desplazamientos inducidos por el deterioro ambiental (2025, párrafos 403-405). Pese a la relevancia de este pronunciamiento, habría resultado más enriquecedor que la Corte desarrollara estos elementos a partir de un caso concreto como el de La Oroya, donde se ejemplifica claramente el desplazamiento forzado provocado por la contaminación originada en una actividad económica.

### ***Sobre el intento de creación de una norma de ius cogens***

Otro aspecto controvertido de la sentencia surge en el momento en que la Corte IDH indica que la prohibición de conductas nocivas para el medio ambiente podría considerarse una norma de *ius cogens* (párrafo 129). Aunque dicha postura puede interpretarse como una señal del creciente compromiso del SIDH con la protección ambiental, también ha suscitado importantes cuestionamientos desde el punto de vista jurídico. En ese sentido, la crítica recae en la falta de justificación sólida que sustente una declaración de tal magnitud normativa, lo que, en última instancia, debilita su legitimidad y genera dudas sobre el proceder de la Corte IDH.

En primer lugar, resulta preocupante que la Corte IDH se haya aventurado a sugerir que la prohibición de ciertas conductas ambientales es una norma de *ius cogens*, sin brindar un mínimo desarrollo argumentativo que explique el origen, los fundamentos o el respaldo normativo de tal señalamiento. Siguiendo el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se puede entender que las normas de *ius cogens* son aquellas que se encuentran aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados, lo que significa que, a través de ellas, los Estados han decidido proteger internacionalmente ciertos valores fundamentales (Puceiro, 2019).

Dada esta naturaleza jurídica, la convicción estatal respecto a la existencia de tales normas no puede presumirse o simplemente señalarse, sino que debe justificarse (Drnas, 2021). En el caso concreto de la sentencia sobre La Oroya, la

Corte IDH se limita a realizar tal declaración sin el respaldo jurídico internacional necesario, lo que debilita gravemente su fuerza normativa y cuestiona si realmente la prohibición de conductas dañinas al medio ambiente es o podría llegar a ser una norma de *ius cogens*.

En segundo lugar, la declaración de la Corte IDH ha generado que se traiga a colación, una vez más, su tendencia al activismo judicial, la cual, según Martínón, suele ser un punto de crítica recurrente a la Corte IDH (2018, p. 99). A diferencia de otros tribunales internacionales de derechos humanos, como el TEDH, el cual generalmente adopta una postura más cautelosa en materia interpretativa, aunque en ocasiones de forma excesivamente conservadora, la Corte IDH ha mostrado una inclinación a incorporar desarrollos normativos ambiciosos sin la construcción jurídica previa que los respalde de forma convincente<sup>6</sup>, lo que lleva a que se cuestione la legitimidad de su labor interpretativa.

Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, no resulta sostenible afirmar que la prohibición de conductas nocivas al medio ambiente constituye, en la actualidad, una norma de *ius cogens*. En este sentido, conviene comenzar con lo señalado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) en su “Proyecto de conclusiones referido a las normas imperativas del Derecho Internacional general (*ius cogens*)” (2022).

En dicho documento, la CDI propone una definición de las normas imperativas como aquellas que cuentan con aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad internacional de Estados y respecto de las cuales no es admisible

---

6 Uno de los ejemplos más representativos es el de la judicialización de los DESCAs, cuya fundamentación por parte de la Corte IDH continúa siendo debatible. Hasta el momento, no se ha observado un desarrollo sustantivo en su argumentación, la cual, en la sentencia del caso La Oroya, se mantiene en la postura de que su legitimidad deriva de la propia interpretación que realiza la Corte IDH. Sin embargo, la misma evita pronunciarse sobre el posible conflicto con el artículo 6 del Protocolo de San Salvador, el cual únicamente menciona al derecho a la educación y al derecho de los trabajadores a organizarse y afiliarse libremente a sindicatos como susceptibles de ser judicializados. Al respecto, véase Calderón, J. (2018). La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, pp. 333-379. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/39288>

acuerdo en contrario (conclusión 3). A partir de esta concepción, las normas de *ius cogens* ocupan un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico internacional y, consecuentemente, imponen límites infranqueables a la voluntad soberana de los Estados. Esta naturaleza imperativa explica el alto grado de exigencia requerido para su identificación y reconocimiento. En efecto, la CDI subraya que el carácter imperativo de una norma debe estar sustentado por pruebas claras de su aceptación y reconocimiento como tal por la comunidad internacional (2022, conclusiones 6-8).

Teniendo en cuenta ello, actualmente no es posible evidenciar la aceptación por parte de la comunidad internacional a la restricción de actividades que son nocivas para el medio ambiente. Siguiendo lo señalado por Wieland (2017), en el ámbito del Derecho Internacional del Medio Ambiente, existen instrumentos jurídicos vinculantes y declaraciones orientadas a la protección del medio ambiente, pero no se evidencia una prohibición absoluta frente a todo tipo de daño ambiental. Por el contrario, el Derecho Internacional admite ciertos umbrales de tolerancia frente a impactos ambientales negativos, lo que evidencia la ausencia de una restricción categórica.

Por ejemplo, en el caso de los Tratados de Libre Comercio, estos incluyen disposiciones que autorizan a los Estados a desarrollar medidas en favor del medio ambiente, pero, según Vega y Machado, también han “promovido prácticas que lo dañan” (2024, pp. 744-745). Así, para no afectar el comercio internacional, actualmente, es posible cuestionar medidas ambientales percibidas como barreras no arancelarias. Asimismo, para proteger la inversión extranjera, las empresas privadas pueden impugnar medidas ambientales estatales que afecten sus expectativas de ganancia, mediante la figura de expropiación indirecta. Considerando ello, no resultaría posible afirmar que se ha consolidado una norma de *ius cogens* como la que plantea la Corte IDH, pues existen tratados que promueven actividades económicas que tienen un umbral permitido de daño al medio ambiente, lo que resulta incompatible con una de las características de las

normas de *ius cogens*: su inderogabilidad, la cual impide la validez de cualquier pacto en contrario.

Como segundo ejemplo se puede señalar el caso de las armas nucleares y la negativa de los Estados de inhibirse a desarrollar este tipo de armas, las cuales tienen necesariamente un impacto dañino en el medio ambiente. En la Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia señaló que el Derecho Internacional relativo a la protección del medio ambiente no impide el empleo de las armas nucleares (párrafo 33), lo que refleja la persistente tolerancia hacia conductas perjudiciales para el medio ambiente. Además, el hecho de que, hasta la fecha, varios Estados sigan desarrollando este tipo de armamento evidencia la ausencia de un consenso firme por parte de la comunidad internacional respecto a su prohibición, pese al grave impacto ambiental que conllevan estas actividades.

Sobre este punto, cabe mencionar el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares que entró en vigor en el 2021 y reconoce el daño ambiental que causan las armas nucleares. Este tratado ha sido ratificado por un número considerable de Estados: 73. Empero, como advierte Saco, “por más que un tratado tenga a un significativo número de Estados de la comunidad como partes, esto parece no ser suficiente para que pueda representar a la comunidad internacional en su conjunto” (2010, p. 186). Este es precisamente el caso de dicho tratado, el cual pese a la cantidad de Estados que lo ratificaron, carece de la adhesión de actores clave del sistema internacional. Así, Estados Unidos, Rusia, China, Francia y el Reino Unido, que son potencias nucleares y miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, han decidido no ratificarlo. A esta lista se suman otros Estados con capacidad nuclear significativa como Israel, Corea del Norte, India y Pakistán, que tampoco forman parte del tratado.

Todos estos Estados, aparte de poseer un considerable arsenal atómico, desempeñan también un papel determinante en la arquitectura de la seguridad global. Por ende, su exclusión del tratado subraya que, a pesar de su simbolismo,

el tratado no puede ser considerado como una manifestación plena de la voluntad colectiva internacional de Estados en la prohibición de las armas nucleares, las cuales siguen siendo perjudiciales para el medio ambiente.

Para concluir, el intento de la Corte IDH de establecer una norma de *ius cogens* constituye una manifestación de su activismo judicial. Si bien puede valorarse positivamente su intención de reconocer la gravedad de los daños ambientales en términos de relevancia jurídica internacional, lo cierto es que, en el estado actual del Derecho Internacional, no resulta posible sostener que la prohibición de actividades nocivas para el medio ambiente tiene el carácter de norma de *ius cogens*. Sin duda, la protección del medio ambiente es uno de los desafíos más urgentes y transversales del siglo XXI. No obstante, para que la Corte IDH fortalezca su rol como intérprete, requiere rigor, prudencia y una adecuada articulación con el Derecho Internacional Público, sobre todo para hacer frente a críticas que puedan surgir más adelante.

### ***Sobre la imprecisión respecto a la obligación de llevar a cabo una compensación ambiental***

Otro aspecto cuestionable dentro de la sentencia de la Corte IDH es la amplitud con la que se establece la obligación del Estado peruano de implementar un plan de compensación ambiental como parte de las medidas de reparación integral frente a la grave contaminación ambiental en La Oroya (párrafo 351). Así, a pesar del avance que representa el reconocimiento de la necesidad de una compensación ambiental, su redacción evidencia la tendencia de la Corte IDH de dictar sentencias con alto valor simbólico, pero con reparaciones mal orientadas que complican su implementación real (López, 2019, pp. 225-226).

Para comenzar, la sentencia no precisa si la compensación ambiental debe traducirse en la total restauración de la vegetación natural; en la reducción de niveles de contaminación en el aire, el agua y el suelo hasta ciertos estándares medibles; o en la aplicación de alguna otra política estatal tangible. Desde una

perspectiva analítica, la implementación de un plan de compensación ambiental resulta ser una medida de reparación transformadora.

Siguiendo a Krsticevic (2022), esta búsqueda de efecto transformador no se limita a remediar los daños o a prevenir futuras afectaciones, sino que busca modificar las condiciones estructurales que permitieron la vulneración de derechos humanos. En ese sentido, la medida dictada por la Corte IDH trasciende el simple resarcimiento, pues, en realidad, implicaría el diseño e implementación de políticas públicas sostenibles, con enfoque ambiental y de derechos humanos, que integren acciones normativas, sociales y educativas en La Oroya. De esta manera, no solo se esperaría la recuperación física del medio ambiente, sino también la generación de conciencia estatal y colectiva en la población y empresas locales sobre los efectos de la contaminación, así como la promoción de la participación comunitaria en las decisiones ambientales y el fortalecimiento de instituciones estatales responsables de fiscalizar y proteger el entorno.

Si bien esta medida es elogiada, resulta difícil evaluar su cumplimiento, dada la necesidad de un buen entendimiento por parte del Estado peruano. En el mismo sentido, la falta de concreción genera incertidumbre sobre el contenido y alcance de la medida, lo que dificulta evaluar si efectivamente se logrará el mejoramiento de la situación medioambiental de La Oroya, más aún si se recuerda que la ciudad de La Oroya creció paralelamente a la actividad metalúrgica del CMLO, por lo que hablar de un «antes del CMLO» resulta complicado.

Asimismo, tampoco se aclara si la medida de compensación ambiental debe implicar una modificación o incluso la paralización de las operaciones del CMLO. Ahora bien, en caso el plan de compensación ambiental pudiese coexistir con la continuidad de las actividades industriales en el CMLO, se corre el riesgo de que el Estado peruano no detenga las causas estructurales que ha generado la contaminación en La Oroya.

Esta contradicción desnaturalizaría el sentido de la medida, pues no se trata de que el Estado reaccione a los daños sin frenar su origen, sino de que adopte

medidas efectivas que protejan el medio ambiente, eviten nuevas afectaciones y se cree un entorno de sostenibilidad ambiental. Así, la falta de articulación entre la compensación ambiental y la posible continuidad del foco contaminante debilita el impacto transformador de la sentencia.

Adicionalmente, de conformidad con Pellegrini (2010), en el contexto peruano, donde históricamente las sentencias de la Corte IDH no han tenido una aplicación efectiva y donde las reparaciones suelen enfrentar obstáculos técnicos, políticos y presupuestales, la amplitud de esta medida representa un serio problema. De esta forma, cuanto más abstracta o genérica es la orden emitida, más margen tiene el Estado para postergar su cumplimiento, adoptar acciones simbólicas sin impacto real o incluso nunca llegar a cumplir con la sentencia.

Dado que el factor tiempo es crucial, la Corte IDH debería optar por mejorar la manera en que redacta las medidas de reparación frente a una violación de derechos humanos. En el caso de La Oroya, las medidas dictadas por la Corte IDH no son todas iguales y, por ende, requieren plazos distintos y objetivos claros de alcance.

Por ejemplo, la Corte IDH podría clasificar escalonadamente las reparaciones según los plazos corto, mediano y largo. Mientras que una indemnización económica podría ser alcanzable a corto plazo, otras medidas como la compensación ambiental requieren un enfoque a largo plazo. En la misma línea, deberían definirse los aspectos mínimos de la reparación, acorde con el contexto del país. Esto permitiría al Estado, siempre que tenga voluntad política, saber por dónde empezar y contar con una guía para cumplir con las reparaciones.

En suma, la obligación impuesta por la Corte IDH al Estado peruano de implementar un plan de compensación ambiental, aunque representa un paso importante en el reconocimiento de derechos vinculados al medio ambiente, se ve empañada por su formulación excesivamente general. Esta vaguedad afecta su ejecución y, en última instancia, perpetúa las dificultades estructurales que enfrenta la Corte IDH en la práctica de sus reparaciones.

## **Reflexiones en torno al futuro del CMLO en La Oroya**

En las secciones anteriores, se han comentado los aciertos y desaciertos más resaltantes de la Corte IDH al momento de emitir su fallo sobre el caso de La Oroya. Ahora, conviene centrarse en el ámbito interno peruano, particularmente en el aspecto social, a fin de evaluar qué actitud debería tomar el Estado peruano respecto al futuro del CMLO, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte IDH, donde se le insta a salvaguardar y proteger el derecho al medio ambiente sano.

Como punto de partida, se debe hacer énfasis en la división que existe entre la población de La Oroya (Bravo, 2015, p. 95). Por un lado, hay un sector de la población que se ha mantenido firme por la lucha contra la contaminación ambiental en La Oroya y la paralización de actividades del CMLO. Por otro lado, hay un sector que anhela el retorno a la operatividad del CMLO tal como funcionaba en el pasado, especialmente entre quienes integran la empresa Metalúrgica Business Perú, actual propietaria del CMLO.

Estos trabajadores han retomado labores desde octubre de 2023 y esperan que la actividad del CMLO se intensifique progresivamente (El Peruano, 2023). Su principal argumento es la defensa de su derecho al trabajo y la posibilidad de generar ingresos tanto para sus familias como para la economía local.

Este escenario de división social, por sí solo, representa un obstáculo importante que el gobierno peruano debe tomar en consideración. Así, cualquier decisión que se tome en torno a la continuidad de actividades del CMLO provocará inevitablemente una reacción, sea positiva o negativa, dependiendo del sector de la población de La Oroya.

Ahora bien, el problema central radica en que la infraestructura del CMLO no ha sido modernizada. Por ello, de retomarse operaciones con la misma intensidad que en décadas anteriores, los niveles de contaminación en La Oroya se elevarían rápidamente. Esta situación no solo afectaría a la ciudad de La Oroya y a la población que, en su momento, planteó la demanda contra el Estado peruano, sino que también las consecuencias tendrían un efecto expansivo a localidades

cercanas como Concepción e incluso Huancayo, las cuales se encuentran a 78 y 97 kilómetros de distancia en línea recta, respectivamente.

Cabe resaltar que estas dos ciudades han sido también objeto de análisis e investigación en cuanto a la presencia de metales pesados en el aire provenientes del CMLO. Resulta especialmente importante el caso de Concepción, donde se encontró una presencia notoriamente alta de plomo, cadmio y arsénico en el medio ambiente, lo que se vio reflejado en las pruebas de sangre tomadas a su población en 2005 (Bravo, 2015, p. 118).

Este dato resulta significativo, puesto que, si las operaciones del CMLO retomasen su nivel de trabajo de antaño sin la modernización que requiere, las consecuencias en el ambiente no se verían solo en La Oroya, sino en otras ciudades de la región Junín. Dicho escenario podría llevar a levantamientos sociales ligados a preocupaciones ambientales y de salud de más habitantes de esta región y ya no solo de La Oroya. Claramente, este aspecto social debe ser comprendido por el Estado peruano, ya que evidencia la necesidad de ejecutar medidas de reparación en materia ambiental, de conformidad con la sentencia de la Corte IDH.

Una posible salida para llevar a cabo la ejecución de esta sentencia en aras de evitar una convulsión social en la región Junín sería permitir la reactivación del CMLO, pero exigiendo previamente una profunda modernización del CMLO. Sin embargo, los costos asociados a esta transformación, incluyendo la construcción de una planta de ácido sulfúrico y otros filtros para las emisiones, son elevados y posiblemente imposibles de cubrir por la empresa actual en un corto plazo.

Dicha dificultad se agrava si, durante el proceso de modernización, la empresa se ve impedida de operar y, por ende, de generar ingresos que financien dicha inversión. Frente a este escenario, la intervención del Estado en materia económica no resulta viable, ya que el apoyo financiero directo a la actual empresa dueña del CMLO podría considerarse una forma de competencia desleal.

Un apoyo paralelo, pero no directo, podría ser que el Estado lleve a cabo acciones como parte de su política ambiental general a través del Organismo de

Evaluación y Fiscalización Ambiental. Por ejemplo, podría instalar y controlar medidores de calidad de aire, agua y suelo en La Oroya, o incluso podría colocar purificadores de aire como ocurre en otras ciudades del mundo como Xi'an en China (Smith, 2018).

Dichas medidas podrían aplicarse como parte de su plan de compensación ambiental. No obstante, se debe tener presente que la puesta en práctica de dichas medidas depende de la disponibilidad presupuestaria que tenga el gobierno y, sobre todo, de su voluntad política. Además, pese a que exista esta predisposición estatal, continúa siendo indispensable la inversión monetaria de la empresa actual para la modernización del CMLO y la supervisión del Estado para que esto efectivamente suceda a fin de controlar las operaciones del foco contaminante.

Si, por el contrario, el Estado peruano determina que la continuidad del CMLO no es viable, entonces deberá implementar estrategias para diversificar la economía local. Esto implica identificar nuevas fuentes de empleo sostenibles para aquellas personas que han dependido históricamente del CMLO. Esta tarea es especialmente compleja, ya que requiere reconocer las potencialidades económicas de la zona y desarrollar proyectos de largo plazo que garanticen estabilidad laboral y crecimiento económico.

Habiéndose señalado estas opciones, cabe resaltar que, actualmente, es poco probable que las autoridades lleguen a tener una respuesta clara frente al futuro del CMLO, de sus trabajadores y de la población general de La Oroya. Por ello, dada la proximidad de las elecciones generales de 2026, será clave observar las propuestas de los candidatos en relación con la agenda ambiental, y en particular, respecto al caso de La Oroya y el futuro del CMLO, considerando la sentencia dictada por la Corte IDH. Por ejemplo, ahora que se están iniciando las campañas electorales, ya un candidato presidencial<sup>7</sup> ha llegado a La Oroya, donde

---

<sup>7</sup> Se trata de una visita que realizó Martín Vizcarra a La Oroya en marzo de 2025. Para mayor información: <https://vm.tiktok.com/ZMBwvsQBS/>

ha reafirmado la importancia de promover el trabajo, vestido con un overol de minero-metalurgista en clara alusión al CMLO.

Así, las solicitudes de ciertos sectores de la población para obtener apoyo del gobierno a fin de lograr la promoción a gran escala del CMLO siguen presentes en La Oroya. Incluso autoridades locales como Edson Crisostomo, alcalde provincial de Yauli, provincia donde se ubica la ciudad de La Oroya, ha señalado que el Estado debe velar por la protección del medio ambiente, pero que espera que el «CMLO funcione y que se logre un equilibrio entre la actividad económica y la protección del medio ambiente» (2024).

Estas demandas, sin embargo, deben ser analizadas con cautela. Aunque expresan una legítima preocupación por la recuperación económica de la región, también ponen de manifiesto la tensión existente entre la actividad económica y la sostenibilidad ambiental. En este contexto, resulta fundamental que el abordaje de este tema se realice con responsabilidad y visión a largo plazo, priorizando el principio de desarrollo sostenible que fue desarrollado por la Corte IDH en su sentencia.

Por último, queda recordar que el componente económico resulta crucial para la ciudad de La Oroya, especialmente en un contexto de búsqueda de reactivación y estabilidad local. Empero, esto no debe eclipsar la importancia del bienestar social y, especialmente, de la protección ambiental. Estos elementos son fundamentales no solo para las condiciones de vida de la población actual, sino también para garantizar un entorno saludable y sostenible para las generaciones futuras.

## **Conclusiones**

La sentencia de la Corte IDH sobre el caso de La Oroya destaca dentro del SIDH por el desarrollo que realiza en torno al derecho a un medio ambiente sano. Por ello, en este artículo, se presentaron aspectos positivos y negativos de la sentencia, y una reflexión en torno al futuro del CMLO, causante de la contaminación

ambiental, lo cual ha generado una controversia y preocupación en la población de La Oroya.

En cuanto a los aspectos destacables de la sentencia, primero, se precisó cómo debe entenderse el respeto a los derechos humanos, en específico al derecho al medio ambiente sano, en el contexto de la actividad empresarial, ya sea estatal o privada, y cuál es el grado de responsabilidad que le corresponde al Estado cuando aquellas vulneran tal derecho. En ese sentido, el caso de La Oroya permitió analizar ambas situaciones. Por un lado, la responsabilidad derivada de la actuación de la empresa estatal Centromin, donde el Estado asumió un rol directo de dicha contaminación; y, por otro lado, la implicancia de las acciones de la empresa privada Doe Run, donde el Estado asumió un rol como garante.

Segundo, la Corte IDH subrayó la importancia de incorporar el principio de desarrollo sostenible en la realización y promoción de actividades económicas dentro los Estados pertenecientes al SIDH. Este pronunciamiento resulta especialmente importante para el caso peruano, donde históricamente, el aspecto económico ha sido privilegiado, relegando la dimensión social y, sobre todo, ambiental, tal como se vio reflejado en el caso de La Oroya.

Tercero, la sentencia de la Corte IDH permitió ejemplificar la aplicación del deber estatal de no regresión en materia ambiental. Así, se tuvo un caso práctico valioso como guía para determinar cuándo un Estado incurre en una violación de dicha obligación. En el caso de La Oroya, se constató una actitud regresiva del Estado peruano al reducir los Estándares de Calidad del Aire. Aunque el Perú intentó justificar esa decisión bajo el argumento de estar alineándose con los estándares de la OMS, la Corte IDH rechazó esta defensa. Con ello, dejó en claro que no cualquier argumentación es válida para exceptuar el cumplimiento de la obligación de no regresión.

Ahora bien, pese a estos aciertos, también es necesario reconocer ciertas omisiones y debilidades dentro del razonamiento de la Corte IDH a fin de identificar las repercusiones de ello y, en la medida de lo posible, proponer una

manera adecuada de abordar estos tópicos. En primer lugar, no se ahondó en el tema del desplazamiento ambiental, a pesar de su relevancia jurídica. Si bien el desplazamiento forzado ha estado usualmente vinculado a contextos de violencia o conflicto armado, a partir del caso de La Oroya se visibiliza un nuevo tipo de desplazamiento forzado motivado por la degradación ambiental que merecía una atención específica por parte de la Corte IDH, oportunidad que lamentablemente se perdió en la sentencia. Esta omisión resulta aún más significativa considerando los testimonios presentados, en particular el de la perita Marisol Yañez y el de víctimas como la señora Rosa Amaru, los cuales permitían evidenciar no solo la dimensión material del desplazamiento, sino también el profundo impacto emocional que este generó en la población afectada.

En segundo lugar, la intención de la Corte IDH de desarrollar una norma de *ius cogens* en materia ambiental resulta controversial. Así, las críticas se centran no solo en la falta de sustento jurídico suficiente, sino también en el fortalecimiento de los señalamientos sobre un excesivo activismo judicial por parte de la Corte IDH. Además, según lo evaluado desde el punto de vista jurídico internacional, no cabe actualmente proponer la existencia de una norma de *ius cogens*, dada la falta de reconocimiento como tal dentro de la comunidad internacional.

En tercer lugar, la redacción de la medida de compensación ambiental dictada por la Corte IDH al Estado peruano resulta poco clara. De este modo, la amplitud e imprecisión con que ha sido formulada podría abrir la puerta a que el Estado peruano la interprete de manera laxa o incluso eluda su cumplimiento efectivo. Esta situación también pone en evidencia otra de las críticas recurrentes hacia la Corte IDH: la falta de claridad y rigurosidad en la formulación de algunas de sus medidas de reparación. Así, se planteó como alternativa para mejorar no solo la redacción, sino especialmente el cumplimiento de las medidas dictadas por la Corte IDH, el establecimiento de objetivos concretos, además de la necesidad de incorporar un criterio temporal (escalonamiento) que sirva para diferenciar las reparaciones.

Luego de haber analizado estos aciertos y desaciertos de la Corte IDH, se presentaron algunas reflexiones sobre las condiciones sociales que deben considerarse al momento de que el Estado peruano decida sobre el futuro del CMLO, el cual ha sido el causando directo de la contaminación. Así, se evidenció la división histórica de la población de La Oroya entre quienes apoyan la reactivación del CMLO como motor económico de la ciudad y quienes expresan una profunda preocupación por los impactos ambientales y en la salud generados por dicha actividad.

Finalmente, considerando este escenario, el reto actual radica en cómo lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia de la Corte IDH por parte del Estado peruano, donde uno de los ejes centrales será analizar la continuidad del CMLO en medio de las disputas sociales en La Oroya. Para ello, se espera que exista una sinergia entre las preocupaciones económicas, sociales y, sobre todo, ambientales a fin de que la sentencia de la Corte IDH no se quede en el plano declarativo y se convierta en un verdadero instrumento de justicia ambiental.

## **Bibliografía**

- Anicama, C. (2009). Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Informe sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Derecho PUCP*, (63), 283-332. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2969/2871>
- Blacksmith Institute. (2007). *Top 10 most polluted places*. [https://www.worstopolluted.org/projects\\_reports/display/41](https://www.worstopolluted.org/projects_reports/display/41)
- Bravo, F. (2015). *El pacto fáustico de La Oroya: el derecho a la contaminación "beneficiosa"*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/623f2c78-2ef9-466f-b51e-42e5c4125976>
- Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021, 31 de agosto). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_432\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf)
- Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010, 25 de mayo). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf)
- Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2018, 23 de agosto). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)

- Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, (2023, 27 de noviembre). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_511\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_511_esp.pdf)
- Caso Masacres de Ituango vs. Colombia (2006, 1 de julio). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf)
- Caso Pavlov y otros vs. Rusia (2023, 1 de noviembre). TEDH. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-219640%22%5D%7D>
- Caso Vera Rojas vs. Chile (2021, 3 de octubre). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_439\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf)
- Corte IDH. (12 de octubre de 2022). Audiencia Pública sobre el caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (primera parte). <https://www.youtube.com/watch?v=7J0jXWnGH-I>
- Crisostomo, E. (22 de marzo de 2024). Alcalde de Yauli celebró fallo de Corte IDH por contaminación en La Oroya: «Marcará un precedente». Exitosa Noticias. <https://www.youtube.com/watch?v=amfSTPkyVho>
- Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016 [caso Ioane Teitiota vs. Nueva Zelanda] (2020, 23 de setiembre). Comité de Derechos Humanos. <https://www.refworld.org/es/jur/jur/ccpr/2020/es/123128>
- Drnas, Z. (2021). Justificación y determinación de la existencia del ius cogens. *Cuaderno de Derecho Internacional XIII (2019-2020)*, pp. 131-190. JE Editores. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2022/07/A-ZD-JUSTIFICACION-Y-DETERMINACION-DEL-JUS-COGENS-1.pdf>
- El Peruano. (19 de octubre de 2013). Junín: complejo de La Oroya reanuda operaciones. <https://www.elperuano.pe/noticia/225685-complejo-de-la-oroya-reanuda-operaciones>
- Jaimes, J. (2014). *Desplazamiento forzado y derechos humanos* [Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho]. Repositorio digital de la Universidad de Granada. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38063.pdf>
- Krsticevic, V. (2022). El papel transformador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos. 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Seminario internacional*, pp. 543-554. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7164-exitos-y-desafios-en-los-sistemas-regionales-de-derechos-humanos-40-aniversario-de-la-entrada-en-vigor-de-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-y-de-la-creacion-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-seminario-internacional>
- López, O. (2019). Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas reflexiones a partir del

proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 15, (2), pp. 213-235. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/issue/view/5292>

- Martinón, R. (2018). El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de Derecho Público*, (89), 93-124. <https://revisaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/52043/54787>
- Medina, F. (2009). *La Responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>
- ONU. (2011). *Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. <https://doi.org/10.18356/3b7fe68b-es>
- Opinión Consultiva 32/25 sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos (2025, 29 de mayo). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_32\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_32_esp.pdf)
- Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996, 8 de julio). CIJ. <https://www.dipublico.org/123186/legalidad-de-la-amenaza-o-el-empleo-de-armas-nucleares-opinion-consultiva-de-8-de-julio-de-1996-corte-internacional-de-justicia/>
- Pellegrini, L. (2010). El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, pp. 81-102. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3515/8.pdf>
- Puceiro, R. (2019). Las normas de ius cogens ¿Fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional? *Curso de Derecho Internacional*, pp. 377-420. Organización de Estados Americanos. [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXVII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2000\\_Roberto\\_Puceiro\\_Ripoll.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf)
- Reyes, C. (2022). Derechos de las personas desplazadas internas y riesgos de protección. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, 95-168. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en México. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-06/Manual%20sobre%20desplazamiento%20interno.pdf>
- Rossi, J. (2020). «Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas». *Interamericanización de los DESCA*, pp. 359-398. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=926786>
- Saco, V. (2010). Jus cogens ¡Si supieras lo que se dice de ti!: Develando los límites de las normas imperativas en Derecho Internacional. *Foro Jurídico*, (10), 184-191. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18554>

- Schönsteiner, J., Martínez, V. y Miranda, C. (2020). Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de Tribunales Regionales de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho*, 47(3), 757-640. <https://doi.org/10.7764/R.473.7>
- Smith, R. (19 de febrero de 2018). China ha construido el «purificador de aire más grande del mundo» para combatir el smog. *World Economic Forum*. <https://www.weforum.org/stories/2018/02/china-has-built-the-world-s-largest-air-purifier-to-battle-smog/>
- Terreros, F. (2020). Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. *Estudios constitucionales*, 18(2), 151-183. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-151.pdf>
- Texto del proyecto de conclusiones y de anexo referido a las normas imperativas de Derecho Internacional general (*ius cogens*) (2022, 11 de mayo). CDI. <https://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2022/08/a2022derintDoc2C-DIIus-cogens-proyecto.pdf>
- Vega, P. y Machado, F. (2024). El Impacto de los Tratados de Libre Comercio en el Desarrollo Económico: Un Análisis Comparativo. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 8(6), 734-753. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v8i6.14786](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i6.14786)
- Wieland, P. (2017). Introducción al derecho ambiental. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/Introduccion-al-derecho-ambiental-con-sello-LPDerecho.pdf>



## **El Inicio del Cómputo del Plazo de la Prescripción Extraordinaria de la Acción Penal en el Derecho Penal Peruano**

### ***The Commencement of the Calculation of the Period of Extraordinary Prescription of Criminal Action in Peruvian Criminal Law***

Amaury Sebastián Muñoz Laos<sup>1</sup>

#### **Resumen**

Este artículo jurídico encuentra una problemática en la contradicción de dos interpretaciones del artículo 83 del Código Penal peruano, en donde se define el inicio del cómputo del plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal. Mientras un sector mayoritario —y casi unánime— de la academia jurídica peruana asume que la prescripción extraordinaria es una prolongación de la ordinaria, se postula también, aunque de manera minoritaria y poco articulada, que el inicio de la prescripción extraordinaria deja sin efecto el decurso del término ordinario, resultando ello en el reinicio del cómputo del plazo de prescripción desde que este es interrumpido. De esta manera, el autor defiende que este último parecer debe prevalecer sobre la primera interpretación, recurriendo para ello

1 Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Miembro principal del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. <https://orcid.org/0009-0002-4462-7617>. Contacto: <https://www.linkedin.com/in/amaurymunozlaos/>

a la evolución histórica de la legislación de la prescripción extraordinaria, a su regulación en el derecho comparado y a su comprensión desde el ordenamiento jurídico extrapenal.

**Palabras clave:** prescripción, acción penal, interrupción, cómputo, plazo

## **Abstract**

This legal article identifies an issue in the contradiction between two interpretations of Article 83 of the Peruvian Criminal Code, which defines when the computation of the extraordinary statute-of-limitations period for criminal prosecution begins. On the one hand, a majority—and virtually unanimous—segment of Peru’s legal academy assumes that the extraordinary limitation is merely a continuation of the ordinary one. On the other hand, a minority view, albeit less developed, holds that the commencement of the extraordinary period suspends the running of the ordinary term, thereby causing the limitation period’s countdown to restart from the moment of interruption. The author contends that this latter interpretation should prevail over the former, invoking the historical evolution of the extraordinary-prescription legislation, its treatment in comparative law, and its construction within the extrapenal legal framework.

**Keywords:** prescription, criminal prosecution, interruption, calculation, term

## **Introducción**

Desde sus orígenes, el derecho penal revistió características de una maquinaria inhumana que se reservaba los castigos más severos a su alcance para inocular al delincuente. Mutilación, tortura, crucifixión, trabajo forzado y silla eléctrica son solo algunas de las herramientas de las que se ha valido para neutralizar al criminal bajo la justificación de obrar por un fin superior. No será sino hasta el Siglo de las Luces en que el pensamiento ilustrado estimó la necesidad de racionalizar la justicia penal dotándolo de principios fundados en la libertad individual y despojándole de sus raigambres arbitrarias y desproporcionadas.

Desde entonces, y sumándose a las políticas de expansión de los derechos humanos, la ciencia jurídica ha construido múltiples conceptos para definir los linderos del derecho penal moderno sobre las líneas de la justicia liberal cuyo centro radica en el respeto del hombre y de su dignidad como tal. En dicha orientación se han desarrollado los principios de legalidad, culpabilidad, humanidad de las penas y lesividad, entre otros. Del mismo modo, es creciente el interés por construir una teoría del delito cada vez más completa que posibilite el ejercicio de la justicia en casos cuya complejidad se incrementa constantemente.

No obstante, también se debe rendir cuenta respecto a otros ámbitos del derecho penal que, pese a su importancia para la legitimación de la represión estatal del delito, han sido escasamente abordados por la doctrina. Uno de esos espacios poco estudiados se encuentra en la institución de la prescripción. Cesare Bonessana, marqués de Beccaria (2015), en su ilustre *Tratado de los delitos y de las penas*, entendía que la prescripción se ubicaba entre la necesidad del reo de contar con un plazo apropiado para demostrar su inocencia y la necesidad social de que se imponga la consecuencia por el delito en el menor término posible. Desde entonces, cada ordenamiento jurídico penal ha contemplado la prescripción de la acción penal y sus matices. Sin embargo, como también lo ha advertido Freyre (2018), actualmente los manuales y tratados de derecho penal dedican ninguna o muy pocas líneas al análisis de la prescripción, mientras las cátedras universitarias tampoco le prestan la debida atención, puesto que es considerada como un asunto de fácil entendimiento y, por tanto, poco digno de un tratamiento serio.

En contra de dicha actitud, este trabajo de investigación encuentra su importancia precisamente en que la institución de la prescripción de la acción penal exige un estudio crítico, dado que su actual regulación legal presenta serios defectos que han pasado casi inadvertidos por interpretaciones superfluas y acrílicas de la comunidad jurídica.

Por consiguiente, en las siguientes consideraciones se abordará uno de los asuntos más enfatizados en esta materia por la práctica jurídica: la prescripción extraordinaria contenida en el artículo 83 del Código Penal peruano. Precisamente, se tiene por objetivo determinar el momento en que debe tenerse por iniciado el cómputo del plazo extraordinario de la prescripción a partir de la ocurrencia de las causales de su interrupción.

Ello resulta relevante en cuanto el primer y segundo párrafo del artículo 83 del Código Penal peruano sanciona que, tras ocurrir la interrupción, el plazo de prescripción transcurrido hasta entonces quedará sin efecto, iniciando un nuevo cómputo desde entonces. De otro lado, el último párrafo del mismo artículo expresa que en todo caso la acción penal prescribirá tras superar en una mitad al plazo ordinario de prescripción. A partir de ello se tienen dos interpretaciones: la postura mayoritaria asume que la interrupción de la prescripción solo implica una extensión de la prescripción ordinaria en una mitad adicional de su término; mientras que otro parecer sostiene que la interrupción tiene como consecuencia el reinicio del término del cómputo de la prescripción desde que acontece alguna situación de interrupción, anulando el tiempo transcurrido previamente.

Así, esta elaboración académica, de la mano de métodos lógico-jurídicos, históricos, comparativos y sistemáticos, tiene como pretensión inmediata defender la tesis de que los supuestos interruptores del curso ordinario de la prescripción tienen como consecuencia normativa el reinicio de su cómputo. Además de ello, la finalidad mediata —y posiblemente de mayor importancia social— de este artículo jurídico radica en dotar a la figura de la prescripción extraordinaria de fundamentos más coherentes, lo cual podría repercutir en su mejor entendimiento por los actores del sistema de justicia peruano o, en cualquier caso, fomentar la discusión académica crítica sobre el contenido jurídico de la prescripción extraordinaria de la acción penal.

## **Metodología**

En primer lugar, esta investigación tiene por objeto los conceptos de prescripción, acción penal, interrupción, entre otros, que son abstractos e intangibles, y que son procesados mediante argumentos lógicos y con un fin cognitivo. De ello se deduce que nos encontramos frente a una investigación teórica (Villabella Armengol, 2020).

Además, en mérito de que la elaboración de este trabajo académico es resultado de la revisión y sistematización de múltiples textos, entonces la estrategia utilizada por el investigador resulta ser de carácter no experimental (Hernández Díaz et al., 2017).

Por otro lado, el alcance de este estudio resulta ser descriptivo porque encuentra sus fundamentos en la reproducción de conceptos que ya la doctrina jurídica nacional y extranjera ha asentado de forma continua y casi uniforme sobre la prescripción de la acción penal y las consecuencias de su interrupción. Asimismo, también ha de catalogarse como explicativo, puesto que, mediante el método hipotético-deductivo, se busca dar cuenta de que la interrupción de la prescripción de la acción penal tiene como efecto el reinicio del cómputo del plazo para ejercer la acción penal (Fernández Flecha et al., 2015).

De otro lado, resulta necesario resaltar que a lo largo del proceso de investigación se ha tenido como objeto de estudio las normas jurídicas contenidas en el libro dedicado a la parte general del derecho penal en el Código Penal sancionado por el Decreto Legislativo N.º 635. Para ello se ha recurrido como fuentes de investigación a la doctrina jurídica, los pronunciamientos jurisprudenciales y la legislación nacional y extranjera relacionados a la materia analizada. Por consiguiente, la presente exposición debe ser entendida como una de carácter dogmático jurídico (Fernández Flecha et al., 2015).

Expuesto todo ello, debe ponerse de relieve que este trabajo de investigación se encuentra dirigido a dilucidar un tópico de naturaleza eminentemente jurídica,

por lo que se han aplicado distintos criterios de interpretación de las normas jurídicas.

Primero, en tanto el objeto de conocimiento radica en el tenor literal de los dispositivos normativos contenidos en el Código Penal peruano, se instrumentalizó el criterio gramatical para determinar el significado más preciso en el lenguaje del legislador (Aparicio Pérez, 2015). Ello resulta necesario en vista de que el derecho penal se rige por el principio de legalidad y su manifestación en la garantía de *lex certa*, que no solo impone la prohibición general de aplicar la ley penal mediante analogía, sino también limitar la interpretación al tenor literal de las normas penales y en conformidad con las reglas lingüísticas que se encuentran vigentes en la comunidad (Montiel, 2017).

A ello también ha contribuido la práctica de una interpretación histórica, ya que la materia de investigación no solo ha sido legislada en el Código Penal vigente, sino que ya ha sido desarrollada por otros instrumentos legales derogados que concebieron la figura de la prescripción extraordinaria (Gimbernat Ordeig, 1999).

Durante la investigación, además, se ha empleado el método comparatista, aproximando el objeto de estudio a la legislación de países con los que la normatividad peruana comparten una misma tradición jurídica: el *civil law*. En ello radica la alta viabilidad del estudio comparado, debido a que en dicho sistema jurídico, y especialmente en las normas extranjeras elegidas para los objetivos de este estudio, los factores culturales, institucionales, económicos, entre otros, de sus respectivas sociedades son altamente compatibles con la realidad peruana (Durán, 2017).

En adición a ello, también se ha practicado una interpretación sistemática en sentido normativo de la institución de la interrupción de la prescripción. Dado que las normas jurídicas son contenidas en distintos textos que, lejos de yuxtaponerse unos sobre otros, son realmente la expresión legislativa de un diseño lógico que se rige por principios racionales y ordenados (Aparicio Pérez, 2015),

la fundamentación de las conclusiones que se proponen en el presente trabajo no se limita únicamente a las referencias obtenidas del estudio del derecho penal, sino que también se observaron otros subsistemas jurídicos con la pretensión de alcanzar un mejor entendimiento del objeto investigado.

## **Resultados**

### ***Conceptos fundamentales sobre la prescripción de la acción penal***

El presente estudio parte de comprender a la acción como el “derecho público a solicitar la prestación de la actividad jurisdiccional, anterior al proceso subjetivo indeterminado, pero determinable, independiente del derecho material, de la pretensión y de la sentencia estimatoria” (Rico, 2019, p. 313).

La acción penal, por su lado, es comprendida como un poder jurídico público que implica impulsar el proceso penal al ser dirigida ante el órgano jurisdiccional. Dicha facultad jurídica, por mandato constitucional y legal, consiste en un derecho y un deber atribuido al Ministerio Público, que la ejerce ante la sospecha razonable de la comisión de un delito de persecución pública (San Martín Castro, 2024).

La prescripción de la acción penal, por su parte, es catalogada por Pariona Arana (2019) como aquel instituto en materia penal que regula jurídicamente la renuncia del estado a su potestad sancionadora de los delitos por causa del transcurso del tiempo. Es comprendida como “una excepción perentoria que, como tal, al declararse pone fin al proceso e impide su prosecución. Su efecto es el de extinguir la pretensión punitiva [...] una vez transcurridos los plazos previstos al efecto [...]” (La Rosa, 2008, p. 27).

En cuanto a su naturaleza, subsiste un debate aún no agotado en torno a posturas que han sido denominadas como adjetivas (procesales o formales) y

sustantivas (materiales), las que a su vez han encontrado su fundamentación en diferentes puntos de vista.

Una parte del sector que defiende la tesis procesal estima que la prescripción se dirige a impedir que se inicie (o continúe) la persecución penal por los delitos que se hubiesen cometido. Su *quid* radicaría en que el excesivo transcurso del tiempo entre el hecho y su sanción provocaría situaciones de mayor complejidad (dificultades probatorias) en la investigación, lo que acarrearía un incremento del margen de error en las decisiones judiciales (Parma y Amuchástegui, 2019).

Desde una perspectiva semejante, la tesis procesal tendría sus bases en el principio de seguridad jurídica. La finalidad de esta garantía politicocriminal resultaría en que el procesado tenga la certeza de que, luego de haber cometido un ilícito penal, sólo podrá ser perseguido por ello en un marco temporal determinado, puesto que la amenaza punitiva no se debe prolongar de manera indefinida (Gómez, 2017).

De manera crítica, Morales (2021) expresa que la seguridad jurídica no busca garantizar un conocimiento cierto sobre el tiempo en que el Estado formulará la imputación en su contra, además de que el trasfondo de dicho razonamiento abogaría por una garantía de impunidad, lo que contradice las expectativas jurídicas válidamente admitidas en nuestra legislación.

En contraparte, las tesis sustantivas recurren principalmente a las teorías de la pena, siendo predilecta entre ellas la que atribuye un fin preventivo a la sanción penal. Así, la prescripción de la acción penal vincula su naturaleza jurídica a los fines utilitaristas de la pena, en tanto se aborda la cuestión de si se mantiene la legitimidad de imponer la sanción cuando ha decaído la necesidad de pena por el paso del tiempo. Por tanto, la inactividad de los órganos estatales determinará que se extinga toda posibilidad de hacer efectiva la consecuencia jurídica por el delito cometido (Parma y Amuchástegui, 2019).

## ***Interrupción de la prescripción de la acción penal***

Ahora bien, cabe afirmar que en la ley penal existen dos tipos de prescripción según el tiempo de su duración: la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria. La primera de ellas inicia su cómputo luego del cese de la tentativa o consumación del delito, según el artículo 82 del Código Penal, y se extiende primordialmente por un plazo equivalente al umbral superior de la pena abstracta correspondiente al tipo penal atribuido, salvo que se aprecien otras características definidas por el artículo 80 del Código Penal<sup>2</sup>. Sin embargo, el ordenamiento jurídico en materia penal ha recogido supuestos que, de suscitarse durante el transcurso de dicho periodo, alterarán el cómputo ordinario de la prescripción.

De un lado se tiene a la suspensión de la prescripción, cuyo efecto reside en impedir que se inicie o se prosiga con su cómputo. No obstante, cuando cesen los efectos de la suspensión, el plazo de prescripción iniciará o continuará sumándose al tiempo que transcurrió antes de que se suscite la causa de la suspensión (La Rosa, 2008).

Por el otro, tenemos la interrupción de la prescripción, específicamente del plazo ordinario de la prescripción, que resulta en un nuevo marco temporal denominado prescripción extraordinaria de la acción penal. De acuerdo con el artículo 83 del Código Penal peruano, la prescripción extraordinaria se regula del siguiente modo:

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

---

2 Según el artículo 80 del Código Penal, en el caso del concurso real la prescripción ordinaria de la acción penal se tendrá por cumplida de manera independiente para cada delito cometido, mientras que, de advertirse un concurso ideal, la prescripción ordinaria encontrará su término luego de haber transcurrido el plazo correspondiente al ilícito de mayor gravedad. También allí se exponen otras reglas aplicables a los delitos funcionariales contra el erario público, los crímenes de organización y al delito de omisión a la asistencia familiar.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. (1991)

Ahora bien, respecto al inicio de su cómputo, un sector mayoritario de la comunidad jurídica peruana entiende que la prescripción extraordinaria de la acción penal debe resultar en una prolongación del plazo ordinario de prescripción, “incrementándose así un término adicional equivalente a una mitad del plazo ordinario” (Del Águila, 2020, p. 232).

A ello contribuye García (2019), quien asume que el artículo 83 del Código Penal define que el plazo extraordinario de la prescripción no se ve afectado por las causales de interrupción.

Por su parte, Pariona (2019) expresa que la prescripción extraordinaria es procedente cuando, de concurrir los presupuestos expuestos en el artículo 83 del Código Penal, se interrumpe la prescripción ordinaria y se contabiliza un nuevo plazo de prescripción, el cual tiene inicio de la misma forma que la prescripción ordinaria, según las reglas del artículo 82, es decir, en el momento en que cesa el *iter criminis* del delito.

Inclusive Oré (2016) es sumamente explícito en ese mismo sentido al ejemplificar que si en el año 2000 se hubiese cometido el delito de apropiación ilícita (conminado abstractamente con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años), mientras que la denuncia ante la sede fiscal se hubiese interpuesto en el año 2001, entonces la prescripción de la acción penal ya no acontecería en el año 2004, sino en el 2006.

Dicho entendimiento ha alcanzado tal grado de consolidación que ha sido reconocido entre la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2007). El Acuerdo Plenario N.º 9-2007/CJ-116 refiere

entre sus fundamentos el siguiente pronunciamiento respecto a la prescripción extraordinaria:

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada [artículo 83 del Código Penal] precisa que éste se vence cuando ‘el plazo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción’. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal. (fundamento jurídico 7)

Luego de tres años, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2010) publicó una resolución de la misma naturaleza en la que, con mayor firmeza, replicó aquel criterio expresando las siguientes consideraciones en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116:

Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción<sup>3</sup>. (fundamento jurídico 21)

Asimismo, en el año 2021 la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) emitió su decisión en el Recurso de Nulidad N.º 1213-2019/San Martín, en donde se visualiza un claro ejemplo de cómo el supremo tribunal peruano mantiene su postura respecto a la prescripción extraordinaria como una extensión del plazo ordinario de prescripción penal. El objeto de los autos revisados por la Corte Suprema residía en la comisión del delito de violación de menor de

3 Según el inciso 5 del artículo 440 del Código Penal, la acción penal referida a las faltas tiene como plazo ordinario de prescripción un año, excepto en los casos de las faltas de lesiones dolosas, lesiones imprudentes, hurto simple y daño.

edad entre los años 1996 y 1997 cuyo sujeto pasivo tenía la edad de doce años, injusto sancionado con una pena no menor de diez ni mayor de quince años de privación de la libertad en virtud del artículo 173 del Código Penal vigente en aquel momento. Teniendo ello como antecedente, la ejecutoria suprema expresó que, debido a que las autoridades judiciales habían intervenido en dicha causa, entonces se debía aplicar el último párrafo del artículo 83 del Código Penal, calculando que el plazo extraordinario de la prescripción ascendía a veintidós años con seis meses. Por ello, concluyó que la acción penal había prescrito en el año 2019, declarando extinta la acción penal.

No obstante, en la ciencia penal nacional existen también voces disidentes respecto a dicho parecer sobre el inicio del cómputo del plazo de la prescripción extraordinaria. Entre ellas tenemos la de Sáenz Torres (2012), para quien la interrupción impide que se declare la prescripción de la acción penal, teniendo como efecto la anulación de todo el tiempo de persecución que se haya alcanzado hasta ese momento. En consecuencia, se tendrá que reiniciar el cómputo del plazo de prescripción.

Es decir, el referido autor expone que el plazo de prescripción no sufrirá una ampliación en virtud de las causales de interrupción, sino que desde que ellas acontecen se deberá iniciar nuevamente la contabilización del tiempo de prescripción. Huamán y Segura (2019) también concuerdan con este parecer al expresar que la interrupción de la prescripción de la acción penal determina la pérdida del tiempo transcurrido desde la comisión del acto ilícito para el cómputo del plazo de prescripción que le corresponda, iniciando el curso de un nuevo plazo desde el instante de la interrupción.

De esta opinión jurídica también son tributarios Cárdenas y Villegas (2013), afirmando que las causales de interrupción devienen en que el tiempo ya transcurrido hasta ese momento se tendrá por caducado, es decir, repercutirá en la cancelación del tiempo que ha transcurrido hasta ese momento, por lo que desde aquel instante debe iniciar un nuevo plazo de prescripción.

Meini (2012), por su parte, comprende que la redacción del artículo 83 del Código Penal es producto de una técnica legislativa que deja las puertas abiertas a la ambigüedad. El plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal encuentra su inicio desde la primera interrupción, en tanto su fundamento radica en otorgarle al Estado “la posibilidad real de que su actividad de persecución pueda concluir en un pronunciamiento formal”. No obstante, el mismo autor considera que la regulación legal vigente no solo permite esta interpretación, sino también aquella que señala que la prescripción extraordinaria es una prolongación del plazo ordinario, por lo que resulta necesario que se modifique el artículo 83 del Código Penal a efectos de que se aborde correctamente la interrupción de la prescripción en el derecho penal.

### ***Evolución legislativa de la interrupción de la prescripción de la acción penal***

Ahora bien, a efectos de comprender el estado actual del objeto de investigación, es apropiado abordar el tratamiento legislativo que recibió la interrupción de la prescripción de la acción penal en los códigos penales que le antecedieron al vigente. El Código Penal que entró en vigencia en el año 1863, en su artículo 97, contiene el siguiente texto legal:

El término de la prescripción comienza a contarse: para las acusaciones desde el día en que se comete el delito: para las penas desde que se interrumpe su ejecución.

Si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, ó que merezca igual ó mayor pena, la prescripción queda sin efecto. (Congreso de la República del Perú, 1862, artículo 97)

Durante sus años de vigencia, el Código Penal de 1863 fue criticado severamente por su raigambre en la Escuela Clásica del derecho penal cuyos postulados fueron dejados de lado paulatinamente debido a que, en su forma de abordar el delito,

no concebía al delincuente como algo distinto a un maniquí animado, dirigiendo su atención al estudio abstracto de las normas penales. En ese contexto, bajo los paradigmas del positivismo, mediante la Ley N.º 4868 del 10 de enero de 1924 se aprobó el ‘Código Penal de Maúrtua’ (Urquiza Olaechea, 2024), el cual se expresa de la siguiente forma sobre la interrupción de la prescripción de la acción penal:

- La prescripción de la acción se interrumpe por los actos judiciales de instrucción o de juzgamiento.
- Después de la interrupción comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción.
- Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad. (Congreso de la República del Perú, 1924, artículo 121)

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N.º 121, se modificó el artículo 121 del Código Penal de 1924, expresándose lo siguiente:

La prescripción de la acción penal se interrumpe:

1. Por denuncia del Ministerio Público;
2. Por dictarse auto de apertura de instrucción;
3. Por emitirse acusación escrita del Ministerio Público;
4. Por expedirse auto que dispone pasar a Juicio Oral;
5. Por dictarse resolución señalando fecha y hora para iniciarse el Juicio Oral;
6. Por interponerse recurso de apelación o de nulidad;
7. Por expedirse orden judicial de citación o de captura.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del plazo ordinario de la prescripción sobrepasa en una mitad. (Presidencia de la República del Perú, 1981, art. 2º)

En comentario a esta disposición legal, Peña Cabrera (1983) expresó que la interrupción de la prescripción de la acción penal

Consiste en la pérdida de todo el plazo que hubiere pasado, en el tiempo de prescripción fijado para determinada pena, en razón a la aparición de un hecho, al que la ley concede tales efectos. [...]

Empieza a correr nuevamente otro plazo de prescripción, desde el día de la interrupción.

Sin embargo, la acción –penal, señala el D. Legislativo modificatorio– prescribe en todo caso, cuando la duración del plazo ordinario sobrepasa en una mitad. Por ejemplo, el tiempo de prescripción de la pena de prisión, aún interrumpido, se cumplirá a los siete años y medio inexorablemente<sup>4</sup>; lo mismo acaece con las demás penas. (pp. 445, 446)

Finalmente, como se ha reproducido en líneas precedentes, se tiene el artículo 83 del Código Penal de 1991, el cual no ha sido modificado desde su publicación.

### ***Interrupción de la prescripción de la acción penal en códigos penales extranjeros***

En este punto del desarrollo, es conveniente hacer referencia a la forma en que otros países de la tradición jurídica legislativa del *civil law* han legislado sobre la interrupción de la prescripción penal. Así, se ha tomado como referencia los códigos penales de España, Colombia y Chile.

---

4 A diferencia del derecho penal contemporáneo, en el que el plazo de prescripción depende principalmente de la cantidad de años de pena privativa de la libertad que se otorga a cada delito en particular, en el Código Penal peruano de 1924 se regulaba que el término de la prescripción dependía de la clase de sanción que a cada injusto le correspondía. Así, los delitos que merecían pena de prisión o expatriación prescribían a los cinco años; los que se combinaban con penitenciaría o relegación, a los diez años; y los que se sancionaban con pena de internamiento, a los veinte años.

En primer lugar, el tenor literal del Código Penal español, en su artículo 132 inciso 2, se encuentra definido en los siguientes términos respecto a la interrupción de la prescripción de la acción penal:

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena [...]. (Presidencia del Gobierno del Reino de España, 2010, artículo único)

Al respecto, Gómez Martín (2017) refiere que el efecto de la interrupción, en el derecho penal español, consiste en impedir la continuación del curso de la prescripción penal dejando inutilizado el tiempo transcurrido para determinar el nuevo cómputo de prescripción.

De otro lado, en el artículo 86 del Código Penal colombiano se observa la siguiente redacción:

La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83<sup>5</sup>. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10). (Congreso de la República de Colombia, 2000, artículo 86)

Esta disposición del Código Penal colombiano, según Velásquez Velásquez (2025), determina que el cumplimiento material de los supuestos de interrupción

---

5 El artículo 83 del Código Penal colombiano, como regla general, determina que la acción penal de delitos sancionados con pena privativa de la libertad prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada, aunque dicho tiempo no puede ser menor de cinco ni mayor de veinte años. También expresa las reglas del cómputo del plazo de prescripción para otros casos según la gravedad de distintos delitos.

allí descritos tendrá como efecto el inicio de un nuevo cómputo del término de prescripción penal.

En otro extremo, se debe atender al contenido de la legislación chilena, en cuyo código penal, en su artículo 96, expresa:

Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido. (Presidencia de la República de Chile, 1874, artículo 96)

Según el entendimiento de la academia y la jurisprudencia chilenas, la comisión de un nuevo crimen o simple delito, siempre que se acredite mediante sentencia firme y ejecutoriada, determinará la interrupción de la prescripción desde el momento en que dicha condición se hace efectiva en el caso concreto (Matus Acuña y Ramírez Guzmán, 2021).

## **Legislación peruana extrapenal sobre la interrupción de la prescripción**

Si bien la prescripción de la acción y las causales de su interrupción son figuras comprendidas por el derecho penal, también son recogidas por otros subsistemas del ordenamiento jurídico, como en el derecho civil y el derecho tributario.

El artículo 953 del Código Civil peruano contempla la interrupción de la prescripción adquisitiva, cuyo texto legal la regula de la siguiente manera:

Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye. (Presidencia de la República del Perú, 1984, artículo 953)

De otro lado, la interrupción de la prescripción extintiva de la acción civil también tiene un tratamiento particular en el artículo 1996 del Código Civil bajo estos términos:

Se interrumpe la prescripción por:

1. Reconocimiento de la obligación.
2. Intimación para constituir en mora al deudor.
3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
4. Oponer judicialmente la compensación. (Presidencia de la República del Perú, 1984, artículo 1996)

Si bien en la legislación civil no se expone de manera expresa el efecto de las causas de interrupción sobre el cómputo de la prescripción, no parece haber cuestionamientos en la doctrina de la materia al exponer que dichas causales tienen como consecuencia la pérdida del plazo acumulado hasta su ocurrencia (Mejorada Chauca, 2012). Por ello, Ariano (2020) expresa que la interrupción de la prescripción en materia civil viene a determinar un nuevo *dies a quo*, es decir, un nuevo inicio del plazo de prescripción.

En otro plano, el derecho tributario también regula plazos de prescripción respecto a la determinación de la obligación tributaria, así como la acción para exigir su cumplimiento y la aplicación de sanciones. En suma a ello, dicho sector del derecho peruano no es ajeno a la interrupción de la prescripción. El artículo 45 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, en donde se tratan distintas causas de interrupción de la prescripción del ejercicio de distintas potestades de la administración tributaria, sanciona:

[...] El nuevo término prescriptorio se computará desde el día siguiente al acaecimiento del acto interruptorio. (Presidencia de la República del Perú, 2013, artículo 45)

En torno a ello, según Ruiz de Castilla Ponce de León (2023), mientras transcurre la prescripción, determinados actos de la administración tributaria tendrán como consecuencia que el plazo que hasta entonces haya transcurrido dejará de ser considerado para su cómputo, siendo que desde aquel momento se iniciará un nuevo plazo de prescripción. El mismo criterio es asumido por Yacolca Estares y Yacolca Arana (2023), quienes afirman que, en virtud de la interrupción de la prescripción en materia tributaria, no se debe considerar el tiempo transcurrido hasta dicho instante, puesto que desde allí se tendrá un nuevo término de prescripción.

## **Discusión**

De los resultados obtenidos, y en concordancia con el modelo vigente del proceso penal en el ordenamiento jurídico peruano, la prescripción de la acción penal determinará que los órganos estatales dedicados a la persecución del crimen se encuentren imposibilitados de iniciar las investigaciones por la comisión de delitos o de mantener su vigencia. Asimismo, aquella figura jurídica impedirá que se ejerza la pretensión punitiva contra quien sea considerado agente del delito. Resultará también en que los órganos jurisdiccionales, de ser el caso, se abstengan de pronunciarse respecto a la responsabilidad del acusado por la comisión del injusto atribuido.

Sobre esta forma técnica de entender los alcances de la prescripción en materia penal, Meini (2012) desarrolla una precisión esclarecedora, aseverando que si la prescripción, según el derecho civil, es el efecto del tiempo que extingue la acción, mas no el derecho, y si la acción penal es concebida como la atribución para requerir al juez que se pronuncie sobre un hecho de relevancia penal, entonces esta última institución jurídica pareciera ser identificada por el Código Penal como la formalización de la investigación preparatoria, según las reglas del proceso penal común<sup>6</sup>. Entonces, de tener por ciertos dichos presupuestos, la

---

6 A la fecha de su publicación, Meini Méndez expuso esta posición en el marco de la vigencia del

prescripción no podría verificarse durante las diligencias preliminares, ya que no puede extinguirse lo que aún no se ha ejercido. Por consiguiente, se arribaría a la conclusión de que la prescripción en materia penal no alude estrictamente a la acción penal, sino a la posibilidad de llevar a cabo las investigaciones incluso desde que el Ministerio Público tome conocimiento de hechos de apariencia delictiva. En otras palabras, lo que el transcurso del tiempo realmente extinguirá es la potestad del estado para investigar y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante, y no precisamente la acción penal.

Desde nuestro punto de vista, es válido expresar plena coincidencia con los argumentos del profesor Meini Méndez en este extremo. Sin embargo, a efectos del presente trabajo se mantendrá la nomenclatura prescripción de la acción penal, dado que tal *nomen iuris* es ampliamente aceptado por la ciencia penal contemporánea.

Respecto al fundamento de la prescripción de la acción penal, un sector de la doctrina afirma que la prescripción asume un carácter procesal, en tanto es invocada como un impedimento para la persecución estatal del delito. No obstante, su consecuencia no residirá en dotar de licitud al crimen cometido, sino solo en el decaimiento de la persecución pública.

Sobre ello, tras un análisis crítico de la institución bajo estudio, se concluye que la prescripción penal es realmente de naturaleza sustantiva, en cuanto no desvirtúa el merecimiento de pena del sujeto histórico, sino que evidencia la falta de equidad o de necesidad de imponer al sujeto actual una condena por aquella conducta anclada en el pasado (Silva Sánchez, 2025). En ese entendimiento, aunque es innegable que el delito ha generado un daño social en tanto resultó

---

modelo procesal diseñado en el Código de Procedimientos Penales de 1939, aseverando que el representante del Ministerio Público, luego de realizar la investigación preliminar, ejercía la acción penal ante el juez de instrucción mediante la formalización de la denuncia, lo que actualmente, según el Código Procesal Penal de 2004, encuentra similar en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, que es comunicada al juez de garantías.

en una lesión a bienes jurídicos penalmente tutelados, por el paso del tiempo se habrá perdido la imperatividad estatal de sancionar aquel hecho ya olvidado.

De otra parte, la doctrina coincide plenamente en distinguir entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria. La primera de ellas se caracteriza por iniciar su cómputo desde el término del *iter criminis* del delito (o su tentativa), mientras que la segunda es aplicable tras verificarse alguna causa de interrupción del plazo de prescripción.

Ahora bien, para un amplio sector de la comunidad jurídica peruana, respaldado por los pronunciamientos de la Corte Suprema, el inicio del plazo de la prescripción extraordinaria coincide con el de la prescripción ordinaria, concibiendo a la primera como una prolongación de la segunda. Ello en seguimiento del artículo 83 *in fine* del Código Penal peruano, en donde se expresa que “la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción” (1991).

En un sentido contrario, existen escasas publicaciones que defienden que la norma estudiada alude a que el plazo de la prescripción extraordinaria debe ser contabilizado desde la ocurrencia de alguna causa de interrupción, iniciando un nuevo término de prescripción desde ese momento y descartando todo el tiempo que se hubiese computado hasta ese instante. Esta postura se fundamenta en que la ley penal señala que “la prescripción de la acción se interrumpe [...] quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción” (1991).

Sobre esta discordancia, en donde reside la problemática de la presente investigación, se ha de manifestar la plena coincidencia con la segunda postura, aseverando que desde el momento en que concurre alguna causa de interrupción se habrá de reiniciar el plazo de prescripción de la acción penal, dejando de tomar en cuenta todo el tiempo que hasta entonces haya transcurrido. Para fundamentar ello se debe recurrir no solo a la literalidad de la ley penal, sino también a su interpretación desde puntos de vista históricos, comparativos y sistémicos.

De acuerdo con el tratamiento legislativo que ha recibido la materia de análisis por la codificación peruana, el Código Penal de 1863 ya señalaba que la acción penal, ejercida mediante la figura de la acusación del Ministerio Fiscal, encontraba el inicio del plazo para su prescripción desde el día de la comisión del delito, lo cual, con algunos matices, mantiene plena vigencia en el derecho penal actual. Además, allí era sumamente claro que la interrupción de la prescripción de la acción penal por la comisión de otro delito tenía como resultado que el plazo de prescripción transcurrido hasta dicho instante quedaba sin efecto.

Luego, cuando se publicó el Código Penal de 1924, se definió en su artículo 121, primero, que después de acaecidas las causales de interrupción se iniciaría un nuevo plazo de prescripción y, segundo, que en todo caso la acción penal encontraba su prescripción cuando la duración de su término ordinario sobrepase en una mitad. Sobre esta redacción original –que encuentra alta similitud con el texto legal vigente– se tiene dos disposiciones normativas que, al menos en apariencia, resultan ser contradictorias.

Esta situación se agravó cuando mediante el Decreto Legislativo N.º 121 se precisaron hasta siete causales de prescripción, todas ellas relativas a actos procesales sucesivos y transversales a distintas etapas del proceso penal, pero se suprimió la referencia a que dichas causales de interrupción generaban un nuevo término de prescripción, dejando a salvo la referencia a que la prescripción se dará cuando “la duración del plazo ordinario de la prescripción sobrepasa en una mitad” (Presidencia de la República del Perú, 1981, artículo 2).

La incongruencia de la redacción legal es evidente cuando, al intentar brindar una interpretación técnica a esta última disposición normativa, el emérito jurista peruano Raúl Peña Cabrera (1983) afirmó, por un lado, que a partir del día de la interrupción debe “correr nuevamente otro plazo de prescripción”, mientras que por el otro reprodujo el texto legal indicando que “la acción –penal [...]– prescribe en todo caso, cuando la duración del plazo ordinario sobrepasa en una

mitad” (p. 445), situación que se mantiene inclusive hasta la actualidad de parte de quienes sostienen la postura de la prolongación.

Ahora bien, si se repara en la coherencia interna del artículo 121 del Código Penal peruano de 1924 modificada por el Decreto Legislativo N.º 121, allí se ha manifestado que desde la denuncia del Ministerio Público hasta la expedición de la orden judicial de citación o de captura se interrumpirá el plazo de prescripción de la acción penal. Entonces cabe preguntarse lo siguiente: si las causas de interrupción implicarán solo una extensión del plazo ordinario, y en ningún caso un reinicio de dicho término, ¿tendría sentido determinar situaciones procesales consecutivas que interrumpan la prescripción?

Por ejemplo, la acción penal por la comisión de un delito sancionado con penitenciaría de seis años, según el Código Penal de 1924, prescribirá a los diez años. Si dicho ilícito se hubiera perpetrado en el año 1982, la acción penal sólo tendría vigencia ordinariamente hasta el año 1992. Si el Ministerio Público emitiera la denuncia en el año 1984, entonces la prescripción extraordinaria se daría, según la tesis de la prolongación hasta una mitad del plazo ordinario, en el año 1997. Ahora bien, dado el avance del proceso, el juez de instrucción podría haber emitido su auto de apertura de instrucción en 1985, lo que interrumpiría nuevamente el plazo de prescripción; sin embargo, su extensión extraordinaria nuevamente alcanzaría solo hasta el año 1997, y así sucesivamente hasta que se emita la orden judicial de captura, manteniendo el mismo plazo de prescripción extraordinaria.

Este ejercicio ejemplificativo pretende demostrar que interpretar la interrupción de la prescripción extraordinaria como causa de una prolongación del plazo ordinario de prescripción le restaría toda coherencia lógica, inclusive cuando se suprimió el extremo en donde se precisaba que su consecuencia era el comienzo de un nuevo plazo de prescripción.

Desde un enfoque comparativista, en el derecho español, por ejemplo, no existe ninguna discusión trascendental sobre los efectos de la interrupción de la

prescripción de la acción penal, puesto que dan por sentado que su consecuencia es el reinicio del cómputo del plazo de prescripción a partir del momento en que se hacen efectivas las causales de interrupción. Al contrario, la ciencia jurídica española se ha dedicado principalmente a cuestionar el contenido jurídico del direccionamiento del procedimiento contra el culpable (causal de interrupción), la paralización del procedimiento y de su término sin condena (momentos de reinicio del término de la prescripción). Dicho debate ha resultado en la reforma jurídica viabilizada por la Ley Orgánica 5/2010 que modificó el artículo 132 del Código Penal español respecto a la interrupción de la prescripción de la acción penal, denotando su esfuerzo por resolver las problemáticas planteadas en dicha región (Presidencia del Gobierno del Reino de España, 2010).

En la latitud latinoamericana, de otra parte, se ha podido estudiar los códigos penales de Colombia y de Chile, cuyos exégetas coinciden plenamente en que la interrupción significa el reinicio del cómputo del plazo de prescripción, y no una prolongación, como, al parecer, solo lo entendería la doctrina jurídico penal del Perú.

Finalmente, en el entendimiento de que un ordenamiento jurídico viene a ser un conjunto armónico de normas en donde sus principios y conceptos confluyen a lo largo de toda su extensión legislativa (Rubio Correa, 2020), se ha tenido presente cómo la interrupción de la prescripción de la acción se encuentra regulada en otros campos jurídicos. Tanto el derecho civil como el derecho tributario, en sus respectivas leyes matrices, abordan la institución de la prescripción y sus causales de interrupción. Sobre estas señalan que tienen por efecto el reinicio del plazo de prescripción desde el momento de su acontecimiento. Entonces, el derecho peruano, en materia civil y tributaria, coincide plenamente con que el plazo de prescripción que ha transcurrido hasta su interrupción queda sin efecto alguno. Así, si el derecho penal es también parte del mismo ordenamiento jurídico, cabe agregar que también por este fundamento, en suma a los expuestos previamente, la prescripción extraordinaria de la acción penal habrá de encontrar su inicio

no en el momento de la comisión del delito, como ocurre con la prescripción ordinaria, sino desde el momento de su interrupción, tal y como se regula en el derecho civil y tributario, no mereciendo un tratamiento diferenciado.

Por tales consideraciones, se concluye que el artículo 83 del Código Penal peruano debe ser interpretado en el sentido de que las causales de interrupción tienen por efecto, desde que se tienen por cumplidas en los hechos, el inicio de un nuevo plazo para ejercer la acción penal, conocido como prescripción extraordinaria, siendo que este nuevo periodo, en cumplimiento del último párrafo del dispositivo legal, alcanza hasta una mitad por encima del plazo que le corresponde a la prescripción ordinaria.

Según esta interpretación, el cálculo del inicio y del plazo de la prescripción extraordinaria podría graficarse de la siguiente forma, a modo de ejemplo: si en el año 2020 se comete el delito de falsedad ideológica –sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años–, entonces su prescripción ordinaria alcanzará hasta el año 2026. Si en ese supuesto el agente comete nuevamente el mismo delito en el año 2024, entonces se configurará la causal de interrupción del tercer párrafo del Código Penal. Por ello se tendría que la prescripción extraordinaria, en primer lugar, tendría como inicio del cómputo de su plazo en el año 2024 (y no en el año 2020), y, segundo, que se extendería hasta el año 2031, puesto que desde el año 2024 se añaden los seis años del plazo de la prescripción ordinaria y una mitad de dicho término, es decir, nueve años.

## **Conclusiones**

La prescripción de la acción penal es una figura regulada por nuestra legislación en virtud de la cual se imposibilita el inicio o la continuación de la persecución pública por la comisión del delito luego de haber transcurrido un determinado tiempo previsto en la ley.

Aquella institución asume una naturaleza sustantiva, dado que su fundamento se asienta en la idea de que, pese al innegable merecimiento de reproche contra el

delincuente por el injusto cometido, el prolongado tiempo de inactividad estatal para ejercer su facultad punitiva producirá el cese de la necesidad de imponer la pena sobre el sujeto del delito.

De otro lado, es preciso rescatar que la vigencia temporal de la acción penal, hasta antes de que se suscite la prescripción, puede sufrir distintas alteraciones, las cuales se traducen en la suspensión y la interrupción del cómputo del plazo de prescripción, siendo que esta última figura es asumida como el paso mediante el cual se transita desde la prescripción ordinaria hacia la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Por consiguiente, en el caso de que se verifique la concurrencia de una causal interruptora del curso de prescripción de la acción penal, se tendrá por efecto, según la vigente redacción del artículo 83 del Código Penal, que el plazo de prescripción transcurrido hasta entonces será declarado sin efecto, debiendo reiniciar un nuevo término de la prescripción, que a partir de dicho momento alcanzará hasta una mitad por encima de los plazos ordinarios de prescripción establecidos por la ley.

Finalmente, esta propuesta de reinterpretación del artículo 83 del Código Penal se contrapone abiertamente al estado actual de las líneas doctrinales y jurisprudenciales en el derecho penal peruano, por lo que se recomienda que los foros académicos y los órganos de administración de justicia realicen una cuidadosa y crítica consideración de los postulados expuestos precedentemente. Ello en aras de satisfacer en mayor grado la apremiante necesidad social de una persecución eficaz del delito sin proceder en desmedro de la seguridad jurídica que ha de gozar toda persona sometida al *ius puniendi*.

## **Bibliografía**

Aparicio Pérez, A. (2015). *Derecho y metodología jurídicos (esbozos de filosofía jurídica)*. Tirant lo Blanch. <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491190790>

- Ariano Deho, E. (2020). Causas de suspensión del decurso prescriptorio. En M. Muro Rojo y M. Torres Carrasco (Coords.), *Código Civil comentado* (Tomo X, pp. 232–237). Gaceta Jurídica.
- Bonesana, C., *marqués de Beccaria* (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. J. de las Casas). Universidad Carlos III de Madrid. (Trabajo original publicado en 1766).
- Cárdenas Rodríguez, L. y Villegas Paiva, E. (2013). *Prescripción civil y penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). *Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial N.º 44.097. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de la República del Perú. (1862). *Código Penal del Perú. Edición oficial*. Imprenta Calle de la Rifa num. 58. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006548-1/index.html>
- Congreso de la República del Perú. (1924). *Código Penal (Ley N.º 4868). Edición oficial*. Imprenta Librería é Imprenta E. Moreno San Antonio (Lampa) 672. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/010532/index.html>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2007, 16 de noviembre). *Acuerdo Plenario N.º 9-2007/CJ-116*. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a36adb804075ba37b68ff699ab657107/acuerdo\\_plenario\\_09-2007\\_CJ\\_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a36adb804075ba37b68ff699ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a36adb804075ba37b68ff699ab657107/acuerdo_plenario_09-2007_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a36adb804075ba37b68ff699ab657107)
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2010, 16 de noviembre). *Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116*. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ddb68b00451695cebbbfb279eb5db9a/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%BA+01-2010CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ddb68b00451695cebbbfb279eb5db9a>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2021, 13 de julio). *Recurso de Nulidad N.º 1213-2019/San Martín*. Sala Penal Transitoria. <https://aplicativo.pj.gob.pe/cejsupremo/Expediente/HitoExpediente2.aspx?data=EOeIX6PeedtsMRZoSvs81Akoyu0OWIb-DB7JpEW3%2fu98qRJ3LBP9DIIdgKdxISkj9gWoN19iBv9pFJqI-0Sh7VosAaXz49s3t%2fQYzyGwzvdXy8Fw7y%2bgL9FG3S7hW8W-qX2g%2b0jDAD%2f1Akb03Cy4bgpYFgL2Qj%2fp0IIBL%2fNcO-4MO%2f8dtNhpYrgN2Moi9f3sJGRw2KBR9JVoK84YoVvAWcm-PQyP5All550kztzW9cNaqD6qi5zpFpB8lR5lx0kCAcC%2f%2fvO-FVb8S51OP%2f4xaxhRUBjW%2bZJzCs9CezcXlBg%2fUqbv bhytyvFqXun5UMJk0%2bCPbfHste6WFpukrjU8%2bg1Gix6AtM%3d>
- Del Águila Gonzáles, R. (2020). *La prescripción penal. Estudio integral desde la práctica, la dogmática y la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.

- Durán Bernardino, M. (2017). El método comparado en los trabajos de investigación. En N. Marchal Escalona (Dir.), *El derecho comparado en la docencia y en la investigación* (pp. 48–55). Tirant lo Blanch. <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491483267>
- Fernández Flecha, M., Urteaga Crovetto, P. y Verona Badajóz, A. (2015). *Guía de investigación en derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/172143>
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Tecnos.
- Gómez Martín, V. (2017). *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. B de F Montevideo-Buenos Aires.
- Hernández Díaz, C., Ortega Chacón, P., Ortega Gomero, S. y Franco Mongua, J. (2017). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad Libre. <https://doi.org/10.18041/978-958-8981-45-1>
- Huamán Castellares, D., y Segura Valenzuela, S. (2019). §83 Interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal. En N. Salazar Sánchez (Ed.), *Comentarios al Código Penal peruano. Parte general* (Tomo III, pp. 531–539). Gaceta Jurídica.
- La Rosa, M. (2008). *La prescripción en el derecho penal*. Astrea.
- Matus Acuña, J., y Ramírez Guzmán, M. (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte general* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch. <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413786520>
- Meini Méndez, I. (2012). Sobre la prescripción de la acción penal. En Asociación Civil Ius Et Veritas (Eds.), *Temas de derecho penal* (pp. 27–53). Ediciones Legales.
- Mejorada Chauca, M. (2012). Interrupción y suspensión de la prescripción. *Advocatus*, (26), 273–279. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n026.4131>
- Montiel, J. (2017). Estructuras analíticas del principio de legalidad. *InDret*, (1), 1–47. <https://indret.com/estructuras-analiticas-del-principio-de-legalidad/>
- Morales Nakandakari, P. (2021). *La prescripción en derecho penal: entre el mito y la realidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/201169>
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano* (Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Pariona Arana, R. (2019). §80 Plazo de prescripción de la acción penal. En N. Salazar Sánchez (Ed.), *Comentarios al Código Penal peruano. Parte general* (Tomo III, pp. 487–500). Gaceta Jurídica.

- Parma, C. y Amuchástegui, A. (2019). §78 Causas de extinción de la acción penal. En N. Salazar Sánchez (Ed.), *Comentarios al Código Penal peruano. Parte general* (Tomo III, pp. 453–482). Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed., Vol. I). Sesator.
- Presidencia de la República de Chile. (1874, 12 de noviembre). *Ley N.º 2561*. Diario Oficial. <https://bcn.cl/2f6m7>
- Presidencia de la República del Perú. (1981, 15 de junio). *Decreto Legislativo N.º 121. Modificaciones al Código Penal*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H651680>
- Presidencia de la República del Perú. (1984, 25 de julio). *Decreto Legislativo N.º 295. Código Civil*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>
- Presidencia de la República del Perú. (1991, 8 de abril). *Decreto Legislativo N.º 635. Código Penal*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>
- Presidencia de la República del Perú. (2013, 22 de junio). *Decreto Supremo N.º 133-2013-EF. Texto Único Ordenado del Código Tributario*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682696>
- Presidencia del Gobierno del Reino de España. (2010, 23 de junio). *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>
- Rico Puerta, L. (2019). *Teoría general del proceso* (4.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Roy Freyre, L. (2018). *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. (3.<sup>a</sup> ed.). Gaceta Jurídica.
- Rubio Correa, M. (2020). *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (12.<sup>a</sup> ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170290>
- Ruiz de Castilla Ponce de León, F. (2023). *Derecho tributario peruano. Principios y fundamentos* (2.<sup>a</sup> ed., Vol. I). Palestra Editores.
- Sáenz Torres, A. (2012). *La prescripción penal en el Perú (a veinte años de vigencia del Código Penal de 1991)* [Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional de Tesis y Trabajos de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/item/dd5aff0d-cd59-44c8-bd97-c9289ca188ea>
- San Martín Castro, C. (2024). *Derecho procesal penal. Lecciones* (3.<sup>a</sup> ed., Tomo I), INPECCP y CENALES.

- Urquiza Olaechea, J. (2024). Ensayo sobre el Código Penal peruano de 1924. *Revista Científica Do CPJM*, 3(10), 35-45. <https://rcpjm.cpbm.uerj.br/revista/article/view/298>
- Velásquez Velásquez, F. (2025). *Fundamentos de derecho penal. Parte general* (7.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch. <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9791370101831>
- Villabella Armengol, C. (2020). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En E. Cáceres Nieto (Coord.). *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (Tomo 4, pp. 921–953). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6226-pasos-hacia-una-revolucion-en-la-ensenanza-del-derecho-en-el-sistema-romano-germanico-tomo-4-version-electronica>
- Silva Sánchez, J. (2025). *Derecho penal. Parte general*. Aranzadi La Ley.
- Yacolca Estares, D. y Yacolca Arana, R. (2023). *Código Tributario* (Tomo 1). Jurista Editores.



## **Alternativas Jurídicas de la Inversión Privada en el Perú**

### ***The legal framework of private investment alternatives in Peru***

Carmen Julia Polo y la Borda Salazar<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El régimen de las alternativas jurídicas de la inversión privada en el Perú es el tema de fondo del presente artículo. Se consideran dos instituciones: el “contrato de asociación en participación”, y la “sociedad de capital”. Estas parten del mismo fundamento: la inversión privada. No obstante, responden a naturalezas jurídicas distintas. Asimismo, se destaca el “principio de responsabilidad limitada”, y la “reserva de identidad” como elementos distintivos de cada una. Aplicamos la metodología de la investigación bibliográfica y jurisprudencial. Pero, además, el presente artículo da un paso más realizando el correspondiente análisis crítico de ellas. Por su parte, la inversión privada juega un rol clave en la economía, para la evolución económica del país, la concreción de este potencial no es automática. Depende de diversas motivaciones, especialmente de las características del sistema legal. Sin duda, las referencias bibliográficas ofrecen la información precisa para ubicar las fuentes citadas en el texto.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesora Contratada de Posgrado Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Cusco, Perú. iD ORCID <https://orcid.org/0009000441496345>. Correo electrónico [carmenpoloylaborda@gmail.com](mailto:carmenpoloylaborda@gmail.com)

**Palabras clave:** contrato de asociación en participación, inversión privada, principio de responsabilidad limitada, reserva de identidad, sociedad de capital.

## **Abstract**

The legal framework of private investment alternatives in Peru is the core subject of this article. Two legal institutions are considered: the “participation agreement” (contrato de asociación en participación) and the “capital company” (sociedad de capital), both based on the same foundation: private investment. However, they arise from different legal natures. Likewise, the “principle of limited liability” and the “identity confidentiality” are highlighted as distinctive elements of each. Among other aspects, we apply a methodology based on bibliographic and case law research to develop the theoretical foundations within the paradigm of scientific knowledge related to the topic under study. Furthermore, this article goes a step further by carrying out a critical analysis of both institutions.

Private investment, in turn, plays a key role in the economy, especially having gained strength in recent decades in Peru. Although there are theoretical arguments suggesting that private investment can have a positive impact on the country’s economic development, the realization of this potential is not automatic. It depends on various motivating factors, particularly the characteristics of the legal system. Undoubtedly, the bibliographic references provide accurate information to locate the sources cited in the text.

**Keywords:** participation agreement, private investment, principle of limited liability, identity confidentiality, capital company.

## **Introducción**

El objetivo principal de la investigación consiste en explicar con claridad las alternativas que regula el ordenamiento jurídico nacional para canalizar la inversión privada: el contrato de asociación en participación, y la sociedad de capital. Además, se identifica el principio de responsabilidad limitada y la reserva

de identidad, como los aspectos legales que pueden aplicarse estratégicamente en ellas.

Como veremos, el objetivo será el desarrollo del delicado problema del encuadramiento de ellas con las normas que regulan el régimen de la inversión privada en el Perú.

En tal sentido, el desarrollo de la investigación explica ¿Por qué la naturaleza jurídica del contrato de asociación en participación es diferente de la sociedad de capital? También se examinan las reglas que dirigen la posición de los sujetos en la relación jurídica a través de la fijación de los requisitos que deben ser obligatoriamente contenidos en el contrato y en la sociedad de capital, y una serie de exigencias dirigidas a equilibrar la posición de las partes en relación con los intereses comprometidos.

Dejamos bien claro que la presente investigación está orientada a poner sobre el tapete la cuestión de la inversión privada que se encuentra sometida a dos alternativas jurídicas: el contrato de asociación en participación, y la sociedad de capital.

La justificación de la investigación resulta evidente, a fin de conocer mejor sus características, de este modo, estudiándolas, podamos hacer uso de ellas en el ámbito de la inversión privada.

Se considera que la investigación del tema y su correcta aplicación, constituyen la fórmula para que una sociedad y su economía puedan avanzar. Al hacerlo, se cumple la función de contribuir solidariamente con el país, ofreciendo una mirada integral a los agentes inversores sobre el conocimiento de ellas.

Para tal fin, la investigación es el instrumento indispensable que contribuye a los propósitos del enriquecimiento de manera significativa del conocimiento, y durante el proceso del desarrollo de la investigación se actualizan las ideas sobre el quehacer de la inversión privada, cuya normativa no se ha visto modificada desde tres décadas en el Perú.

## **Contrato de Asociación en Participación**

El punto sustancial de la presente investigación se ha desarrollado entorno al denominado “contrato de asociación en participación”, principalmente como alternativa para formalización de la inversión privada. Sin embargo, precisamos el problema que se tiene sobre su naturaleza jurídica, debido a su actual ubicación normativa, entendida como una especie de apéndice dentro de la legislación societaria. Esta situación genera la reflexión sobre la afinidad entre el contrato de asociación en participación y las sociedades mercantiles, y se piensa que se trata del negocio constitutivo de una persona jurídica.

De otro lado, pocos saben que este contrato sirve para la formalización de la inversión privada, puede ser nacional o extranjera. Se trata de un contrato regulado en la legislación societaria desde su adopción en 1997 hasta la fecha. Su función es muy importante y la mayoría de la gente lo desconoce. Por este motivo, resulta fundamental realizar una reflexión de las normas de la inversión privada que señalan expresamente que la inversión puede realizarse mediante dicho contrato.

Para nuestros fines, primero nos referiremos brevemente a la doctrina que explica la definición, naturaleza jurídica, origen y características del contrato, y luego nos ocuparemos de los siguientes tópicos: la configuración que la legislación societaria <sup>2</sup> y las normas de la inversión privada han querido dar a este contrato.

### ***Definición***

Según sostiene la opinión mayoritaria en la doctrina define el “contrato de asociación en participación” en los siguientes términos:

Como bien explica Elías, el contrato tiene un carácter eminentemente instrumental, ya que es un medio para regular y ordenar las relaciones jurídicas de las partes

---

2 (Ley General de Sociedades, 1997, artículos 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444)

contratantes. No es un fin en sí mismo, sino un instrumento para crear obligaciones patrimoniales. (Elías, 1999, p. 942).

Siendo así, De La Puente y Lavalle, sostiene que el contrato es la exteriorización de la voluntad común de las partes. (De La Puente y Lavalle, 2007, tomo I, p. 39)

En esa línea de pensamiento, Elías define el contrato de asociación en participación, como aquel por el cual un empresario, denominado asociante, concede a una o más personas naturales o jurídicas, llamadas asociados, una participación en los resultados de una o más empresas o negocios específicos, a cambio de contribuciones o aporte de dinero, bienes o servicios, sin que el contrato dé lugar a la formación de una persona jurídica. (Elías, 1999, p. 949)

Por su parte, Benites, sostiene que el contrato de asociación en participación tiene por finalidad establecer una relación jurídica en la que un sujeto, denominado asociante, concede a otro, llamado asociado, una participación en las utilidades o en las pérdidas que puedan generar uno o varios negocios, para cuyo desarrollo el asociado ha aportado bienes o servicios. (Benites, 2003, p. 1369)

Tambini, explica por el contrato de asociación en participación, una persona, que asume la calidad de asociante, desarrolla un negocio, asume su gestión negocial y actúa en nombre propio. Asimismo, acepta la contribución de otras personas en dinero, servicios o bienes, llamadas asociados, quienes son socios económicos interesados en invertir para generar utilidades y continuar con el desarrollo del negocio, sin ser responsables por las pérdidas que puedan ocurrir. (Tambini, 2023, p. 451)

Sin duda, compartimos esta amplia definición del “contrato de asociación en participación” elaborada por la doctrina, y podemos decir que el “contrato de asociación en participación” es el acuerdo celebrado, por un lado, el asociante, y por otro, el asociado, mediante el cual, el primero se compromete a entregar una determinada suma de dinero, y el segundo se obliga a entregar la contribución económica pactada en el contrato.

A título de comentario podemos señalar que en el “contrato de asociación en participación” se tienen dos partes: el asociante y el asociado. El asociante es aquel que tiene su propia empresa (o que tiene intención de iniciarla) o trata de desarrollar uno o más negocios, atribuyendo al asociado una parte de las utilidades de la empresa o del negocio; el asociado es aquel que da un determinado aporte al asociante, el cual lo utiliza en el desarrollo empresarial o en la gestión del negocio. De esta manera, el asociante tiene el modo de lograr el capital que necesita, y correspondientemente atribuye al asociado una participación en las ganancias. Generalmente, el aporte del asociado es dinerario, pero la legislación societaria permite que consista también en bienes y servicios.

Sobre la abundante terminología del contrato en el derecho comparado tenemos la siguiente:

Como bien explica Farina, algunos hablan de sociedad, otros de asociación, algunos lo llaman contrato de asociación en participación y otros lo denominan cuentas en participación. En Francia y Alemania, algunos autores utilizan el término sociedad; en España la mayoría de autores prefieren hablar de cuentas en participación. La Ley Mexicana de 1934 utiliza el término asociación. El Código Civil Italiano de 1942 se refiere a la asociación en participación. (Farina, 2005, p.447).

### ***Naturaleza Jurídica***

La naturaleza jurídica del “contrato de asociación en participación” es la misma que la de cualquier otro contrato, es un instrumento para regular las relaciones jurídicas de los contratantes.

Sin duda, estamos ante un acuerdo comercial que no da origen a una sociedad mercantil, y se deja claro el carácter social propio del “contrato de asociación en participación”, el cual tiene una finalidad análoga a la “sociedad de capital”. Nos referimos al carácter teleológico institucional, es decir, la finalidad social que

cumple el contrato y la sociedad, esta finalidad no se superpone ni contradice la importancia del interés individual.

Se trata de un contrato nominado, típico, oneroso y solemne. En efecto, cuenta con nombre propio y se encuentra regulado expresamente en la legislación societaria, de ahí nace su calificación de contrato nominado, y típico. También las prestaciones recíprocas califican al contrato como oneroso. Y, el requisito que debe celebrarse por escrito califica al contrato como solemne. La duración del contrato depende de la voluntad de los contratantes. No obstante, puede concluir por hechos sobrevinientes; por ejemplo, la nulidad del objeto del contrato o por acuerdo voluntario. En este caso, se aplican las normas del derecho común.

El “contrato de asociación en participación” forma parte de los contratos asociativos. Sin embargo, consideramos que sus características legales, convierten este contrato en un modelo ideal para crear y regular relaciones de inversión, en interés común de las partes. No genera una persona jurídica ni una sociedad mercantil, debe celebrarse por escrito, y no se requiere su inscripción en los Registros Públicos.

Su cuerpo normativo se regula en la legislación societaria que ordenadamente nos entrega un contrato, su celebración no genere la constitución de una sociedad mercantil.

A título de comentario podemos señalar que pueden celebrar el “contrato de asociación en participación” dos o más personas, que pueden ser naturales o jurídicas, para colaborar en el desarrollo de una actividad económica, donde una de las partes contratantes se obliga a entregar dinero, bienes o servicios, mientras que el otro contratante se encarga de la gestión del negocio, sin que este negocio dé lugar a una nueva persona jurídica.

## **Origen**

El origen del “contrato de asociación en participación” se remonta a la práctica comercial de la commenda que se desarrolló en el año 476 y su final en 1492.

Como bien decía Benites, la commenda medieval constituía una forma de colaboración económica que presuponía la entrega de aporte de dinero o servicios para participar en los beneficios obtenidos de una actividad o empresa, con una limitación del riesgo de pérdida al valor del aporte. (Benites, 2003, p. 1365)

El contrato se extendió en Europa, y es, desde luego, el que sigue el sistema legal peruano. También recibió diversas denominaciones en Italia, España, Francia y Alemania se llamó: “cuentas en ley” y “sociedad accidental”.

### ***Características***

La legislación societaria establece las características del contrato de asociación en participación para que sea considerado como tal. Dichas características están destinadas a regular la participación de las partes contratantes y, principalmente, a proteger los intereses del asociante, y simultáneamente, también a proteger los intereses del asociado. Para nuestros fines, primero nos referiremos a los derechos y obligaciones del asociante, y luego nos ocuparemos del asociado.

Se tiene que el asociante, es quien asume la gestión del negocio, actúa a nombre propio, y se vincula frente a terceros. La gestión de la empresa siempre corre a cargo del asociante quien adquiere derechos y asume obligaciones, respondiendo de las deudas con su patrimonio propio. El asociante acepta la contribución del asociado o los asociados, quienes son socios interesados en invertir, y no asumen responsabilidad por las pérdidas futuras conforme señala la legislación societaria, también la jurisprudencia de los Registros Públicos<sup>3</sup>, y del Poder Judicial<sup>4</sup>.

Además, la ley prohíbe que el asociante pueda asignar una participación en el negocio a terceros sin autorización de los asociados.

Sobre los derechos regulados en la legislación societaria para proteger los intereses del inversionista, tenemos los siguientes: el asociado no participa en

---

3 Resolución N° 250-2013-SUNARD-TR-A, 2013

4 Casación N° 3204-2001-Lima, 2002

la gestión del negocio, no se vincula frente a terceros, tiene derecho a exigir la rendición de cuentas, naturalmente, el modo y la periodicidad deberán ser pactadas en el contrato. Generalmente, la participación del asociado en las ganancias y en las pérdidas, es igual al porcentaje de su aporte económico pactado en el contrato. Si las pérdidas superan o igualan el valor de su aporte, el asociante no debe restituir, tampoco exigir, nada al asociado.

Sin embargo, puede pactarse que el asociado participa en las ganancias y no en las pérdidas; también que el asociado participa en las ganancias y en las pérdidas sin que este obligado a entregar una determinada contribución. En la práctica, se admite que el asociado puede ser exonerado de las pérdidas, pero este pacto no permite distinguir con seguridad un “contrato de asociación en participación” de una sociedad irregular o de un contrato de financiamiento. Sin embargo, aun cuando la naturaleza del contrato es clara, es confuso distinguirlo de otros contratos, y consiguientemente, no es fácil indicar con seguridad cuales son las normas que se necesita aplicar.

Debemos recalcar, sin embargo, que tales interpretaciones sobre las diversas fórmulas de participación del inversionista privado en el “contrato de asociación en participación” es tarea doctrinaria y no legislativa.

Leamos, al respecto, a Spota, tales distingos doctrinales quedan sometidos al constante progreso o perfeccionamiento de la ciencia jurídica. Siempre el avance de la investigación científica nos enfrentará ante una labor doctrinal que nos ofrece medios valiosos para mejor conocer el alcance de las figuras contractuales que las personas, en el ejercicio de la libertad contractual, pueden dar vida con aquella fuerza obligatoria. (Spota, 1984, p. 112)

De La Puente y Lavalle, considera que el contrato de asociación en participación, el fin es perseguido por todos los contratantes, los contratantes persiguen un fin común. (De La Puente y Lavalle, 1991, tomo I, p. 246)

Si en el contrato se pacta que el asociado participará solo en las utilidades y no en las pérdidas, o que participará en las utilidades y en las pérdidas sin entregar ningún aporte, estaremos ante un contrato diferente del “contrato de asociación en participación”, en ese caso la legislación societaria se aplicaría solo parcialmente, y se aplicarían las normas del derecho común.

### ***Régimen Legal***

El “contrato de asociación en participación” se regula específicamente en los artículos 438 al 444 de la legislación societaria <sup>5</sup>.

Sobre su ubicación normativa, consideramos que el contrato debería haberse regulado en las normas del derecho común<sup>6</sup>. Sin duda, la explicación de nuestra propuesta, considera el hecho que los contratantes no requieren constituir previamente una sociedad mercantil, tampoco que el contrato deba ser celebrado exclusivamente por sociedades mercantiles. El tema de fondo es explicar que el “contrato de asociación en participación” se caracteriza principalmente por sus elementos contractuales. Pero, además, como veremos más adelante, no guarda afinidad con las sociedades mercantiles; de hecho, su ubicación normativa no cambia su naturaleza jurídica.

Siguiendo la línea Benites, explica que pareciera inconsecuente que en nuestro ordenamiento los contratos asociativos que no generan personalidad jurídica estén regulados en una ley de sociedades. Siendo estrictos, esto no es apropiado, pues tal y como la propia ley ha diseñado la figura de los contratos asociativos, no tiene sentido que, en una norma cuyo objeto es regular el negocio constitutivo de una persona jurídica, se regule también un tipo de contrato que, aunque comparta la intención de lograr una finalidad común entre los integrantes, no da lugar a la creación de una persona jurídica. (2003, p. 1363)

<sup>5</sup> Ley General de Sociedades, 1997, artículos 438 al 444

<sup>6</sup> Código Civil peruano, 1984, Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, sección segunda, artículos 1529 a 1905 regula los contratos especiales

Como afirma Montoya, el contrato persigue una finalidad semejante a la de la sociedad mercantil, pero no puede confundirse con esta. (Montoya, 2004, T. 1, p. 436)

Según Arias, es un instrumento contractual que responde a la necesidad de movilizar capitales en búsqueda de rentabilidad, en el que las partes se juntan con un criterio de coparticipación que asume las más diferentes formas y matices. (1994, tomo I, p. 133)

Tambini explica que algunas voces en la doctrina, consideran que el contrato de asociación en participación es una sociedad próxima a convertirse en sociedad mercantil, pero que aún no lo es. (2023, p. 449)

## **Sociedad de Capital**

Otro punto sustancial de la presente investigación se ha desarrollado entorno a la sociedad de capital como alternativa para la formalización de la inversión privada. Encontramos, por ello, dos alternativas jurídicas para canalizar la inversión privada: el contrato de asociación en participación y la sociedad de capital.

La sociedad de capital trata el negocio constitutivo de una sociedad mercantil, regulado en la legislación societaria. Para nuestros fines, primero nos referiremos brevemente a la doctrina que explica la definición, origen, naturaleza jurídica y clasificación de las sociedades mercantiles, y luego nos ocuparemos de los siguientes tópicos: el principio de responsabilidad limitada y la reserva de identidad del inversionista privado.

### ***Definición***

Sin duda, la reflexión sobre la definición de la persona jurídica, es necesaria para establecer su naturaleza jurídica, se necesita explicar la teoría de la ficción que fundamenta la formula normativa que regula a la persona jurídica. Teoría que contribuye a satisfacer las exigencias de la evolución económica, estableciendo claros objetivos de las personas jurídicas y las sociedades mercantiles.

Gracias a la fórmula normativa se consigue regular a las “personas jurídicas”, y a las “sociedades mercantiles”, en el derecho común <sup>7</sup>, y en la legislación societaria <sup>8</sup>; respectivamente. Así, el Código Civil regula a las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro que son las siguientes: asociación, fundación, comité, comunidades campesinas y nativas. Por su parte, la legislación societaria regula a las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro, llamadas sociedades mercantiles que son: sociedad anónima, sociedad colectiva, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad en comandita por acciones, sociedad en comandita simple, sociedad civil ordinaria, sociedad civil de responsabilidad limitada.

Así se logra identificar instituciones de igual naturaleza jurídica. Pero, además, bien definidas, mediante ciertas características se modela un concepto propio de cada una de ellas. De hecho, estamos ante el género y la especie: la “persona jurídica” es el género, mientras las “sociedades mercantiles” devienen en la especie.

Una tarea compleja fue desarrollar la teoría de la ficción para demostrar que fue la disciplina fundamental para explicar la existencia del ente ideal. La teoría de la ficción fue desarrollada para explicar la naturaleza de la persona jurídica. Se parte del concepto que sólo las personas físicas son seres humanos. No obstante, la ley considera que algo distinto sea considerado igual: para atribuir derechos y deberes.

Un punto sustancial como explica Puig, fue la primera denominación dada a la persona jurídica, precisamente la de persona ficticia. Por otra parte, esta idea de ficción no es una reliquia histórica, sino que está continuamente presente en la problemática actual, que no pocas veces se ve en el trance de prescindir de la forma de persona jurídica y por ello negar la independencia de la misma frente a las personas

---

7 Código Civil Peruano, 1984, artículos 80, 99, 111, 134)

8 Ley General de Sociedades, 1997, artículos 50, 265, 278, 283, 295

físicas que la integran, cuando el mantenimiento de esta personalidad ficticia podría suponer un perjuicio para terceros que se estima injustificado. (1979, tomo I, p. 641)

Consideramos que la persona jurídica es una copia de la persona física, en el ámbito jurídico. Inclusive, para referirnos a ella, utilizamos el término: “persona”. Pero, además, concluir que son iguales, es difícil, porque son de naturaleza diferente. La diferencia consiste en que la persona física tiene existencia real, mientras que la persona jurídica no la tiene se trata de una ficción.

Para nuestros fines, primero nos referiremos brevemente a la pregunta, ¿Qué es una ficción? Pérez de Ayala, explica que la ficción es un precepto legal que atribuye efectos jurídicos a ciertos supuestos de hecho, ignorando su naturaleza real. La ficción no falsea ni oculta la verdad real, pero crea una verdad jurídica distinta de la realidad. (Pérez de Ayala, 1970, p. 15)

Por su parte, como bien sostiene Halperín, las ficciones legales no existen. El derecho constitucional regula la libertad de asociación para ejercer libremente actividades económicas con fines útiles, constituye una realidad jurídica, esto es, no es una ficción de la ley, tiene atributos propios, como nombre, domicilio, capacidad, no tiene una realidad física, tampoco pugna con una ciencia de valores. Se trata de una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. (1978, T. I. p. 272)

Como bien se sostiene, la definición sobre la naturaleza de la persona jurídica, en definitiva, no es unánime, en tanto y en cuanto la doctrina atribuye significados diferentes. Siguiendo esta línea de reflexión, señalamos que la norma del artículo 78 del Código Civil se fundamenta en la teoría de la ficción para regular a la persona jurídica.

## **Origen**

La “persona jurídica” tiene su origen en el derecho romano. Los romanistas tomaron su terminología del lenguaje popular, uno de cuyos términos fue la palabra *persona*, que, en sentido etimológico, se refería al ser humano. Posteriormente, Sinibaldo dei Fieschi (1243), quien fue instituido Papa con el nombre de Inocencio IV, logró en el Concilio de Lyon (1245) que se reconocieran dos clases de personas: el hombre con alma y cuerpo, y las personas morales, llamadas *personas fictas*. También fue el autor de la teoría de la ficción, desarrollada para explicar el concepto de la persona jurídica. Los antecedentes con los que contaba Sinibaldo dei Fieschi para elaborar la teoría de la ficción fueron escasos, el aporte del derecho romano fue limitado y la doctrina francesa no logró distinguir entre el ser humano y la existencia del ente ideal.

Como bien decía Francisco Galgano, atribuir el beneficio de la responsabilidad limitada al concepto de la persona jurídica fue el gran invento de la época capitalista, debido a que el comerciante estaba expuesto inevitablemente a la responsabilidad ilimitada. La figura de la persona jurídica con responsabilidad limitada permitió la actividad comercial sin tener otro riesgo que la pérdida del capital aportado, denominada *società mercatoru*). (2003, p. 7)

Los nuevos conceptos, dieron origen a la “persona jurídica”, y el “principio de responsabilidad limitada”, cuyos caracteres perduran hasta la actualidad para desarrollar actividades económicas, por ejemplo, la producción de bienes, o la extracción de minerales, o la prestación de servicios, también la comercialización de bienes, siempre que la actividad sea lícita, es decir permitida por la ley, con la finalidad de obtener ganancias.

En la misma línea de pensamiento, Ripert sostiene que la “sociedad de capital” ha adquirido una marcada preponderancia frente a las otras formas societarias,

es una realidad mundial. Esta aplastante superioridad de la persona jurídica con responsabilidad limitada es el rasgo característico del mundo moderno. Es mediante esta institución jurídica que quedo asegurado el régimen capitalista. (Ripert, 1954, p. 212)

Conforme explica Fernández, en la doctrina francesa e italiana, predominó la expresión *persona moral*, y el derogado Código Civil italiano de 1865 la designó como *cuero moral*. Sucesivamente, siguiendo las enseñanzas de Savigny, el Código Civil alemán de 1900 utilizó el término *persona jurídica*, el cual se ha generalizado en los Códigos Civiles contemporáneos. (1996, p. 326)

### ***Naturaleza Jurídica***

Sin duda, compartimos esta amplia definición de la persona jurídica, elaborada por la doctrina, y podemos decir que la delicada reflexión sobre la naturaleza de la persona jurídica, establece sus diferencias con el contrato de asociación en participación, conforme sostiene la jurisprudencia de los Registros Públicos<sup>9</sup>.

Según sostiene la opinión mayoritaria en la doctrina: En el derecho, persona no es solamente el ser humano, también el ente ideal denominado persona jurídica, y a la que se considera una realidad en el mundo jurídico, según la teoría de la ficción.

Como bien dice Fernández Sessarego, se entiende por persona jurídica la organización de personas que persigue fines valiosos y constituye un centro unitario de imputación de derechos y obligaciones, con autonomía en relación con las personas naturales que la integran, aún si son ellas quienes celebran los actos jurídicos que normativamente le son atribuidos a la persona jurídica por el ordenamiento legal. (1996, p. 187)

Por su parte Vidal también sostiene que la persona jurídica sería la aspiración de varias personas naturales de ligarse a intereses comunes y alcanzar finalidades que

---

<sup>9</sup> Resolución N° 057-2000-ORLC, 2000

pueden trascender a su propia existencia; ha conducido, vía abstracción y síntesis, la pluralidad de personas a ser considerada una unidad. (1999, p. 109)

Estando a lo dicho, nadie discute la definición de la persona jurídica, conforme se regula en el derecho común<sup>10</sup>. En efecto, el fundamento de la norma del artículo 78 del Código Civil es la teoría de la ficción, y sin duda, la ley declara que tiene existencia ideal y autonomía patrimonial. Pero, además, el inicio de ella se realiza en el acto de su constitución, y termina cuando se declara su extinción. La constitución y la extinción son actos jurídicos que deben ser inscritos en el Registro Público, conforme a las normas del derecho común, y la legislación societaria <sup>11</sup>.

### ***Clasificación***

El sistema legal incorpora la teoría del *numerus clausus* para regular a las “personas jurídicas” con notable precisión y sigue un patrón de diseño bien definido. Gracias a ella se combina: “personas jurídicas sin fines de lucro”, y “personas jurídicas con fines de lucro”, reguladas en el derecho común <sup>12</sup>, y en la legislación societaria <sup>13</sup>, respectivamente.

Se logra identificar a las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro las siguientes: asociación, fundación, comité, comunidad campesina y comunidad nativa reguladas expresamente en el derecho común. Pero, además, se regula a las personas jurídicas con fines de lucro, llamadas sociedades mercantiles, las siguientes: sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones, sociedad en comandita simple, sociedad colectiva, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad civil ordinaria, y la sociedad civil de responsabilidad limitada, reguladas expresamente en la legislación societaria.

---

10 Código Civil Peruano, 1984, artículo 78

11 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 6

12 Código Civil Peruano, 1984, artículos 80, 99, 111, 134

13 Ley General de Sociedades, 1997, artículos 50, 265, 278, 283, 295

## ***Características***

En efecto, la legislación societaria regula los requisitos de la constitución de la sociedad de capital, entre ellos, principalmente, se requiere la publicidad registral mediante el registro de la empresa en los Registros Públicos. La legislación societaria quiere que cualquiera que tiene interés puede conocer fácilmente los datos relativos a la empresa. Para lograr tal objetivo, funciona un sistema de publicidad registral, mediante el registro de la empresa en los Registros Públicos. Los elementos que deben inscribirse son los siguientes: nombre, objeto, domicilio, aporte, nombramiento de los representantes legales, y los socios que celebran el pacto social.

El patrón de diseño bien definido de las sociedades mercantiles se convierte en una disciplina clave, principalmente se requiere la inscripción en el Registro Público, conforme a la legislación societaria<sup>14</sup>. En efecto, la inscripción registral da origen a la sociedad mercantil. Por fortuna, la norma reclama los elementos que conforman su identidad en el acto de la constitución social como son: pluralidad de personas, nombre social, domicilio social, aporte social, objeto social, y los órganos sociales. Pero, además, la voluntad de los socios de constituir la sociedad, llamada por la doctrina “*affectio societatis*”. La voluntad social se configura cuando los socios suscriben el “pacto social”. También la fórmula normativa contempla para la constitución de la “sociedad mercantil” los siguientes requisitos: datos de identificación de los socios, número de acciones en que se divide el capital social, valor nominal, y nombramiento de los administradores con sus respectivas facultades. Así, se establece en la jurisprudencia del Poder Judicial<sup>15</sup>.

En efecto, se requiere para la constitución de la sociedad mercantil los siguientes requisitos: la pluralidad de personas, mínimo dos que pueden ser naturales o jurídicas; el nombre<sup>16</sup>; el domicilio social corresponde al lugar en que se ubique su administración o el lugar donde desarrolle su principal actividad

---

14 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 6

15 Casación N° 2373-1999-Lima, 2001

16 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 9

económica. El lugar elegido determina la jurisdicción del Registro Público donde debe ser inscrita la sociedad. El aporte comprende bienes, derechos o servicios. Pero, además, la “sociedad de capital” no admite servicios como aporte social.

Como ya se tiene dicho, con los requisitos legales se elabora el estatuto social que comprende la voluntad de los accionistas que determinan el funcionamiento de la sociedad y que deben sujetarse a los límites que prevé la legislación societaria, junto con el pacto social se elabora la minuta que dará lugar a la correspondiente escritura pública de constitución social. Debemos de considerar que varios aspectos que no aparecen en el estatuto social igualmente se regulan supletoriamente por la legislación societaria. Finalmente, el estatuto puede contemplar otros pactos o acuerdos de los accionistas, siempre que no contravengan el ordenamiento jurídico.

La “sociedad de capital” contempla tres órganos sociales: la “junta general”, “directorio”, y “gerencia”. La “junta general” es el órgano encargado de establecer las bases más sólidas para el desarrollo de la actividad económica. Uno de los puntos más sensibles de la ley tiene que ver con los “acuerdos sociales”, son aprobados por mayoría. Pero, además, el “estatuto social” puede establecer que los “acuerdos sociales” sean aprobados por mayoría superior, conforme sostiene la jurisprudencia de los Registros Públicos<sup>17</sup>.

El “directorio” como órgano colegiado, actúa de manera unitaria. La elección de los directores es a cargo de la “junta general”. El “número de directores” no puede ser menor de tres. El cargo se ejerce de manera personal, ya que la calidad de director recae exclusivamente en personas naturales. Están impedidos de ejercer el cargo de director las personas que tengan conflicto de intereses con la sociedad. El plazo de duración del directorio es de uno a tres años. Los “acuerdos del directorio” constan en el “libro de actas del directorio”, y deben indicar: el lugar, fecha, hora, nombre del director concurrente, contenido de los asuntos tratados, número de votos emitidos, y las observaciones formuladas. El “acta”

---

<sup>17</sup> Resolución N° 421-96-ORLC/TR, 1996

será firmado dentro de los diez días siguientes a la celebración de la reunión, y en el caso que se formulen observaciones deberán comunicarse dentro de los veinte días siguientes. El “derecho de información”: de la “actividad económica”, “situación legal”, y “estados financieros”, es la obligación a cargo de la gerencia que informa al directorio. A su vez, el directorio tiene a su cargo informar a los socios y terceros. Los directores asumen responsabilidad “personal”, “ilimitada”, y “solidaria” cuando existe dolo, abuso de facultades, negligencia grave, o acuerdos contrarios a la ley. Pero, además, asumen responsabilidad penal.

La “gerencia” es un órgano ejecutivo encargado de realizar la gestión social. El nombramiento de uno o más gerentes recae en el “directorio”, salvo que el “estatuto social” reserve esta facultad a la “junta de accionistas”. Si la sociedad cuenta con varios gerentes se debe indicar a cuál de ellos corresponde la “gerencia general”. Si se nombra uno será el “gerente general”. El cargo de gerente es por plazo indeterminado, salvo que el “estatuto social” señale plazo determinado. Pero, además puede ser removido por acuerdo de la “junta de accionistas”, o por el “directorio”. La ley contempla, entre otros, los supuestos que limitan el ejercicio del cargo: “tener pleito pendiente con la sociedad”, “tener conflicto de intereses”, también “tener el nombramiento de gerente de otra sociedad cuyos intereses son opuestos a los intereses de ella”. El nombramiento de “gerente” puede recaer en una “persona jurídica”.

La disolución y liquidación de la sociedad puede proceder, entre otras causas: por el “cumplimiento del plazo de duración de la sociedad”, por “acuerdo de la junta general”, por “realización de su objeto social”, por “paralización del ejercicio de la actividad económica”, por “pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a una cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado”, o “por cualquier otra causa establecida en el estatuto social”. Una vez disuelta la sociedad, se inicia el proceso de “disolución”, “liquidación” y “extinción”. Pero, además, el proceso puede ser convencional, concursal, o judicial. El proceso judicial culmina con la expedición

de la sentencia que será inscrita en la partida electrónica de la sociedad en el “Registro Público”, conforme a ley.

Aunque se reconoce la “disolución” de la sociedad, conservará su “personalidad jurídica”, mientras se formalice la “liquidación”, entre otros aspectos, deberá añadir a su denominación la expresión: “en liquidación”. Cesa el cargo de administrador, y se nombra liquidador. Una vez concluidas las operaciones de “liquidación”, se somete a la aprobación de la “junta de accionistas”: el “balance final”, un informe completo de los “estados financieros”, y la propuesta de distribución del remanente de “liquidación social”, para su aprobación. Se debe otorgar la escritura pública de “extinción de la sociedad” con el “balance final”, “estados financieros”, y “remanente de liquidación social”.

## **Principio de Responsabilidad Limitada**

El “principio de responsabilidad limitada” se manifiesta en la regulación de la “persona jurídica” como “sujeto de derecho”. Sin duda, la ley contempla dos aspectos jurídicos: Por un lado: La existencia del ente ideal. Por otro: el patrimonio autónomo, conforme a la norma del derecho común<sup>18</sup>. Pero, además, la legislación societaria<sup>19</sup> declara que aquellos no responden de las deudas de ella.

La legislación societaria regula la autonomía de la persona jurídica, y la responsabilidad limitada como atributos de la sociedad de capital.

En efecto, el patrimonio de los accionistas no se ve comprometido por los riesgos inherentes a los negocios de la “sociedad de capital”, no se podrá exigir a los accionistas pagar las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad económica.

La principal característica de la sociedad de capital se encuentra en la norma del artículo 51 de la legislación societaria. En primer lugar, se dispone que tiene un patrimonio propio que se encuentra dividido en partes iguales, llamadas alícuotas, representadas en acciones. De modo que las acciones constituyen títulos valores

---

18 Código Civil Peruano, 1984, artículo 78

19 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 51

nominativos que representan derechos patrimoniales y políticos que tiene cada uno de los socios, de modo que el mayor porcentaje de acciones determina el mayor porcentaje a percibir dividendos, y al ejercicio del voto mayoritario para aprobar o desaprobar acuerdos sociales respecto de los otros accionistas.

Ahora bien, estas acciones son nominativas, y se emiten a nombre del accionista. Hay que tener en cuenta que no se permite en el Perú la emisión de acciones al portador, las acciones pueden ser materializadas o desmaterializadas. Las primeras deben ser inscritas en el Libro Matrícula de Acciones conforme se regula en el artículo 91 de la legislación societaria, mientras las segundas, deben ser inscrita en el Registro Contable por Anotación en Cuenta a cargo de Cavali S.A. que opera conjuntamente con la Bolsa de Valores de Lima. Este régimen legal confirma el carácter de anonimato del inversionista en la sociedad de capital, ya que su identidad no se inscribe en los Registros Públicos. La reflexión sobre esta norma comprende el régimen de la responsabilidad limitada de los accionistas que no responden con su patrimonio personal por las obligaciones de la sociedad de capital, conforme lo establece la jurisprudencia de los Registros Públicos <sup>20</sup>. Como afirma Llambías, el ente ideal es titular de derechos y obligaciones por sí mismo, con absoluta independencia de los derechos y obligaciones de los socios. (Llambías, 1991, p. 27)

Pero, además, se deja claro que la “autonomía” y la “responsabilidad limitada” se realizan en el momento que se inscribe la sociedad en el Registro Público, conforme dispone la legislación societaria <sup>21</sup>, a partir de ese momento se origina la personalidad jurídica.

Aunque se reconoce la “responsabilidad limitada”, la fórmula normativa contempla el supuesto del acto “*ultra vires*”. La legislación societaria declara que los actos “*ultra vires*”, son los actos jurídicos o contratos celebrados por la sociedad que no forman parte de su actividad económica <sup>22</sup>. En efecto, los actos

20 Resolución N° 122-2013-SUNARP-TR-L, 2013

21 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 6

22 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 12

“ultra vires” son los contratos que no forman parte del desarrollo del objeto social. “La teoría considera actos ultra vires a todos aquellos actos que exceden el objeto social” (Elías, 1998, p. 44).

Con el objeto de ilustrar los actos “ultra vires”, analizaremos el caso llamado por la jurisprudencia nacional “Romero–Raffo”. En 1970, se produce la alianza entre: el “grupo Romero” y el “grupo Raffo”, con el propósito de realizar negocios en común. Esta alianza consiguió una expansión empresarial en el Perú, poco común, sobre la base de una dirección unificada, bajo el principio del interés económico del grupo. También otorgarse recíprocamente prestaciones económicas, los directores de los dos grupos, tenían facultades expresas para otorgar garantías: hipotecas, fianzas, y avales, a favor de las empresas que formaban el grupo empresarial. (Echaíz, 200, p. 48)

Entre otros aspectos, la jurisprudencia permite considerar: la “sociedad de capital” puede realizar cualquier negocio lícito, aún si el mismo no esta comprendido dentro de su objeto social, y sin duda, no es un acto “ultra vires”. El objeto social es el elemento esencial de la “sociedad de capital”, constituye la razón o motivo suficiente que se tuvo en cuenta para su constitución social, también para identificar a la sociedad en el mercado, y conocer a que se dedica. Sin duda, determina objetivamente el ámbito de su actividad económica dentro de la cual deben actuar sus órganos sociales.

Sin duda, precisar su objeto social, permite que los actos de la administración puedan encontrarse dentro de su estatuto social, también para delimitar aquellos actos que se encuentren fuera. En efecto, el objeto social determina el ámbito de su actividad económica. Pero, además, existe vínculo entre el objeto social y el consentimiento de los socios al momento de aprobar un determinado negocio. En efecto, el objeto social impide que los negocios de la sociedad se orienten a otras actividades económicas que no forman parte de ella.

El tema de fondo es precisar los actos, contratos y negocios comprendidos dentro del objeto social, hacia los cuales la sociedad, principalmente la

administración enfocará su esfuerzo, y evitar los actos “ultra vires”. En efecto, el objeto social es el motivo que persigue la “sociedad de capital”, totalmente ajeno a los intereses individuales, limita la competencia de los órganos sociales, también las facultades de los representantes legales, evita los excesos en el ejercicio de sus atribuciones, y garantiza al inversionista privado que el patrimonio social no será utilizado para otros fines ajenos al objeto social.

En el caso de la “sociedad de capital” responde frente a los terceros de buena fe con quienes ha contratado. No obstante, los accionistas mantienen el beneficio de “responsabilidad limitada”.

En el otro, el “contrato de asociación en participación”, en principio, el contratante, es el propietario de la actividad económica y responde de las deudas, su patrimonio constituye la garantía a los acreedores, llamado por la doctrina “conditio creditorum”. Como explica Montoya, el asociante que contrata con los terceros lo hace siempre en su propio nombre, en forma personal. (Montoya, 2004, p. 436)

Pero, además, entre otros elementos, la ley contempla que el inversionista no establece vínculo jurídico con terceros, y en caso de pérdidas su responsabilidad alcanza hasta el monto de su contribución económica. En efecto, el “principio de responsabilidad limitada”, es una norma de “orden público” que no admite pacto en contrario, ni renuncia expresa.

## **Reserva de Identidad**

La “reserva de identidad” adquiere particular importancia como un derecho personal del inversionista.

En efecto, este derecho implica garantizar la confidencialidad de identidad del inversionista privado. Pero, además, un aspecto importante es que el “ordenamiento jurídico” no lo prohíbe. Desde esta perspectiva, resulta fundamental analizar la viabilidad de la “reserva de identidad” dentro del contexto contractual y régimen

societario. Conforme señala la jurisprudencia de los Registros Públicos<sup>23</sup> y del Poder Judicial<sup>24</sup>, es posible pactar la reserva de identidad en el contrato y en la sociedad de capital.

Uno de los primeros cuestionamientos que surgen es el relativo a su constitución en el contrato. El derecho común <sup>25</sup>, permite incorporar este beneficio en el contrato. Nos queda claro que los acuerdos contractuales han sido concebidos como mecanismos para definir el contenido del contrato, siempre que no contravenga normas imperativas. En este sentido, el “derecho de reserva de identidad” representa un beneficio estratégico del inversionista privado. Existe, en efecto, un interés privado fundamental para el inversionista, su cumplimiento confiere seguridad, para ello basta que el acuerdo conste por escrito para que tenga fuerza vinculatoria, contrario sensu su incumplimiento daría lugar a graves problemas legales<sup>26</sup>.

En efecto la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, señala que la afirmación de que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y este concepto se resume en la célebre frase de que son: ley entre las partes. (Exposición de Motivos, 1984, T. VI, p. 24)

De ello se desprende que la incorporación del derecho dependerá del acuerdo que figure en el “contrato de asociación en participación”.

La intención del legislador al regular el contrato fue reforzar el ánimo de cooperación entre las partes. A pesar de que ambos contratantes realizan aportes, el negocio pertenece únicamente al asociante. No obstante, la ley no impide que las partes acuerden la “reserva de identidad del asociado”, siempre que se estipule en el contrato.

---

23 Resolución N° 120-2000-ORLC/TR, 2000

24 Casación N° 1475- 2000-UCAYALI, 2000

25 Código Civil Peruano, 1984, artículo 1354

26 Exposición de Motivos del Código Civil de 1984

En el caso de la “sociedad de capital”, donde el “principio de responsabilidad limitada” de los accionistas es su elemento distintivo, cabe preguntarse si es posible pactar el derecho personal a la confidencialidad de la identidad a favor de uno o todos los accionistas. Se permite incluir en la escritura pública de constitución social los acuerdos de los socios, conforme a ley <sup>27</sup>, lo que abre la posibilidad de incluir, también este derecho.

La evolución de la “sociedad de capital” ha llevado a que los socios busquen cada vez más derechos especiales que les brinden seguridad y beneficios adicionales. Por lo tanto, podemos afirmar que la consolidación del derecho personal a favor del socio o de todos los socios refleja la verdadera esencia del “animus societatis”.

El análisis se ve respaldado de la jurisprudencia nacional, emitida de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos<sup>28</sup>, también de la casación de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú<sup>29</sup>. Los Órganos de Gobierno: admiten la posibilidad de incluir en el estatuto de la “sociedad de capital” pactos en beneficio de un socio o de todos los socios. Sin embargo, más allá del análisis de la jurisprudencia, lo fundamental es determinar que el “derecho de reserva de identidad” nace exclusivamente del pacto expreso en el estatuto social.

## **Inversión Privada en el Perú**

La economía peruana ha experimentado un crecimiento significativo en la inversión privada (IP) en las últimas décadas. La inversión es considerada un motor clave para el desarrollo del país, ya que facilita la transferencia de conocimiento y *know-how* entre empresas nacionales y extranjeras, fomenta la movilidad de personal y promueve la adopción de nuevas prácticas tecnológicas. Además, la (IP) contribuye a la generación de empleo y a la diversificación de las exportaciones, lo que impacta positivamente en la evolución económica.

---

27 Ley General de Sociedades, 1997, artículo 55

28 Resolución N° 120-2000-ORLC/TR, 2000

29 Casación N° 1475-2000-UCAYALI, 2000

En este contexto, la diversidad de mecanismos para atraer inversión privada, ofreciendo incentivos. Un aspecto fundamental en el diseño de estas políticas es “identificar los factores que determinan la decisión de una empresa de expandir su estructura productiva a otro país”. También se advierte que un elemento importante en este proceso es el marco legal aplicable a la inversión privada, el cual debe garantizar derechos básicos a los inversionistas. El Gobierno Peruano, ratificó el Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantías a las Inversiones (MIGA), para garantizar el tratamiento favorable de la inversión privada desde 1991 <sup>30</sup>

El convenio reconoce la importancia de la inversión privada y la transferencia de tecnología para la evolución económica del Perú. Asimismo, busca garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas nacionales y extranjeros, estableciendo un régimen de estabilidad jurídica que brinde garantías para la continuidad de las reglas aplicables a la inversión privada.

Las principales normas del tratamiento de la inversión privada, tenemos las siguientes:

Constitución Política del Perú, 1993, consagra el principio de igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros

Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Extranjera, 1991, establece disposiciones sobre estabilidad jurídica en materia de inversión extranjera y señala expresamente que la inversión puede realizarse mediante contratos asociativos, conforme al artículo 19

Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, 1991, la norma permite el acceso de la inversión privada mediante contratos asociativos, artículo 38

Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, 1992, Decreto Supremo N° 162-92-EF

---

30 Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantías a las Inversiones Extranjeras, 1991, Resolución Legislativa. N° 25312, artículo 29.

Ley General de Minería, 1992, regula el acceso de la inversión privada en la actividad pesquera mediante los contratos asociativos, artículo 204

Ley General de Pesca, 1992, establece el acceso de la inversión privada en la actividad pesquera mediante contratos asociativos, artículo 49

Los principales derechos del inversionista privado, tenemos los siguientes:

Derecho a recibir un trato no discriminatorio

Libertad de comercio e industria, así como de exportación e importación

Libertad de remisión de fondos previo pago de los impuestos

Libertad de tenencia y disposición de valuta

Derecho a utilizar la valuta más favorable del mercado

Acceso al crédito nacional

Libertad para contratar tecnología y remitir regalías

Derecho a adquirir acciones de propiedad de nacionales

Libertad para celebrar contratos en el exterior

Posibilidad de suscribir convenios de estabilidad jurídica con el Estado

## **Conclusiones**

Es fundamental analizar el “contrato de asociación en participación” y la “sociedad de capital” desde su origen hasta su evolución normativa. Estas estructuras son particularmente relevantes ya que sirven como mecanismos para canalizar la inversión privada, permitiendo el ejercicio del derecho especial a la “reserva de identidad”, ya sea mediante convenio o pacto expreso, según corresponda al contrato o la sociedad. En cuanto a la “responsabilidad limitada”, esta funciona de pleno derecho en beneficio del inversionista.

El carácter social propio del “contrato de asociación en participación”, que también se presenta de manera análoga en la “sociedad de capital”, se refiere al carácter teleológico institucional, es decir, a la finalidad social que cumple tanto el contrato como la sociedad. Este carácter no se superpone ni contradice

la importancia del interés individual. En este contexto, el “derecho a la reserva de identidad” puede ser pactado tanto en el contrato como en la sociedad.

En el “contrato de asociación en participación”, el asociante tiene a su cargo el desarrollo del negocio, asume la gestión y actúa en nombre propio. El otro contratante, denominado asociado, es el socio económico interesado en invertir con el fin de generar utilidades.

La inversión privada juega un rol clave en la economía, especialmente reforzada en las últimas décadas en el Perú. Históricamente, el peso de la inversión privada, medido contra el PBI, sigue siendo alto. Si bien existen argumentos teóricos que sugieren que la inversión privada puede tener un impacto positivo en la evolución económica del país, la concreción de este potencial no es automática. Depende de diversas motivaciones, especialmente de las características del sistema legal.

## **Bibliografía**

- Arias Schreiber, M. (1994). *Los contratos modernos* (T. I). W.G. Editor.
- Aza, R. (2003). *Tratado de derecho mercantil. Derecho societario* (T. I). Gaceta Jurídica.
- Benites, C. (2003). *Tratado de derecho mercantil. Derecho societario* (T. I). Gaceta Jurídica.
- Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. Diario Oficial *El Peruano*. Publicado el 25 de julio de 1984. <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guías/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantías a las Inversiones Extranjeras. Resolución Legislativa N° 25312. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 2 de abril de 1991. <https://www2.congreso.gob.pe>
- De La Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general* (T. I). Palestra Editores.
- Echaiz, D. (2001). *Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Elías La Rosa, E. (1999). *Derecho societario*. Editora Normas Legales.
- Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos* (T. I). Astrea.
- Fernández Sessarego, C. (1996). *Derecho de las personas* (6.ª ed.). Grijley.
- Galgano, F. (2003). *Trattato di diritto commerciale* (V. 29). Cedam.
- Halperin, I. (1978). *Curso de derecho comercial* (3.ª ed.). Depalma Editores.

- Ley General de Minería. Decreto Supremo N° 014-92-EM. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 3 de junio de 1992. <https://www.congreso.gob.pe/minem/741037-014-92-em>
- Ley General de Pesca. Decreto Ley N° 25977. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 7 de diciembre de 1992. <https://www.senace.gob.pe>
- Ley General de Sociedades. Ley N° 26887. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 9 de diciembre de 1997. <https://docs.peru.justia.com/26887>
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Extranjera. Decreto Legislativo N° 662. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 2 de septiembre de 1991. <https://www.gob.pe/normas-legales/1441654-662>
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Decreto Legislativo N° 757. *Diario Oficial El Peruano*. Publicado el 13 de noviembre de 1991. <https://www.gob.pe/normas-legales/1441654-757>
- Llambías, J. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte general. Personas jurídicas* (T. II, 14.<sup>a</sup> ed.). Abeledo Perrot.
- Montoya, U. (2004). *Derecho comercial* (T. I y II, 11.<sup>a</sup> ed.). Editora Jurídica Grijley.
- Pérez de Ayala, J. (1970). *Las ficciones en derecho tributario*. Editorial de Derecho Financiero.
- Puig, L. (1979). *Fundamentos del derecho civil* (T. I). Editorial Bosch.
- Revoredo, D. (Comp.). (1984). *Exposición de motivos del Código Civil de 1984*.
- Ripert, G. (1954). *Tratado elemental de derecho comercial* (F. de Solá Cañizares, Trad.). Tipografía Editora Argentina.
- Rodrigo, U. (1999). *Curso de derecho mercantil* (T. I, V. II). Civitas Ediciones.
- Spota, A. (1984). *Instituciones de derecho civil – Contratos* (V. I–II). Depalma.
- Tambini, M. (2023). *Manual práctico de la Ley General de Sociedades*. Instituto Pacífico.
- Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico* (4.<sup>a</sup> ed.). Gaceta Jurídica.



## **Re significación de las experiencias traumáticas conforme a los parámetros de derechos humanos**

### ***Re-signifying traumatic experiences according to human rights parameters***

Ubaldo Márquez Roa<sup>1</sup>

#### **Resumen**

Este trabajo examina el impacto del victimismo en el sistema de justicia mexicano desde un enfoque multidisciplinario que integra neurociencia, derechos humanos y justicia transicional. A través de una metodología cualitativa, se concluye que el enfoque emocional del victimismo refuerza dinámicas de exclusión y obstaculiza la memoria histórica y la reparación del daño. Se plantea que resignificar el trauma y superar la mentalidad victimista son pasos esenciales para una justicia restaurativa y equitativa en México.

**Palabras clave:** resignificación del trauma, victimismo, derechos humanos.

#### **Abstract**

This paper examines the impact of victimhood on the Mexican justice system from a multidisciplinary perspective that integrates neuroscience, human rights, and

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Humanidades Ciencia y Tecnología. Investigador adscrito a El Colegio de Veracruz. Catedrático de El Colegio de Veracruz, la Universidad de Xalapa y el Instituto Nacional de Administración Pública. ORCID: 0000-0002-6090-2140

transitional justice. Using a qualitative methodology, it concludes that victimhood's emotional focus reinforces dynamics of exclusion and hinders historical memory and reparation. It argues that redefining trauma and overcoming the victim mentality are essential steps toward restorative and equitable justice in Mexico.

**Keywords:** Resignification of trauma, victimhood, human rights.

## **Introducción**

La consigna “Con la victima todo y sin la victima nada” ilustra cómo el victimismo se ha convertido en una doctrina dentro del discurso de los derechos humanos, promoviendo una visión que perpetúa la dependencia y la incapacidad de resignificar el trauma. Esta postura no solo impide la superación personal, también obstaculiza la justicia y contribuye al malestar social y al aumento de la violencia.

La investigación, estructurada en tres apartados, analiza cómo el victimismo ha distorsionado la protección de los derechos humanos en los sistemas jurídicos. Sostiene que una justicia integral requiere memoria histórica, justicia restaurativa y la resignificación del trauma, elemento clave para transformar el sistema de justicia en México.

El segundo apartado explora la construcción de la memoria histórica como parte de la justicia transicional y la cultura de paz. Desde una perspectiva neurocientífica y jurídica, se advierte que la falta de información precisa dificulta estos procesos. Además, se señala que el victimismo ha deteriorado el sistema jurídico mexicano al fomentar la dependencia y obstaculizar la resignificación de los traumas y las violaciones de derechos.

El tercer apartado analiza el victimismo y su consolidación como una filosofía social en México, afectando negativamente los discursos jurídicos sobre derechos humanos y contribuye al aumento de la violencia. Desde una perspectiva neurocientífica y en sintonía con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, se

propone estrategias para reemplazar esta mentalidad por un enfoque humanista de regulación emocional colectiva.

La validez y confiabilidad de los hallazgos de la presente investigación combina el análisis teórico, contextualizaciones jurídicas y propuestas sociales, a través del análisis de distintas fuentes de información, la esquematización de algunos elementos esenciales para la investigación, la fundamentación con base en distintas teorías de las áreas del conocimiento y señalando propuesta que ayudan a señalar la precisión de la investigación, asegurar las conclusiones y el análisis confiable y válido.

## **Metodología**

Este artículo adopta un enfoque interdisciplinario que vincula el sistema jurídico mexicano con la neurociencia, la psicología social, la programación neurolingüística y los derechos humanos. Para su elaboración, se analizaron un total de 53 documentos, entre los que destacan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los criterios judiciales mexicanos, los informes de las Relatorías en materia de derechos humanos de naciones unidas, informes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de Amnistía Internacional. La elección de estas fuentes, se basaron en la pertinencia, autoridad y capacidad para fortalecer el entendimiento multidisciplinario del tema central, consistente en la resignificación de las experiencias traumáticas en el contexto de los derechos humanos y la justicia transicional.

La investigación se encuentra respaldada por datos estadísticos proporcionados por organismos internacionales y organismos no gubernamentales, con el fin de examinar el impacto del victimismo y la resignificación del trauma en la esfera jurídica, así mismo, se analiza el plano discursivo creado a partir de la teoría del caso, lo cual genera una combinación de estas unidades de análisis. El estudio integra teorías neuropsicológicas y jurídicas para proponer nuevas formas de abordar la justicia y la reparación conforme a los derechos humanos.

A través del texto se busca comprender la experiencia vivida de las víctimas y la resignificación del trauma, la justicia transicional y la memoria histórica se fundamentan en entender las percepciones sentimientos y significados que las personas atribuyen a sus experiencias de violencia y victimización. Se exploran enfoques con los cuales las víctimas interpretan y construyen su realidad, se enfatiza la importancia de las vivencias subjetivas para promover procesos de sanación y transformación social. Para conseguir lo anterior se analizan las teorías de Goleman, Hauser y Schwarz en el ámbito neuro-científico y de programación neurolingüística, así como los enfoques de Osornio, Torre y Acosta para el estudio victimológico.

Obras con enfoque neurocientífico como las de Goleman, profundizan con las categorías sociales y los procesos grupales, con los cuales se aporta una base teórica para entender los fenómenos sociales como el victimismo y el resentimiento, así como la recuperación de la experiencia traumática. Situación que se refuerza con los documentos oficiales y la normativa analizada, al fortalecer la argumentación sobre estándares globales y obligaciones del Estado. De igual manera, se brindan los datos actualizados que evidencian la desigualdad, impunidad y violencia al contextualizar la problemática, desde una perspectiva práctica y propuestas de intervención se promueven estrategias relacionadas con la justicia transicional y participación de las víctimas sobre acciones concretas y fundamentadas.

Con fundamento en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, se aborda la referencia a la memoria y a las emociones en la construcción de la identidad que refuerza el carácter del estudio fenomenológico, y el análisis del lenguaje utilizado en los procedimientos judiciales, discursos políticos o la construcción de memoria colectiva, en relación a la terminología que refuerza el victimismo, y el desarrollo de la propuesta por el uso de terminología que dignifique a las personas afectadas.

Conforme al enfoque de la neuro epistemología, se exploran los conocimientos sobre el sistema nervioso configuran las capacidades epistémicas, se advierte la

necesidad de exponer los supuestos y contexto que condicionan la producción y validación del conocimiento sobre fenómenos como el trauma, considerar tanto las dimensiones biológicas como contextuales y culturales (Goni-Saez, 2016; Fuentes 2019). Por tanto, desde un enfoque transdisciplinario resulta crucial cuando se vincula las ciencias del cerebro con los derechos humanos, dado que el significado y la reparación de la experiencia traumática requieren una mirada integral.

## **Resultados de la resignificación, memoria y procesos jurídicos de simbolización**

El uso impreciso de términos como “Trauma” y “shock” en discursos jurídicos y políticos crea arquetipos de víctimas y distorsiona la crítica al Estado. Comprender su significado es clave para evaluar su verdadero impacto en las personas y el sistema jurídico.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define al trauma como:

1. Choque emocional que produce una impresión negativa y duradera en el inconsciente.
2. Impresión negativa fuerte.

A su vez el anglicismo adoptado en nuestra lengua suele ser usado con sinónimo de trauma, sin embargo, véase lo que significa shock:

1. Choque (emoción fuerte, o depresión nerviosa)

La palabra “Choque” por parte del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua refiere un doble significado siendo el segundo el más acertado para el tema que se aborda, veámoslo.

[...]

1. Emoción o impresión fuerte.
2. Medicina. Depresión nerviosa y circulatoria, sin pérdida de la conciencia, producida frecuentemente a consecuencia de una conmoción fuerte.

El “trauma” implica una experiencia negativa compleja y acumulativa, mientras que el “shock” es una emoción intensa, no siempre perjudicial, salvo que afecte la salud. La “impresión” actúa como un fenómeno subconsciente moldeado por el entorno (Hampson, 2019, p. 120), y la emoción cumple un rol adaptativo esencial en la conducta y decisiones humanas (Goleman, 2018, p.33). Por tanto, usar shock como sinónimo de trauma en discursos jurídicos o políticos resulta impreciso y debe evitarse.

En el idioma inglés, el diccionario de Cambridge define al trauma y shock de la siguiente manera:

<b>Cambridge dictionary</b>	<b>Traducción al español</b>
Shock(the emotional or physical reaction to) a sudden, unexpected, and usually unpleasant event or experience.	Shock: (La reacción emocional o física a) un evento o experiencia repentina, inesperada y generalmente desagradable.
Trauma: severe and lasting emotional shock and pain caused by an extremely upsetting experience, or a case of such shock happening.	Trauma: Reacción severa, duradera y dolorosa, causada por una experiencia o evento extremadamente perturbador(a).
Oxford learner's dictionary	Traducción al español
Shock: a strong feeling of surprise as a result of something happening, especially something unpleasant; the event that causes this feeling	Shock: un fuerte sentimiento de sorpresa como resultado de algo que sucede, el evento que causa este sentimiento se enfoca en aspectos desagradables.
Trauma: A mental condition caused by severe shock, stress or fear, especially when the harmful effects last for a long time.	Trauma: Condición mental causada por un shock severo, estrés o miedo, especialmente cuando los efectos dañinos se prolongan por mucho tiempo.

El inglés distingue con precisión entre “shock”, una emoción breve y “trauma”, una experiencia intensa y prolongada. Según el Cambridge Dictionary “trauma” proviene del griego *τραῦμα*, (herida) y alude a daños duraderos ocasionados por guerras, abusos, violencia, cambios familiares o desastres naturales, que pueden provocar enfermedades, ansiedad, miedo y poner en riesgo la vida.

La situación de peligro activa una respuesta automática en el cerebro, especialmente en la amígdala, que genera reacciones como inmovilidad o acción. En personas con traumas severos, amígdala se vuelve hiperactiva, lo que mantiene un estado de alerta constante y afecta el aprendizaje y la memoria emocional (Azcárate, 2013, p 22). En las ciencias humanas, el trauma influye en comportamientos sociales, históricos y culturales, impactando en los sistemas jurídicos. Esto obstaculiza el diseño de políticas públicas basada en derechos humanos, justicia restaurativa y distributiva. A nivel gubernamental, el trauma genera rigidez jurídica y polarización, revelando la falta de resiliencia de gobiernos de derecha e izquierda, que perpetúan enfoques jurídicos que impiden superar traumas históricos.

Desde el enfoque del materialismo emergentista, la mente es una propiedad emergente del cerebro, por tanto, fenómenos como; conciencia, pensamiento, emociones. Se estructuran y organizan con un grado de complejidad suficiente, de manera que dota de legitimidad los análisis de la vivencia traumática, al partir de una estructura neurocientífica y vincularla con los derechos humanos (Tara, 2021), al reflejar el funcionamiento cerebral humano y su vulnerabilidad ante alguna violación a su esfera jurídica que genere un trauma de tipo severo y se refleja en la química cerebral.

Tara White (2021) argumentan que disciplinas como la psicología del desarrollo y la neurociencia refuerzan la idea arraigada de que las personas prosperan cuando disfrutan de libertades fundamentales, la materialización y protección de estos derechos garantiza un empoderamiento, la autonomía

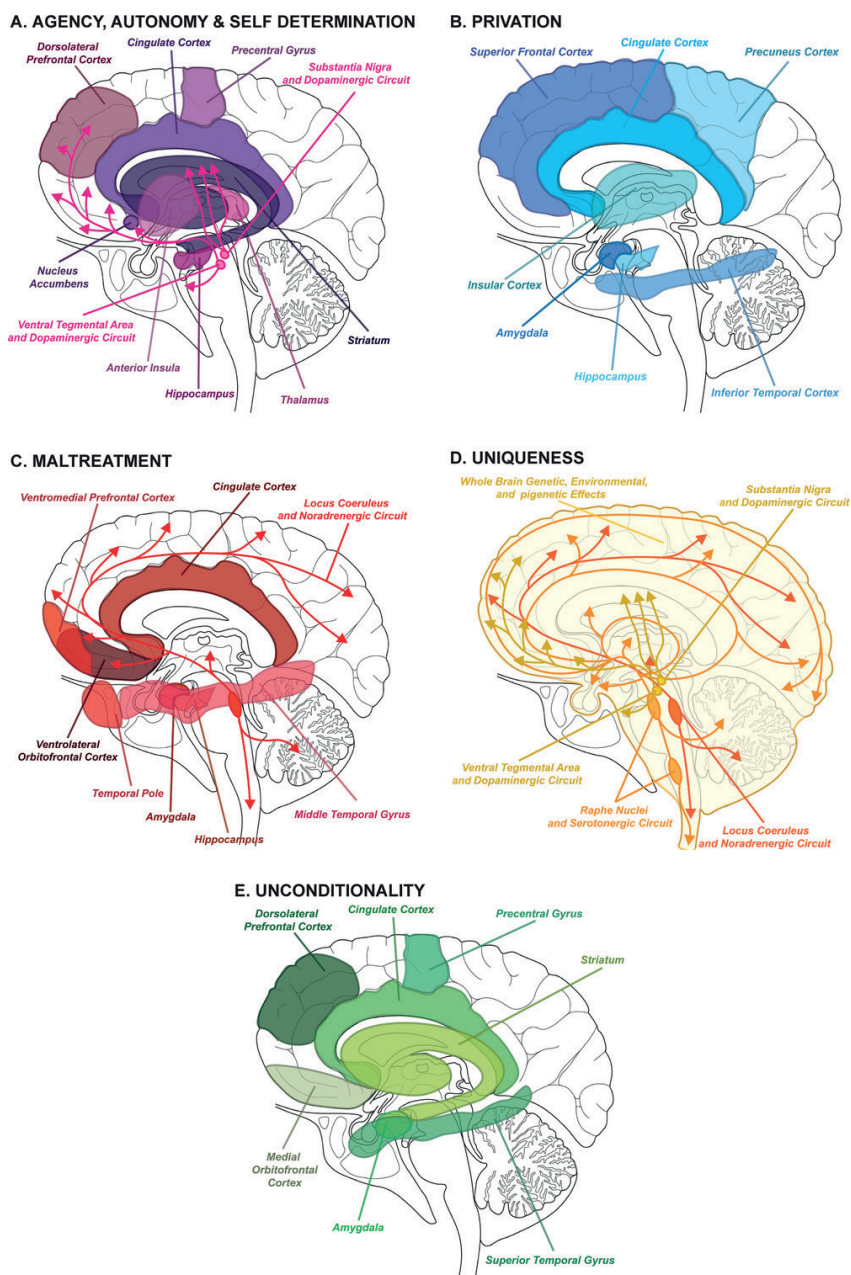
personal y el proyecto de vida. La ausencia de protección y garantía de los derechos humanos puede generar consecuencias neurológicas y psicológicas duraderas.

La corteza prefrontal, el hipocampo y la amígdala, en relación con los neurotransmisores como: acetilcolina, norepinefrina, epinefrina, dopamina, GABA, glutamato, serotonina e histamina, contribuyen de manera directa a moldear la motivación, decisión, planeación y acción de alcanzar sus objetivos personales, al evaluar riesgos y apropiarse de los recuerdos. Sin embargo, esta planeación, como puede ocurrir en horas, días, semanas o años, puede no ocurrir, pues se debe a la motivación interna. En estudios realizados por White (2021) y Sarmiento-Molina et al. (2022), se expone que las víctimas experimentan traumas cerebrales a largo plazo visibles en la química cerebral en forma de niveles elevados de estrés, emociones negativas y miedo, incluso después de que hayan pasado las amenazas de violencia, lo cual refuerza la idea de que merecen ser protegidas en todo momento.

Para aclarar de mejor manera compártase el gráfico utilizado en la investigación de White y Gonsalves, denominada *Dignity neuroscience: universal rights are rooted in human brain science*, del año 2021, la cual representa diversas reacciones químicas y funcionales del cerebro que evidencian la universalidad y alcance de los derechos humanos en relación con la dignidad humana. Lo anterior para reafirmar el sustento epistemológico y la especificidad y rigor de la presente investigación.

Aunado al gráfico presentado, en hallazgos electromagnéticos que involucran la corteza frontal, relacionados con trastorno depresivo mayor, proveniente de situaciones traumáticas, existe un deterioro en el pensamiento cognitivo, en hallazgos electroencefalográficos se demuestra una actividad frontal derecha con mayores estímulos emocionales (Freitas, 2016; Sarmiento-Monila et al, 2022). Aunado a lo anterior, el pensamiento victimista se vincula con una narrativa legal centrada exclusivamente en la fragilidad y el sufrimiento de ciertos grupos, visibilizado en violencias estructurales, el trauma crónico y la persistencia del

miedo, influye en la capacidad del individuo para tomar decisiones informadas y ejercer sus derechos, reflejado en conductas evasivas, dependencia institucional o una constante expectativa de la tutela estatal para la protección continua de sus derechos.



(Imagen recuperada del White & Gonsalves 2021)

El lenguaje jurídico puede generar una afectación al reiterar expresiones como “víctimas”, “personas incapaces de ejercer su voluntad” o “sujetos de

especial vulnerabilidad”, puede reforzar la percepción subjetiva y consolidar el pensamiento victimista dentro del diseño normativo. Esto plantea un riesgo; al dejar de ver al derecho como una herramienta de empoderamiento para convertirse en un instrumento de persuasión y perpetuación del asistencialismo. El uso continuo, del lenguaje negativo en el plano jurídico continuo y habitual, lo cual lleva a producir alteraciones sostenidas en los niveles hormonales y en la actividad de los neurotransmisores como la serotonina, dopamina, GABA entre otros, lo cual altera, lo cual deriva en trastornos emocionales y cognitivos que afecta la salud mental, se refleja en el deterioro de funciones cognitivas esenciales como la atención, memoria, lenguaje y funciones ejecutivas, que se traducen en problemas reales de concentración, memoria a corto plazo, fluidez verbal, planificación, inhibición de respuestas automáticas y toma de decisiones (Organización Mundial de la Salud, 2022).

Siendo así, el lenguaje jurídico desde su composición discursiva<sup>2</sup>, al construir un lenguaje jurídico que reconozca la reparación del daño, la memoria y resignificación traumática, permite generar una visión empedrada activa, lo cual permite a los legisladores y operadores jurídicos, reforzar el proyecto de vida de las personas afectadas.

### *Traumas colectivos y la remodelación del sistema jurídico mexicano*

En México, los traumas colectivos han moldeado un sistema jurídico con un doble estándar en derechos humanos y violencia institucionalizada como forma de control, generando desconfianza hacia jueces y autoridades (INEGI, 2024). México figura entre los países con mayor impunidad, con solo el 1% de delitos resueltos (Tello, 2022; HRW, 2021). La Suprema Corte ha respaldado prácticas violatorias, como el arraigo y la prisión preventiva, provocando condenas

---

2 Abarcar un plano estructural, procedimental, pragmático y dialógico, que se relaciona con la funcionalidad y justificación de las hipótesis normativas, que pueden apreciarse dentro de la teoría del caso, el ámbito legislativo, y de las políticas públicas, como lo destacan autores como Atienza (2020) y Alexy (2007).

internacionales (CIDH, casos Tzompaxtle y García Rodríguez vs. México). Esta crisis motivó la reforma constitucional de 2024, que establece la elección popular de jueces y magistrados para acercar la justicia a la ciudadanía (Cámara de Diputados, 2024).

La reforma constitucional al Poder Judicial Federal mexicano del año 2024, fue polémica porque desafió el control tradicional del poder constituido. Según Khun (2020) y González (2005) un paradigma es un modelo compartido por una comunidad. Estas ideas muestran que, aunque el derecho sea una ciencia y los jueces sus principales representantes, no son infalibles. Por ello, es legítimo cuestionar su filosofía y métodos para fortalecer la institución ante los cambios sociales.

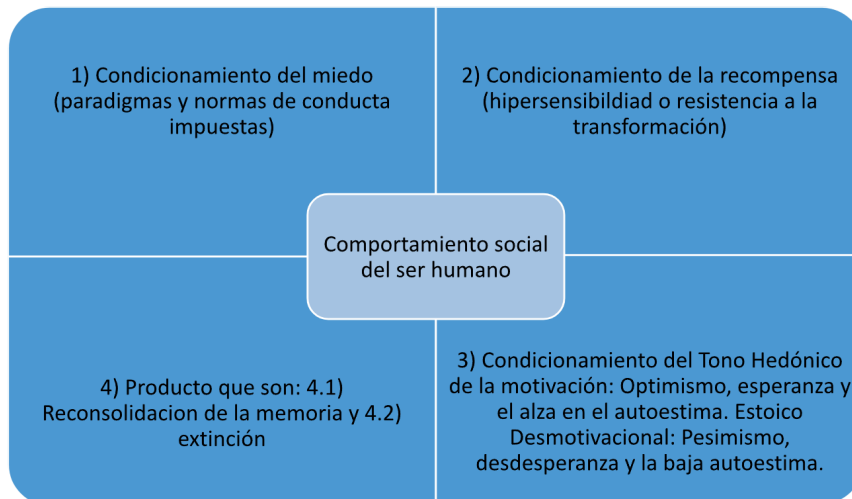
Existe una rivalidad no explícita entre el Poder Judicial Federal y los estatales, basada en la competencia más que en la cooperación. Esta tensión se agrava por la desigual salarial:

<b>Percepción mensual del Secretario del Poder Judicial Federal</b>	<b>Percepción mensual del Secretario del Poder Judicial Estatal de Aguascalientes</b>
\$72,749	\$13,227.96

(PJF, 2024; PJE, 2024).

A nivel estatal apenas hay diferencia salarial entre puestos administrativos y jurídicos, desvaloriza a quienes atienden directamente a los ciudadanos (Márquez, 2018). Esto provoca frustración, desgaste y desmotivación en un sistema judicial ya sometido a alta presión y pocas mejoras estructurales.

El cerebro regula la recompensa y la motivación a través de la resiliencia, que se apoya en la hedonía, el optimismo y el aprendizaje. Sin embargo, las normas sociales limitan estos procesos y consolidan paradigmas difíciles de superar tras un trauma. Recordar el trauma puede activar emociones intensas y modificar otras memorias, causando su reconsolidación o extinción.



(Figura elaborada por el autor)

### *Del discurso aspiracional a los procesos jurídicos de simbolización*

La frase Robert Baden-Powell “traten de dejar este mundo en mejores condiciones de cómo lo encontraron”, refleja una aspiración noble, pero puede desvirtuarse por motivaciones egoístas. El cerebro, al buscar recompensas, puede autoengañarse con justificaciones como “me lo merezco” o “puedo lograrlo”, lo que sobre estimula la amígdala. Si no se alcanza los objetivos, se genera frustración, reforzando patrones de competencia y exclusión. Esto contribuye a estados de ansiedad, enfermedades mentales y físicas, e incluso al aumento del suicidio. En México, el tas pasó de 5.3 a 6.3 por cada 100 mil habitantes entre 2017 y 2022, con 1,629 casos adicionales ligados a la depresión y la falta de apoyo (Rossi et al, 2022; INEGI, 2023)

Reformular la frase de Robert Baden-Powell como “hagamos lo posible por construir un mundo mejor de cómo lo encontramos” aporta mayor certeza, al tratarse de una posibilidad real, no solo aspiracional (Rosental & Lundin, 1946; DRAE, 2024). Esta visión promueve el redescubrimiento humano y el avance constante hacia el bien común y el interés social, conceptos jurídicamente abiertos, definidos según el contexto (SCJN, Jurisprudencia 1012556) La Corte IDH vincula esta idea el proyecto de vida y la búsqueda de la felicidad (Caso Aguinaga Ailón vs. Ecuador, 2023), aunque las desigualdades estructurales como

las brechas salariales o concentración de riqueza, limitan el desarrollo (Mares, 2024; Hernández, 2024)

La frase original de Baden-Powell delega el cambio al Estado, mientras que su adaptación impulsa una convergencia ciudadana como expresión del poder constituyente. Este enfoque evita el lenguaje negativo y violento, promueve una transformación social positiva y profunda, similar a procesos biológicos como la metamorfosis, reconfigurando la esencia humana y social desde dentro, y fortalece la autonomía frente a la dependencia institucional.

El federalismo requiere procedimientos democráticos, transparencia y lealtad institucional antes que partidaria (Kilper y Lhotta, 1996; Hamilton, Madison & Jay, 2001). En este marco, es vital reconocer que quienes laboran en el Poder Judicial son, ante todo, personas: no sólo jueces o magistrados, sino seres humanos con emociones y capacidad de aprendizaje. Esta humanización fortalece la justicia, recordando que cada experiencia puede re significarse y transformarse en crecimiento.

La reforma judicial de 2024 no permite la injerencia de partidos ni financiamiento ilegal, garantizando así la equidad (iniciativa de reforma, 2024). Su fin es reactivar la soberanía del poder constituyente, sin subordinar poderes. La elección de jueces se basará en méritos, recordando que muchos ministros progresistas no surgieron de la carrera judicial. Inspirado en el pensamiento de Baden-Powell, al superar el aspiracionismo y avanzar hacia una justicia transicional y federalista.

## **Discusión sobre memoria, justicia transicional y victimismo**

El cerebro procesa emociones en la amígdala y almacena recuerdos en el hipocampo y la corteza temporal, construyendo identidad y comunicación. Estas experiencias pueden compartirse colectivamente, y la percepción subjetiva puede distorsionar la realidad, generando emociones que influyen en la conducta. Puede

derivar en violencia, en la adopción de los roles de víctima o victimario, y a la normalización del conflicto.

Reconstruir la memoria histórica de un grupo es un proceso complejo, basado en información incompleta, percepciones e indicios. Su valor está en conectar pasado, presente y futuro (Uzer & Brown, 2017). Estos ejercicios permiten resignificar experiencias traumáticas, conocer la verdad material y avanzar hacia una cultura de la paz.

La memoria es una actividad intelectual y comunicativa que implica recordar u olvidar hechos, personas o experiencias. En este marco, el derecho a la memoria es un derecho complejo, con al menos tres dimensiones y significados jurídicos posibles.

1. La libertad individual interior de recordar u olvidar libremente cualquier cosa o situación. (Castillo 2011)
2. Esta libertad individual puede ejercerse también colectivamente, al recordar a otros mediante informaciones. (Castillo 2011)
3. El derecho individual o colectivo de recordar u olvidar por alguien. (Castillo 2011)

La Corte Interamericana reconoce los ejercicios de memoria como clave para prevenir nuevas violaciones y sensibilizar a la sociedad (Caso Sales Pimienta vs. Brasil, 2022, párr. 161). Al estar ligados al derecho a la verdad tanto en el ámbito judicial, en el enfoque individual al dar voz a las víctimas, y colectivo, al reconstruir la historia. Sin embargo, los Estados suelen priorizar reparaciones económicas sobre resignificar traumas, perpetúa el resentimiento y el victimismo, alimentando la tendencia a culpar y delegar responsabilidades con frases tales como “es que si hubiera sucedido” o “todo es culpa de...”

El cerebro reconstruye la historia personal y colectiva mediante arquetipos de víctimas, héroes o villanos. La memoria colectiva de la población refleja

percepciones diversas según el contexto. Aunque una visión holística aporta comprensión, también puede generar traumas al evidenciar y normalizar la violencia social repetida.

Las personas con mentalidad victimista perciben el mundo como injusto y adoptan un locus de control externo, lo que limita su responsabilidad y acción proactiva (Gabay & Hameri, 2020). Esto dificulta la reconstrucción de la verdad y resta efectividad a las reparaciones si no se resignifica el daño. El victimismo suele acompañarse de poca empatía y justificación del egoísmo, generando relaciones tóxicas centradas en el sufrimiento. En México, esta actitud se manifiesta incluso en protestas legítimas que a veces derivan en violencia, evidenciando una normalización social de esta conducta.

Los factores externos que alimentan la violencia en manifestaciones y el victimismo incluye:

1. Represión gubernamental que intensifica la tensión social. (CIDH, 2019)
2. Desigualdad social, y la falta de oportunidades, generan descontento. (CNDH, 2023)
3. Desconfianza Institucional hacia los responsables de proteger los derechos humanos. (2020)

Entre 2017 y 2021 se registraron en México 1,200 manifestaciones violentas vinculadas a derechos humanos, con al menos 150 casos de daños o bienes públicos y privados (CNDH, 2023). Solo en 2020, estos daños representaron un costo de 100 millones de pesos (SCJN, Acciones de inconstitucionalidad 13/2021 y 31/2021), lo que evidencia el alto impacto económico de la violencia en protestas ciudadanas.

El sistema jurídico mexicano ha sido criticado por empoderar negativamente a las víctimas, dificultando la resignificación de sus traumas y fomentando dinámicas de manipulación y culpa (Tarconis, 1º de agosto de 2024). Aunque

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Víctimas reconocen derechos específicos, persisten deficiencias normativas e institucionales. Además, el concepto de “víctima” tiene un impacto psicosocial profundo, activando estrés y reforzando la identificación con el sufrimiento, lo que puede generar ansiedad, depresión y baja autoestima, dificultando la recuperación e integración social.

La Ley General de Víctimas define a la víctima como toda persona afectada por delitos o violaciones a derechos humanos, incluso sin identificar al responsable, y establece principios claves en los artículos 4, 5 y 6. Aunque reconoce el trauma, la ley presenta limitaciones en su empoderamiento real y en el lenguaje empleado, que refuerza una visión pasiva al centrarse en el sufrimiento y secuelas como el estrés y deterioro mental. Aunque promueve un enfoque transformador para combatir la discriminación y garantizar atención y reparación, solo asegura un mínimo vital y no siempre facilita superar la condición de víctima.

La reestructuración cognitiva-conductual busca reducir la culpa, desensibilizar la carga emocional y facilitar una nueva interpretación del trauma, promoviendo así una vida más funcional y plena (Hurtado & Serna, 2012). Además, fortalece las capacidades cognitivas y emocionales, esenciales para la resignificación del evento.

Quiénes no procesan adecuadamente su trauma suelen quedar atrapados en ciclos de dolor, mientras que aquellos que logran resignificar su experiencia desarrollan resiliencia y mejor adaptación social y emocional. Asociar constantemente los términos “víctima”, “vulnerabilidad” y “sufrimiento” puede derivar en una actitud de “victimismo”, donde se asume ese rol inclusivo ante conflictos menores, generando aislamiento, intolerancia y desconfianza hacia el entorno.

Desde la programación neurolingüística, el lenguaje construye realidades: llamar “víctima” a una persona refuerza una narrativa de impotencia, debilitando su identidad y obstaculizando su recuperación. En procedimientos judiciales o administrativos, este término puede ser contraproducente, pues refuerza el

daño en vez de facilitar la sanción, a menos que esté acompañado de un enfoque terapéutico y empoderado.

Newberg (2012) destaca que el lenguaje negativo activa áreas cerebrales ligadas al estrés y las emociones, generando ansiedad, malestar e incluso deterioro físico y emocional. A nivel colectivo, “víctima” es una etiqueta que estigmatiza y limita, por lo que es preferible usar expresiones como “persona afectada” o “persona que ha sufrido una alteración en su esfera jurídica” promoviendo así una narrativa de recuperación y dignidad.

Los ejercicios de memoria son clave en la justicia transicional, pues evitan el victimismo y fortalecen una cultura de derechos humanos al facilitar el empoderamiento y la resignificación del trauma mediante herramientas jurídicas y terapéuticas. La memoria, tanto individual como colectiva, permiten comprender el pasado, restaurar la dignidad y recuperar la confianza institucional (Salvioli, 2020).

El reconocimiento del pasado mediante ejercicios de memoria es esencial para evitar su repetición y fortalecer culturas democráticas. Al dejar de ver a las personas como meras víctimas y reconocerlas como titulares de derechos, se impulsa su empoderamiento y acción. Aunque estos ejercicios suelen considerarse simbólicos o “elementos suaves” solo cobran verdadero valor cuando se articulan con medidas de verdad, justicia y reparación, integrándose así de forma coherente en los principios de la justicia transicional.

<p><b>Memorización:</b> Proceso sistemático que preserva la memoria de hechos importantes, mediante archivos y documentos, garantizando que la información sobre las violaciones de derechos humanos se conserve para futuras generaciones. Siendo el pilar fundamental para reconocer los derechos de las personas.</p>	<p><b>Rememoración:</b> Es el acto de recordar eventos pasados, con impacto significativo en la sociedad. Implica un recuerdo individual y colectivo, ayudando a las sociedades a enfrentar y procesar su historia de violencia o injusticia. Este concepto se vincula con la idea no olvidar las atrocidades del pasado y se reconozca sus efectos en el presente.</p>	<p><b>Conmemoración:</b> Actos simbólicos que honran a las víctimas de abusos pasados y buscan educar a futuras generaciones para evitar su repetición. Aunque importantes, suelen estar menos integrados en las políticas formales que otros mecanismos como la Re memorización o la memorización.</p>
--	---	---

La manipulación y militarización de la memoria pueden distorsionar la verdad, estigmatizar comunidades y promover discursos de odio. Para evitarlo, es clave garantizar el acceso a los archivos oficiales y testimonios de los sobrevivientes. Las iniciativas de memoria, frecuentemente limitadas al ámbito cultural o privado, solo son efectivas si se integran en políticas públicas que incluyan verdad, justicia, reparación y resignificación, dentro de un compromiso estatal por construir una narrativa común del pasado.

Los elementos duros de la justicia transicional son esenciales no solo para castigar a los responsables, sino para sanar sociedades marcadas por el conflicto. Esto incluye:

1. Derecho a la verdad: exige mecanismos estatales para esclarecer violaciones. (Corte IDH. Caso Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador. 2024)
2. Derecho a la justicia: impide la amnistía en casos de crímenes de lesa humanidad. (Corte IDH. Caso Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador. 2024)
3. Derecho a la reparación: abarca compensaciones económicas, simbólicas y morales (Corte IDH. Caso Aguirre Magaña vs. El Salvador. 2024)
4. Mecanismos judiciales y no judiciales: como tribunales especiales y comisiones de verdad (Corte IDH. Caso Honorato y otros vs. Brasil, 2023)
5. Prevención de nuevas violaciones: mediante reformas institucionales (Corte IDH. Caso Campo Algodonero vs. México, 2009)
6. Participación de las personas afectadas por la violación a su esfera jurídica: garantizando que sean escuchadas en las políticas de justicia (Corte IDH. Caso Tabares Toro y otros vs. Colombia. 2023)

La justicia transicional es fundamental para prevenir el victimismo y lograr una justicia efectiva. Al combinar la memoria con la verdad, la reparación, las garantías de no repetición y participación, se resignifica el trauma y se

fortalecen la paz y la reconciliación. Este enfoque, sustentado en un marco normativo sólido, promueve una cultura de derechos humanos y previene nuevas violaciones. Los ejercicios de memoria honran a las personas afectadas, fomentan la transformación social, combaten la impunidad y consolidan una restitución integral, contribuyendo a crear una sociedad más justa y democrática.

## **Propuesta de estrategias para transformar el victimismo dentro del sistema jurídico mexicano**

La sociedad mexicana, marcada por un dolor histórico, ha construido una identidad traumatizada que Octavio Paz describió como derrotista, victimista y resentida (El laberinto de la soledad). Estos rasgos reflejan una mentalidad de escasez, que distorsiona la realidad. A diferencia del victimismo, que busca compasión (De la Luz, 2017), el resentimiento representa una forma más profunda y peligrosa de esa mentalidad, que se expresa mediante conductas agresivas, pasivas o activas, y puede escalar hacia la violencia.

El resentimiento surge como una forma de evadir la responsabilidad personal, proyectando el malestar en otros. Se basa en falacias y crece en contextos de desigualdad y exclusión, generando odio y actitudes violentas que refuerzan la identidad grupal. Jurídicamente, dificulta la justicia y favorece la venganza, obstaculizando la mediación. Jean Améry (2004) la consideró un imperativo ético para exigir justicia, llevado al extremo puede distorsionarla, como ocurrió en el caso Eichmann. En la justicia transicional, es fundamental superar el resentimiento mediante empatía, reconocimiento del daño y la transformación de las causas de la violencia.

La justicia puede desvirtuarse en venganza si el resentimiento no se gestiona adecuadamente, afectando decisiones judiciales, pruebas, leyes y la percepción pública (Acron, 2018; Montes, 2020, p. 9). Reconocer las emociones es esencial, pero se requiere un enfoque equilibrado que las considere sin que dominen el proceso, asegurando estabilidad y equilibrio entre las partes.

Henry Tajfel (1984) explica que la identidad social se forma a través de la pertenencia grupal, lo cual genera cohesión, pero también exclusión y confrontación. Estos vínculos, aunque fortalecen la autoestima, pueden funcionar como placebos sociales: integran sin incluir, dejando identidades colectivas vulnerables al trauma. Las principales causas de estos traumas colectivos son los conflictos armados, 62% de aumento en 2023, con 114 millones de desplazados, la represión política con el 72% de la población mundial bajo regímenes autoritarios y 115 países con patrones represivos, y las crisis económicas que profundizan la desigualdad (Amnistía Internacional, 2024; Civicus, 2024).

La principal causa del trauma colectivo es la crisis económica y social, que sostiene ideologías excluyentes como el racismo y la xenofobia, responsables de graves violaciones derechos humanos. Estas ideas, unidas a las memorias colectivas, refuerzan un victimismo que fragmenta la sociedad, bloquea la integración y fomenta la pasividad al centrarse en injusticias pasadas y delegar la solución de los problemas.

Para romper este ciclo, es necesario fomentar una cultura de responsabilidad y empatía que permite sanar heridas sociales. La clave está en transformar la mentalidad de escasez hacia una de empoderamiento y abundancia emocional, comenzando por la educación, como propone la UNESCO (2019), para eliminar prácticas discriminatorias y relaciones de poder desiguales.

Para superar la mentalidad victimista colectiva, es esencial transformar la educación y fomentar una cultura de responsabilidad social. La educación debe empoderar, promoviendo inclusión y resignificando los traumas colectivos (UNESCO, 2019). A su vez, se debe cultivar la responsabilidad comunitaria mediante la participación activa en proyectos que fortalezcan el sentido de pertenencia.

Según la teoría ecológica de Bronfenbrenner, desarrollar habilidades socioemocionales implica comprender cómo el entorno moldea al individuo (Gifre, 2013). Para lograrlo, se necesitan políticas educativas que consideren la

familia, la comunidad y la social. También es importante enseñar pensamiento crítico, cuestionar el victimismo y analizar las causas históricas de la desigualdad. Crear espacios inclusivos y mostrar modelos positivos de identidad colectiva fomenta la colaboración, reduce la victimización y convierte la adversidad en resiliencia.

Estos puntos son esenciales para diseñar políticas educativas coherentes con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, especialmente en salud, educación, igualdad de género, y reducción de desigualdades. En México, la Ley General de Educación garantiza una educación inclusiva y con enfoque de derechos. La Nueva Escuela Mexicana busca resignificar traumas históricos y promover la conciencia sobre derechos, justicia social y diversidad, fomentando el empoderamiento y la transformación individual y colectiva.

1. Educación para el empoderamiento, con base en la pedagogía crítica para resignificar la memoria histórica
2. Inclusión y equidad educativa, mediante programas que reduzcan desigualdades, como el acceso digital en comunidades marginadas.
3. Desarrollo de competencias sociales, a través de formación vocacional, actividades culturales y fomento del pensamiento crítico.
4. La promoción constante de los derechos humanos, desde una visión humanista que reconozca la dignidad y la responsabilidad social.
5. Alianzas estratégicas, entre escuelas, empresas y como indicador para ajustar políticas educativas hacia el empoderamiento y el bienestar colectivo

En México, la calidad educativa, la inclusión social y el respeto a los derechos humanos influyen directamente en los niveles de felicidad. Garantizar acceso a una educación de calidad mejora oportunidades y bienestar, fomenta relaciones sanas y fortalece el desarrollo emocional. Al integrar estos elementos con un enfoque de derechos humanos, se construye una identidad colectiva positiva y se

impulsa una mentalidad empoderada, basada en la gratitud y no en el victimismo que perpetúa los traumas sociales.

## **Conclusiones**

El sistema de justicia en México tiene diversas áreas de oportunidad, como la falta de credibilidad y la revictimización de quienes buscan justicia, lo que alimenta una mentalidad victimista. Las autoridades a menudo priorizan la vida privada de las personas afectadas sobre el esclarecimiento de los hechos, perpetua un ciclo de desamparo. Además, el sistema carece del apoyo necesario para la recuperación emocional y social, y muchos operadores no están capacitados para atender estas dimensiones (Osornio, Torre y Acosta; 2023), lo que deshumaniza su labor y genera resentimiento. Esta situación ha llevado a que la sociedad normalice el victimismo ante la violencia, dificultando la superación de los traumas.

Para solucionar estas problemáticas es esencial:

1. 1) Fortalecer las instituciones gubernamentales para reforzar la credibilidad del sistema judicial y social para ofrecer un apoyo efectivo a las víctimas.
2. 2) Asegurar la humanización de las personas involucradas en el sistema de justicia, para abordar casos con sensibilidad y empatía.
3. 3) Implementar políticas públicas que no solo se centren en castigar al agresor, también en proporcionar asistencia integral a las víctimas para su recuperación emocional y social durante todos los procedimientos judiciales.
4. 4) La deconstrucción de los traumas que enfrenta la sociedad mexicana a partir de la comprensión de los paradigmas de jerarquía, competencia, confrontación y exclusión, para resignificar los traumas históricos y violaciones masivas a derechos humanos antes de entrar a procesos de justicia transicional.

5.5) La reinención de los sistemas de justicia en México para consolidar esquemas que resulten completos en la restauración de la esfera jurídica de la persona lesionada.

Las comisiones de la verdad son clave en la justicia transicional, ya que documentan violaciones de derechos humanos y reconocen el sufrimiento de las víctimas. Ayudan a construir un relato histórico que favorece la sanación colectiva y previene nuevos abusos. Este proceso impulsa la justicia restaurativa, promoviendo el diálogo entre víctimas y ofensores para reparar el daño y avanzar hacia la reconciliación. Diversas organizaciones la respaldan como alternativa cuando el sistema penal tradicional fracasa. En general, la justicia transicional busca abordar estas violaciones en contextos de posconflicto o transición política.

Es importante señalar que el análisis legal de los documentos seleccionados para este texto, tuvieron como función la construcción de un marco de referencia para comprender y abordar las experiencias traumáticas y la justicia transicional. Específicamente para la identificación de principios y derechos fundamentales, los cuales se involucran directamente dentro del marco normativo en el contexto social y judicial. La evaluación de las deficiencias y desafíos legales dentro del sistema jurídico mexicano al perpetuar el victimismo, la impunidad y dificulta la resignificación del maltrato y las violaciones a derechos humanos. Por ello, el uso de los documentos seleccionados fue crítico y contextual, procurando entender como el marco normativo influye en la percepción social y en la efectividad de los procesos de justicia y reparación, identificación tanto del avance como de las áreas de oportunidad para resignificar los traumas y la protección de derechos humanos.

Este trabajo analizó la relación entre victimismo, mentalidad de escasez y resentimiento, los cuales permiten evadir responsabilidad y culpar a otros del malestar. Esta visión distorsiona el enfoque de los derechos humanos, confundiendo incertidumbre con inseguridad. Aunque el ser humano solo tiene por certeza nacer y morir, busca una seguridad absoluta que no existe, creando

ficciones como el Estado o los seguros. En lugar de aferrarse a esa ilusión, es más valioso aceptar la incertidumbre, ya que nos enseña a valorar, respetar y compartir lo que es temporal.

Como seres humanos, vivimos en la incertidumbre y debemos disfrutar la libertad, que nos hace responsables de nuestra vida personal, económica y social. No deberíamos relacionarnos desde la carencia, sino desde la plenitud que ya tenemos. La seguridad no es absoluta, solo reduce algunos riesgos en nuestro camino hacia la felicidad y la realización personal.

## **Bibliografía**

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos.
- Améry, J. (2004). *Más allá de la culpa y la expiación*. Pre-Textos.
- Amnistía Internacional. (2024). *La situación de los derechos humanos en el mundo*. <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/7200/2024/es/>
- Arendt, H. (2009). *Eichmann en Jerusalén*. DeBolsillo.
- Atienza, M. (2020). *Una apología del derecho y otros ensayos*. Editorial Trotta.
- Azcárate Mengual, M. A. (2013). *Trastorno estrés postraumático: Daño cerebral secundario a la violencia*. Ediciones Díaz de Santos.
- Cámara de Diputados. (2024). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma al Poder Judicial*. Cámara de Diputados.
- Castillo Chacón, A. M. (2011). *Derechos humanos, memoria histórica, reparación y resarcimiento*. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos.
- Civicus. (2024). *Informe sobre el estado de la sociedad civil*. [https://www.civicus.org/documents/reports-and-publications/SOCS/2024/state-of-civil-society-report-2024\\_es.pdf](https://www.civicus.org/documents/reports-and-publications/SOCS/2024/state-of-civil-society-report-2024_es.pdf)
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2023). *Un nuevo modelo de defensa de los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-10/PRESUPUESTO\\_Nuevo\\_Modelo\\_CNDH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-10/PRESUPUESTO_Nuevo_Modelo_CNDH.pdf)
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2024). *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre 2023*. Comisión Nacional de los Derechos

Humanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2024-01/Informe2023.pdf>

- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2020, 2 de octubre). Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: El quinto pilar de la justicia transicional. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/175/73/pdf/g2017573.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2009, 16 de noviembre). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 205.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2022, 30 de junio). Caso Sales Pimenta vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 454.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2023, 23 de mayo). Caso Tabares Toro y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 491.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2023, 27 de noviembre). Caso Honorato y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 508.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2023, 30 de enero). Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 483.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2024, 18 de marzo). Caso Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C No. 521.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2024, 8 de marzo). Caso Aguirre Magaña vs. El Salvador. Fondo y reparaciones. Sentencia. Serie C No. 517.
- De Freitas, S. B., Marques, A. A., Bevilaqua, M. C., Moreira, F. A., Pereira, T. C., Nardi, A. E., & Wichert-Ana, L. (2016). Electroencephalographic findings in patients with major depressive disorder during cognitive or emotional tasks: A systematic review. *Brazilian Journal of Psychiatry*, 38(4), 338–346. <https://doi.org/10.1590/1516-4446-2015-1834>
- De la Luz Lima Malvido, M. (2017). El derecho victimal, naturaleza y alcance. En S. García Ramírez & O. Islas de González Mariscal (Eds.), *Evolución del sistema penal en México* (s/p). UNAM / INACIPE.
- Forbes México. (2024, septiembre 11). México será el primer país del mundo que elegirá a todos sus jueces por voto popular pese a advertencias. Forbes México. Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/mexico-sera-el-primero-pais-del-mundo-que-elegira-a-todos-sus-jueces-por-voto-popular-pese-a-advertencias/>

- Fuentes Canosa, A., & Collado Ruano, J. (2019). Fundamentos epistemológicos transdisciplinarios de educación y neurociencia. *Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, (26), 83–113. <https://doi.org/10.17163/soph.n26.2019.02>
- Gabay, R., Hameiri, B., Rubel-Lifschitz, T., & Nadler, A. (2020). The Tendency for Interpersonal Victimhood: The Personality Construct and its Consequences. *Personality and Individual Differences*, 165. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2020.110134>
- Gifre Monreal, M., & Guitart, M. E. (2013). Consideraciones educativas de la perspectiva ecológica de Urie Bronferbrenner. *Contextos Educativos. Revista De Educación*, (15), 79–92. <https://doi.org/10.18172/con.656>
- Goleman, D. (2018). *La inteligencia emocional*. México: Ediciones B.
- Goni-Saez, F., & Tirapu-Ustarroz, J. (2016). The mind-brain problem (I): onto-epistemological foundations. *Revista de Neurología*, 63(3), 130. <https://doi.org/10.33588/rn.6303.2016230>
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2001). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hampson, S. (2019). *The construction of personality: An introduction*. Boston: Routledge.
- Hauser, D. J., & Schwarz, N. (2018). How seemingly innocuous words can bias judgment: Semantic prosody and impression formation. *Journal of Experimental Social Psychology*, 75, 11–18.
- Hernández, G. (2024, septiembre 18). Brecha salarial de género: Un desafío con escasos avances en México. *El Economista*. Recuperado de <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Brecha-salarial-de-genero-Un-desafio-con-escasos-avances-en-Mexico-20240917-0129.html>
- Human Rights Watch. (2023). *Informe mundial 2023*. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/world-report/2023/country-chapters/mexico>
- Hurtado, C. A., & Serna, A. J. (2012). Neuropsicología y violencia. *Revista Psicología Científica*, 14. <https://psicolcient.me/dgom7>
- Índice Global de Impunidad. (2021). *Escalas de impunidad en el mundo*. México: Universidad de las Américas Puebla. Recuperado de <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2023a). Población de 18 años y más, por tipo de autoridad que identifica según nivel de efectividad que considera sobre su trabajo. Recuperado de <https://www.inegi.org.mx/temas/percepciones/>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2023b). Día mundial para la prevención del suicidio. Comunicado de prensa número 542/23, 8 de septiembre. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP\\_Suicidio23.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_Suicidio23.pdf)

- Jerárquico, N., & Jerárquico, R. T. P. (2024). Poder Judicial del Estado: Remuneración de los Servidores del Poder Judicial. Gob.mx. Recuperado el 19 de septiembre de <http://web2.poderjudicialags.gob.mx/transparencia/obligacion/remuneracion/plazas06.pdf>
- Jurisprudencia de registro 1012556. (2011). Recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/apendice/1012556>
- Kilper, H., & Lhotta, R. (1996). *Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Einführung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Kuhn, T. S. (2020). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mares, M. (2024, enero 23). Desigualdad en México en aumento. *El Economista*. Recuperado de <https://www.economista.com.mx/opinion/Desigualdad-en-Mexico-en-aumento-20240123-0138.html>
- Martínez Quirarte, M. (2020). La libertad de expresión en las manifestaciones públicas como derecho humano. *Revista Derechos Fundamentales a Debate*, (12). Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Recuperado de [http://historico.cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\\_No12/ADEBATE-12-art7.pdf](http://historico.cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No12/ADEBATE-12-art7.pdf)
- Montes Niño, D. (2020). Resentimiento y perdón: Entre las justificaciones de los ofensores, exigencias de los ofendidos y reclamos de la comunidad [Trabajo de grado, Universidad del Rosario, Bogotá]. Repositorio Universidad del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/913f8674-e69b-4412-8baf-c73d3895cdd4/content>
- Newberg, A., & Waldman, M. R. (2012). *Words can change your brain: 12 conversation strategies to build trust, resolve conflict, and increase intimacy*. Avery.
- Organización Mundial de la Salud. (2022, junio 8). Trastornos mentales. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>
- Osornio Saldivar, L. A., Torre Delgadillo, V., & Acosta Castillo, I. (2023). Breve análisis de la victimología en México. *LATAM. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 4(1). <https://doi.org/10.56712/latam.v4i1.476>
- Relatoría de Naciones Unidas. Satterthwaite, M. (2023, julio 13). Independencia de jueces y abogados. Recuperado de <https://documents.un.org/doc/un-doc/gen/n23/205/68/pdf/n2320568.pdf>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

- Rosental, M., & Iundin, P. (1946). *Diccionario filosófico marxista*. Montevideo: Pueblos Unidos.
- Rossi, A., Mikail, N., Bengs, S., Haider, A., Treyer, V., Buechel, R. R., Wegener, S., Rauen, K., Tawakol, A., Bairey Merz, C. N., Regitz-Zagrosek, V., & Gebhard, C. (2022). Heart–brain interactions in cardiac and brain diseases: Why sex matters. *European Heart Journal*, 43(39), 3971–3980. <https://doi.org/10.1093/eurheartj/ehac061>
- Sarmiento-Molina, J. M., Balarezo-Chiriboga, L. A., & Cañizares-Abril, L. E. (2022). Electroencefalografía en pacientes con trastornos psiquiátricos y neurológicos. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria De Ciencias De La Salud. Salud Y Vida*, 6(1), 705–716. <https://doi.org/10.35381/s.v.v6i1.1984>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). Acción de Inconstitucionalidad 31/2021. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_public/jJVWEX0BNHmckC8LT\\_GQ/%22Plazas%20p%C3%BAblicas%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_public/jJVWEX0BNHmckC8LT_GQ/%22Plazas%20p%C3%BAblicas%22)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). Acción de Inconstitucionalidad 13/2021. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_public/BEQo\\_n4BkURTGTreK1JR/%22Libertad%20de%20reuni%C3%B3n%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_public/BEQo_n4BkURTGTreK1JR/%22Libertad%20de%20reuni%C3%B3n%22)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2024, febrero 26). Acuerdo por el que se autoriza la publicación del Manual que regula las remuneraciones de las personas servidoras públicas del Poder Judicial de la Federación para el ejercicio fiscal dos mil veinticuatro. *Diario Oficial de la Federación*. [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5718000&fecha=26/02/2024](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5718000&fecha=26/02/2024)
- Tajfel, H. (1984). *Grupos humanos y categorías sociales*. Herder.
- Tello Artista, I. (2022). Percepción de la impunidad 2022. *Impunidad Cero*. <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/170/contenido/1661453368W61.pdf>
- Traconis Quevedo, V. (2024, agosto 1). Salud en la Red / La cultura del victimismo; una tendencia que puede dañar, las relaciones interpersonales y a las propias supuestas víctimas. *El Herald de Chiapas*. <https://www.elheraldodechiapas.com.mx/analisis/salud-en-la-red-la-cultura-del-victimismo-una-tendencia-que-puede-danar-las-relaciones-interpersonales-y-a-las-propias-supuestas-victimas-12330730.html>
- UNESCO. (2019). *Inclusion in higher education (Documento de trabajo)*. UNESCO.
- Uzer, T., & Brown, N. R. (2017). The effect of cue content on retrieval from autobiographical memory. *Acta Psychologica*, 172, 84–91. <https://doi.org/10.1016/j.actpsy.2016.11.012>
- White, T. L., Andrews, M. R., Bernard, C., Dunbar, D., Duncan, G. J., Hoffman, M. A., ... & Leckman, J. F. (2021). Dignity neuroscience: Universal rights are rooted in human brain science. *Annals of the New York Academy of Sciences*. <https://doi.org/10.1111/nyas.14670>



## **Contra la aritmética punitiva: Propuesta para una dosimetría penal racional basada en el principio de proporcionalidad y la valoración de la prueba**

### ***Against Punitive Arithmetic: A Proposal for Rational Sentencing Based on the Principle of Proportionality and Evidence Assessment***

Daniel Jurado Palma<sup>1</sup> Héctor Rusbell Choque Córdova<sup>2</sup>

#### **Resumen**

El presente artículo examina la aplicación actual de la determinación judicial de la pena en el Perú, centrada en el esquema operativo de tercios y escalonado. Ambos esquemas limitan la discrecionalidad judicial mediante tramos predeterminados que, aunque permiten cierto margen decisorio, suelen imponer sanciones similares a conductas que difieren notablemente en gravedad y reprochabilidad. A partir de un análisis doctrinal y jurisprudencial, se advierte que esta rigidez compromete gravemente principios rectores como la culpabilidad, proporcionalidad y

1 Abogado por la Universidad Andina del Cusco. Socio Fundador de Jurado Abogados. Máster en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de La Rioja. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco y Universidad Continental. Correo electrónico: danieljurado@estudiojuradoabogados.com <https://orcid.org/0000-0003-0021-7309>

2 Estudiante de intercambio en la Universidad de Buenos Aires. Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Correo electrónico:hchoquecordova@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0005-4327-4890>

lesividad. Partiendo de la teoría de la proporcionalidad, el artículo sostiene que la valoración integral de la prueba y la evaluación del nivel real de afectación al bien jurídico son esenciales para justificar la reducción o exclusión de la pena cuando la sanción resulte desproporcionada, garantizando así una respuesta punitiva ajustada al reproche efectivo, sin exceder los límites máximos establecidos por los esquemas vigentes.

**Palabras Clave:** Individualización judicial de la pena, sistema de tercios, sistema escalonado, proporcionalidad, valoración de la prueba

### **Abstract**

This article examines the current application of judicial sentencing in Peru, focused on the operational tier and stepped sentencing schemes. Both frameworks limit judicial discretion through predetermined ranges that, while allowing some decision-making latitude, often impose similar penalties on offenses that significantly differ in severity and culpability. Based on doctrinal and jurisprudential analysis, it is highlighted that this rigidity seriously compromises guiding principles such as culpability, proportionality, and harmfulness. Grounded in the theory of proportionality, the article argues that a comprehensive assessment of evidence and the evaluation of the actual harm caused to the protected legal interest are essential to justify the reduction or exclusion of the penalty when the sanction is disproportionate, thereby ensuring a punitive response proportionate to the effective blame without exceeding the maximum limits established by the existing schemes.

**Keywords:** Judicial Individualization of Sentencing, Tiered System, Stepped System, Proportionality, Evidence Assessment

En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su “manía de grandeza”. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el

esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que solo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificantes en comparación de la totalidad de interrogantes (...) Solo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. (Kantorowicz, 1906/2019, pp. 43-44).

## **Introducción**

Desde la promulgación de la Ley N.º 30076 que incorpora el artículo 45-A al Código Penal y la reciente jurisprudencia vinculante derivada del Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112 (Corte Suprema de Justicia de la República, 28/11/2023) y el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 02-2024 (Corte Suprema de Justicia de la República, 07/04/2025), la aplicación de la determinación judicial de la pena en el Perú se ha centrado en el esquema operativo de tercios y el esquema operativo escalonado respectivamente.

El primer esquema consiste, esencialmente, en dividir el rango de la pena prevista para un delito básico en tres segmentos iguales, el tercio aplicable dependerá de la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el artículo 46 del Código Penal (v.g. robo simple). En cambio, el segundo, se aplica en delitos que poseen circunstancias agravantes específicas, y consiste en dividir el rango punitivo entre el número de circunstancias específicas que presente (v.g. robo agravado).

Estos mecanismos, en la práctica, limitan severamente la discrecionalidad del juzgador mediante tramos predeterminados, sean tercios o escalones, reduciendo considerablemente los niveles de indeterminación en la dosimetría penal ejercida por el juzgador (Oré, 2013, p. 02; García, 2019, p. 958); aunque no se trata de penas tasadas y concede cierto margen decisorio, tienden a imponer sanciones cuantitativamente similares a conductas que notablemente difieren en gravedad y reprochabilidad, especialmente en aquellos delitos cuyos rangos punitivos son

estrechos<sup>3</sup>. Esta rigidez compromete principios fundamentales del derecho penal garantista, como la culpabilidad, proporcionalidad y lesividad, al restringir la adecuada individualización de la sanción y soslayar la singularidad de cada caso concreto.

El presente trabajo adopta como marco teórico la teoría de la proporcionalidad – *Tatproportionalitätstheorie* en alemán-, cuyo precursor es el jurista suizo Andrew Von Hirsch, quien sostiene que la magnitud del castigo, la pena, debe guardar una relación directa y proporcional con el grado de reprochabilidad del acto, de modo que la severidad de los hechos determine la gravedad de la sanción (Rizzi, 2020, pp. 69-70). Asimismo, la cuantía de la pena no debe estar condicionada por consideraciones preventivas, sino que debe graduarse exclusivamente en función del merecimiento individual derivado de la gravedad del hecho (Basso, 2021, p. 207). En consecuencia, en este trabajo se propone que la valoración integral de la prueba y el análisis del nivel real de la afectación al bien jurídico sean el fundamento para justificar la reducción o exclusión de la pena cuando la sanción resulte desproporcionada, sin superar los márgenes máximos establecidos por los esquemas vigentes en el sistema penal peruano.

Es necesario reconocer que el presente artículo constituye un primer esfuerzo que pretende ofrecer una visión distinta y crítica del sistema actual de determinación de la pena en el Perú; siendo conscientes que esta parcela del derecho penal ha sido tan escasamente desarrollada a nivel nacional como internacional (Prado, 2015, p. 31; Prado, 2016, p. 158; Silva, 2007, p. 03; Feijoo, 2007, p. 03;). Por tanto, no se pretende resolver en su totalidad los complejos

---

3 Por ejemplo, el delito de peculado doloso simple, regulado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal peruano, establece una pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años. En este caso, un tercio –pues se trata de un delito simple o de tipo base– abarca poco más de un año, siendo este el espacio en el cual el juez debe determinar la sanción conforme a las circunstancias del caso. Sin embargo, surge una interrogante fundamental: ¿es justificable que un peculado por un monto de 40,000 soles reciba una pena similar a otro por apenas 350 soles? Evidentemente, una conducta resulta mucho más reprochable que la otra. La cuestión crucial que plantea este trabajo es cómo asegurar que esa diferencia sustantiva en la gravedad y reproche se refleje efectivamente en la determinación judicial de la pena, trascendiendo la rigidez numérica de los esquemas actuales.

problemas que presenta el amplio espectro de la medición punitiva, pero sí aportar una reflexión inicial que sirva como base para un análisis más profundo y una herramienta útil para futuros estudios. A través de este enfoque, se busca abrir un espacio para el debate y la reflexión sobre un tema de vital importancia, el papel de la proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, con la esperanza de que este trabajo inspire y contribuya a la evolución de la determinación judicial de la pena en nuestro país.

Frente a esta problemática, la presente investigación plantea la siguiente pregunta:

¿Cómo puede el principio de proporcionalidad y la valoración de la prueba en concreto recuperar su rol central en la determinación judicial de la pena, superando las rigideces y limitaciones impuestas por los esquemas de tercios y el modelo escalonado?

Metodológicamente, el estudio se basa en un análisis argumentativo sustentado en la doctrina, jurisprudencia y legislación relevante. La estructura se compone de: (i) fundamentos jurídicos y teóricos de la determinación de la pena; (ii) análisis crítico del sistema de tercios y el modelo escalonado; (iii) examen de la jurisprudencia de los Acuerdos Plenarios; y (iv) formulación de una propuesta centrada en la valoración probatoria y el principio de proporcionalidad para una dosimetría penal racional y justa.

## **Fundamentos Conceptuales y Doctrinales**

Para abordar de manera precisa el objeto de este artículo, resulta indispensable analizar, aunque sea de forma sucinta, los principios rectores que orientan la determinación judicial de la pena en el contexto peruano, los cuales se encuentran presentes en diversa medida en la legislación vigente. En particular, se profundizará en la teoría de la proporcionalidad aplicada a la dosimetría penal, entendida como el fundamento esencial para graduar la sanción conforme a la gravedad objetiva del delito. Asimismo, se examinará la relevancia de la valoración integral de la

prueba como herramienta imprescindible para fundamentar la pena de manera justa y ajustada al reproche efectivo. Este análisis doctrinal y conceptual servirá de base para la crítica posterior a los esquemas operativos actuales y para sustentar la propuesta orientada a superar sus limitaciones mediante una dosimetría penal más racional y contextualizada.

### ***Principios rectores en la determinación judicial de la pena***

Como señala Ziffer<sup>4</sup> (1999) la determinación judicial de la pena es el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias del delito, no reduciéndose solamente a la clase y al monto, sino que también abarca a situaciones como la ejecución, suspensión, imposición de deberes, indemnización del daño y otros (p. 23). En este proceso, la influencia de la legislación suele ser limitada, como ocurre en el caso peruano, dado que solo establece ciertos principios generales y un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes. Ahora bien, como señala Silva (2025) el análisis de estas circunstancias específicas debe preceder al estudio de los principios más generales (p. 1989).

Es importante reconocer que la determinación judicial de la pena es un campo aún incipiente dentro del desarrollo dogmático del derecho penal, especialmente en el contexto nacional. En este sentido, el reconocido profesor alemán Claus Roxin (2019) señala que esta disciplina es relativamente nueva, lo que explica la cautela con la que los Códigos Penales abordan su regulación (p. 101). En el presente trabajo se analizará precisamente la regulación vigente en el código penal peruano y su evolución jurisprudencial sobre la dosimetría penal.

Jescheck y Weigend (2014) sostienen que la individualización de la pena implica fijar las consecuencias jurídicas derivadas de un delito, lo que incluye la selección de la sanción adecuada, como prisión, multa o prohibición de conducir, y en su caso, la decisión sobre la suspensión condicional de la pena o la aplicación

---

4 Quien, en opinión de los autores, es la jurista que ha realizado el estudio más amplio y profundo sobre la determinación judicial de la pena en el ámbito latinoamericano, fundamento en sus investigaciones desarrolladas en Alemania.

de medidas de seguridad (p. 1298). No obstante, las reglas rígidas y automatizadas que suelen regir la determinación de la pena muchas veces dificultan el acceso a beneficios como la suspensión condicional, dado que estas estructuras fijas no permiten una adecuada valoración de principios fundamentales como la proporcionalidad y la lesividad, bajo el argumento de respetar el principio de legalidad. Esto conduce a sentencias efectivas en situaciones donde la gravedad del delito no justificaría una privación efectiva de la libertad.

Por último, Arias Holguín (2012) enfatiza que la imposición de una pena en un caso concreto afecta directamente derechos fundamentales y produce un menoscabo significativo al honor de la persona sancionada (p. 145). Por ello, la pena debe entenderse como una decisión jurídicamente compleja que trasciende la simple sanción de una conducta ilícita, constituyendo también un acto estatal con profunda carga.

El papel de los principios rectores en la dosimetría de la pena es esencial para garantizar que la imposición de la sanción sea justa y proporcional al hecho y al autor. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CFP 1710/2012/TO2/17/2/1/RH19, 01/08/2024, fundamento séptimo) ha señalado que la determinación de la pena no puede reducirse a un mero cálculo numérico o a una aplicación rígida de normas, sino que requiere una valoración integral y conjunta tanto de las circunstancias objetivas del delito como de las características personales del infractor. Este análisis detallado permite ponderar adecuadamente la gravedad del hecho y la responsabilidad individual, asegurando así que la pena sea proporcional y legítima.

La Corte enfatiza además que este proceso es particularmente importante cuando se trata de la graduación de la pena privativa de libertad, considerada la sanción más severa dentro del ordenamiento jurídico, lo que obliga a los tribunales a fundamentar cuidadosamente sus decisiones para preservar los derechos fundamentales y la justicia material. De esta manera, se reconoce que

la dosimetría penal debe ser un ejercicio ponderado y reflexivo, que privilegie la individualización y evite soluciones simplistas o mecanicistas.

En ese sentido, la pena no debe ser concebida como un resultado automático ni matemático, sino como una decisión judicial individualizada que traduce, en términos concretos, los valores constitucionales y penales que rigen un Estado democrático. Es, en última instancia, la expresión del *ius puniendi* conforme a los principios del derecho penal contemporáneo, en abierta oposición a modelos autoritarios que concebían la sanción penal como un acto meramente impositivo.

La construcción judicial de la pena está informada por una serie de principios que orientan y legitiman su aplicación. Entre ellos destacan los siguientes:

### *Principio de culpabilidad*

El principio de culpabilidad es esencial en un modelo penal garantista, ya que no solo regula la justicia y proporcionalidad de la respuesta punitiva, sino que también asegura que la intervención estatal en la esfera individual se realice conforme a los principios de responsabilidad personal y razonabilidad. En este sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2006) destacan que este principio representa la máxima expresión del respeto a la persona, pues exige que la pena esté fundamentada en la culpabilidad del autor, evitando así sanciones arbitrarias o excesivas y garantizando una respuesta ajustada al reproche legítimo (p. 120).

Este principio delimita el ámbito del *ius puniendi* estatal y condiciona la magnitud de la pena conforme a la responsabilidad moral y legal que puede atribuirse al autor. Ziffer (2023) enfatiza que la culpabilidad cumple funciones esenciales: fundamentar la punibilidad, exigir proporcionalidad entre ilícito y pena, y establecer una correspondencia entre reprochabilidad y sanción (p. 20). Así, la culpabilidad no solo limita el poder punitivo del Estado, sino que también garantiza la individualización de la pena, la cual debe atender la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del infractor.

Complementando esta perspectiva, Helmut Frister (2011) señala que la pena presupone culpabilidad y que su severidad no debe exceder el reproche personal (p. 73). Por tanto, la escala punitiva debe estar graduada para reflejar proporcionalmente la culpabilidad, evitando que la pena se convierta en un castigo desproporcionado que comprometa la justicia material. Sin embargo, aplicar el principio de culpabilidad en la dosimetría penal presenta desafíos prácticos, ya que, como apunta Ziffer (2023), implica medir adecuadamente el reproche, ponderando circunstancias específicas para adaptar la pena a la singularidad del caso y prevenir arbitrariedades (p. 40).

Asimismo, Rodrigo (2009) sostiene que la culpabilidad es un juicio normativo de reproche basado en la exigencia de que el sujeto podía actuar de manera distinta (pp. 14-15). Este juicio condiciona la magnitud del poder punitivo y determina si el injusto es reprochable, y en qué grado, dentro del marco legal. En paralelo, aunque algunos autores como Hörnle (2023, p. 34) presentan una visión distinta respecto a la función de la culpabilidad, coinciden en que la pena debe responder tanto a la gravedad del hecho como al grado de responsabilidad personal. En línea con ello, Salazar (1989) integra las perspectivas psicológica y normativa de la culpabilidad, destacando que esta refleja la magnitud del injusto y que tanto la voluntad del sujeto como el daño causado son esenciales para calibrar la pena (pp. 20-21).

Por ello, el principio de culpabilidad orienta no solo la legitimidad de la imposición penal sino también la cuantía de la sanción, permitiendo que esta se adecue al reproche personal derivado del ilícito y sus circunstancias.

### *Proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad impone un equilibrio necesario entre la gravedad del hecho delictivo y la severidad de la pena que se impone, asegurando que la respuesta punitiva sea adecuada, evitando tanto excesos como insuficiencias. Esta adecuación requiere necesariamente considerar la intensidad del daño al bien

jurídico y las circunstancias específicas de cada caso, cuestiones que actualmente no se viene aplicando al menos a nivel de la Corte Suprema como se verá más adelante.

En este sentido, Hörnle (2023) advierte que, aunque la proporcionalidad ha sido propuesta como sustituto del principio de culpabilidad, no siempre limita eficazmente el poder punitivo del Estado (p. 47). La proporcionalidad opera como un proceso de ponderación que equilibra los objetivos político-criminales con las consecuencias negativas de la pena; sin embargo, reconoce que en ciertos casos, como la imposición de penas severas para prevenir delitos graves futuros, puede justificar sanciones que parecerían desproporcionadas en relación con la gravedad concreta del delito.

Esta visión dialoga con el planteamiento de Prado (2010) quien enfatiza que la pena debe guardar una relación directa y proporcional con el grado de responsabilidad del agente, la magnitud del daño causado y la importancia del bien jurídico lesionado, reconociendo así la complejidad de calibrar la sanción en función del reproche individual (p. 128),.

Así también, Triana y González (2017) subrayan que el principio de proporcionalidad se fundamenta en adecuar la pena a un fin legítimo específico, el cual puede variar según el contexto histórico y la teoría que legitima la sanción. En un Estado democrático, este principio está estrechamente vinculado a la protección de los derechos fundamentales y a la promoción de la resocialización del condenado, mostrando así una dimensión dinámica y adaptativa del principio (p. 25)

Por último, García (2017) amplía esta perspectiva distinguiendo entre una concepción amplia de la proporcionalidad, que incluye juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, y una concepción restringida, limitada a la proporcionalidad estricta. Asimismo, resalta la doble manifestación del principio: una forma abstracta aplicada en la creación de normas penales, y una forma

concreta que se despliega en la actividad judicial al momento de dosificar la pena, lo que enfatiza la importancia de la proporcionalidad en la práctica judicial.

### *Lesividad*

El principio de lesividad se erige como un fundamento esencial en el Derecho penal moderno, basado en la noción de bien jurídico protegido. Este principio establece que no puede considerarse delito una conducta que no cause una lesión real o un peligro concreto sobre dicho bien, exigiendo que toda conducta punible suponga efectivamente una afectación a un interés jurídico tutelado (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2006, pp. 110- 111).

Partiendo de esta premisa, tal como indican Jescheck y Weigend (2014) es claro que no todos los delitos poseen la misma gravedad material, incluso cuando formalmente se encuadren en la misma categoría legal. En consecuencia, la sanción máxima debe reservarse para las formas más graves del delito, dejando la mínima para aquellos casos con menor peligrosidad (p. 1303). Esta idea se complementa con la reflexión de Feijoo (2007, p. 09), quien sostiene que solo comprendiendo el motivo por el cual una conducta se tipifica como delito es posible graduar apropiadamente la pena para un caso concreto.

En línea con esta visión, García (2017) puntualiza que el principio de lesividad implica que para imponer una pena debe existir una lesión o peligro efectivo sobre bienes jurídicos protegidos, y que la gravedad de la sanción debe ser proporcional a la del delito cometido, lo que a su vez implica reconocer que dicha gravedad debe corresponder a la relevancia social de los hechos sancionados (p. 132).

Asimismo, Hörnle (2023) destaca que el daño causado es un factor crucial en la práctica de la dosimetría penal, subrayando que este no debe evaluarse de manera aislada ni meramente cuantitativa, sino integrado armónicamente con los principios de culpabilidad y proporcionalidad para garantizar que la pena sea una respuesta justa, racional y contextualizada (p. 67).

Finalmente, Rodrigo (2009) resalta que la extensión del daño y el peligro causado deben considerarse junto con la culpabilidad para fundamentar una sanción adecuada, lo que evidencia la importancia de una valoración conjunta que permita calibrar la pena de forma equitativa y ajustada a la realidad del hecho (p. 12).

### ***Teoría de la proporcionalidad estricta aplicada a la dosimetría penal***

La teoría de la proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, cuya principal exponente contemporánea es Tatjana Hörnle, centra su atención principalmente en la gravedad objetiva de los hechos para graduar la sanción. No obstante, como resalta Cancho (2023) en su importante obra nacional, esta perspectiva también reconoce la importancia de ciertos elementos subjetivos, como los aspectos relacionados con la culpabilidad, que pueden influir para atenuar la responsabilidad del autor y, en consecuencia, modular la pena impuesta (p. 77).

Según Basso (2021), la magnitud de la sanción debe corresponder estrictamente con la gravedad de la configuración fáctica del delito, redefiniendo el concepto de proporcionalidad en dos dimensiones: la proporcionalidad cardinal, que establece un estándar general para la cuantificación de la pena, y la proporcionalidad ordinal, que refiere a la graduación estricta dentro de ese rango (p. 241). Esta perspectiva exige que el margen discrecional del juez para fijar la pena se ejerza bajo un estándar restrictivo, especialmente cuando se desvía hacia la imposición de penas inferiores al mínimo legal o hacia agravaciones no justificadas

Asimismo, el autor español antes citado, subraya que tanto la decisión de no aplicar pena por ausencia de injusto suficiente, como la de imponer una sanción mayor basada en una valoración más grave del reproche, deben ser consideradas excepcionales y requerir una fundamentación sólida y reforzada, motivación

que lamentablemente ha sido dejado de lado por los juzgadores nacionales en el extremo de la pena. En particular, la imposición de la pena mínima debe sustentarse en una justificación clara que asegure que no se trata de un caso fuera del marco penal por insuficiencia del grado de injusto culpable. Así, este modelo ofrece una base conceptual robusta para una dosimetría penal que respeta el principio de proporcionalidad, limitando la discrecionalidad judicial y promoviendo una fundamentación rigurosa en cada decisión punitiva.

Así también, Feijoo (2007) comentando la teoría proporcionalista aquí sustentada, indica que este modelo de determinación de la pena está orientado principalmente desde una perspectiva retrospectiva, enfocándose en identificar la pena justa que el autor debe asumir por su conducta, más que en fines prospectivos o preventivos (p. 07). Este enfoque, vinculado a una prevención general limitada por los principios de culpabilidad y proporcionalidad, enfatiza que la imposición judicial debe centrarse en la valoración del desvalor del hecho y la afectación al bien jurídico desde la óptica de la víctima, desplazando así las consideraciones dirigidas a influir sobre el autor o terceros.

El citado autor señala también que la teoría de la determinación de la pena se configura como un análisis riguroso de los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad, que dan sentido comunicativo al hecho concreto. En este sentido, la graduación de la pena hacia arriba o hacia abajo debe resolverse a partir de un concepto material de delito que elimine la arbitrariedad, vinculando los criterios de dosimetría directamente con los mismos que fundamentan la imposición de la pena (2007, pp. 08-09).

Feijoo (2007) finalmente destaca la contribución de Hörnle, cuya teoría de la proporcionalidad al hecho orienta la determinación de la pena a la teoría del delito y al injusto culpable, sosteniendo que la sanción debe depender exclusivamente de la gravedad objetiva del hecho, es decir, del grado de desvalor que este representa. (pp. 08-09).

Este enfoque, como se puede observar, resulta especialmente relevante para el contexto peruano, donde la aplicación rígida de esquemas de tercios y modelos escalonados ha restringido la valoración concreta de la gravedad del hecho, reforzando la necesidad de que el juez pueda ejercer su función con criterios claros, equilibrados y ajustados al reproche efectivo.

### ***Importancia de la valoración probatoria y su motivación en la fundamentación de la pena***

En el marco de un modelo penal garantista, la función del juez trasciende la simple constatación de la existencia del delito para involucrar una construcción argumentativa y razonada de la pena, que refleje los principios de individualización y proporcionalidad. Este proceso exige, ante todo, una valoración exhaustiva y crítica de los hechos concretos, puesto que la determinación de la pena debe basarse en la realidad material del caso, no en una simple sumatoria mecánica de circunstancias atenuantes y agravantes o conteo de circunstancias específicas. La evaluación integral debe considerar el grado de injusto del hecho, el nivel de culpabilidad del autor, las consecuencias materiales y sociales del delito, así como otros elementos relevantes que permitan formular una respuesta penal justa y proporcional del caso en concreto. Debe además abandonar la idea que toda circunstancia tiene la misma eficacia en todos los casos.

En este sentido, Ziffer (1999) destaca que la fijación de los factores relevantes desde la perspectiva de la culpabilidad y la prevención constituye la base fundamental sobre la cual se sustenta la decisión judicial respecto a la pena (p. 98). De igual manera, Jescheck y Weigend (2014) señalan que la individualización penal debe realizarse dentro del marco legal punitivo, clasificando cada caso conforme a sus particularidades, tales como las consecuencias del hecho, la forma de ejecución o la motivación del autor (p. 1303). Esto implica que el juez debe motivar con igual rigor y profundidad la determinación y modalidad de la pena que la responsabilidad penal en sí misma.

Sin embargo, esta exigencia se encuentra en tensión con los modelos rígidos o predeterminados, como el sistema de tercios o el esquema escalonado, que sustituyen el juicio valorativo del juez por fórmulas matemáticas preestablecidas. Dichos esquemas, fundamentados en causales estrictas previstas en la ley o fijadas jurisprudencialmente, limitan la capacidad del juez para realizar una valoración integral de los hechos y circunstancias, reduciendo su función a la mera aplicación normativa, sin una ponderación adecuada de las particularidades del caso. Esta mecanización de la pena priva al juez del margen indispensable para ejercer una deliberación prudente y conforme a los principios del derecho penal contemporáneo, vaciando de contenido la función jurisdiccional y afectando la justicia material.

La motivación de la pena es un elemento central del debido proceso y un pilar del sistema penal garantista, ya que asegura la transparencia y posibilita el control legal por parte de las partes, los tribunales superiores y la sociedad. Arias (2012) enfatiza que los jueces no pueden eludir la responsabilidad de fundamentar sus decisiones, proyectando los derechos de los procesados como parámetros normativos indispensables (p. 145).

No obstante, en la práctica judicial se observan deficiencias importantes en este deber. Marín de Espinosa Ceballos (2019) denuncia que con frecuencia el juez no justifica adecuadamente la individualización de la pena, limitándose a reproducir fórmulas legales y referencias generales a las circunstancias personales o la gravedad del hecho sin ofrecer una explicación concreta sobre la sanción impuesta (pp. 23-24). Asimismo, Núñez y Vera (2012) sostienen que la motivación de la sentencia es una garantía fundamental en el proceso penal, pues la decisión judicial debe ser producto de un ejercicio argumentativo fundado en un proceso reflexivo y racional (p. 202).

Una pena carente de motivación sólida carece de legitimidad, pues priva a la sociedad de entender las razones que sustentan la sanción. La motivación debe mostrar claramente cómo el juez valoró la prueba, el peso otorgado a cada

circunstancia y la manera en que se concretaron los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la graduación de la pena. No basta con señalar la aplicación de un tercio de la pena o la suma de agravantes; es imprescindible que la decisión sea fundamentada racionalmente y que refleje la valoración concreta de los hechos y la responsabilidad del condenado.

### **Crítica a los modelos rígidos de determinación punitiva**

Frente a un enfoque proporcional al hecho de determinación de la pena que se propone incorporar a los sistemas nacionales, estos esquemas rígidos como el de tercios y el escalonado presentan varias limitaciones que afectan negativamente la correcta y concreta individualización de la pena. Aunque estos modelos buscan garantizar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley disminuyendo la discrecionalidad del juez que hasta en un punto se convirtió en arbitrariedad (Oré, 2013, p. 01; Prado, 2015, p. 31)<sup>5</sup>; sin embargo, esta reforma fue a costa de sacrificar una evaluación profunda y detallada de las circunstancias del caso concreto, reduciendo el papel activo del juez y, por ende, el acceso a una justicia concreta.

El núcleo del problema radica en la visión formalista que subyace a estos esquemas, los cuales asumen que es suficiente con el número de circunstancias atenuantes y agravantes –sean genéricas, específicas o privilegiadas– para determinar la pena de forma precisa, si bien reconocemos la importancia que tiene la teoría de las Circunstancias muy bien desarrolladas por el profesor Silva (2025, pp. 2001-2011) estas no son

suficientes para permitir una correcta determinación de la pena. Esta lógica no favorece a una debida deliberación judicial, al reducir el proceso de toma de decisiones a la aplicación de reglas preestablecidas, sin tomar en cuenta la complejidad de cada caso individual. Como resultado, pueden imponerse penas

---

5 La doctrina hace referencia que dicha finalidad motivó la Ley N<sup>a</sup> 30076, sistema de tercios (Artículo 45-A), por lo que se colige la que en parte el esquema escalonado también coadyuva al mismo fin, considerando la naturaleza aritmética que posee.

similares a conductas que varían sustancialmente en términos de gravedad, contexto y reprochabilidad, lo que desnaturaliza el principio de proporcionalidad material y vulnera principios constitucionales esenciales.

Un ejemplo claro de esta problemática se observa en el caso de peculado doloso simple –en el sistema de tercios-. En este tipo de delito, un funcionario público que sustrae indebidamente una suma pequeña, como por ejemplo S/ 350, podría recibir la misma pena que otro funcionario que desvía una cantidad mucho mayor, como S/ 40.000, si ambos se encuentran dentro del mismo tercio punitivo según el sistema de tercios. Esta uniformidad de penas desatiende completamente la magnitud del daño y el contexto del delito, dos factores esenciales que deberían influir en la determinación de la pena. En este caso, el sistema rígido despoja al juez de la capacidad de valorar la verdadera gravedad del hecho y la responsabilidad del autor, lo que lleva a una decisión desproporcionada.

Otro ejemplo claro se podría encontrar en el delito de estafa agravada, donde los sistemas rígidos no permiten una diferenciación adecuada según la magnitud y las circunstancias del daño causado. En el sistema escalonado, si dos casos de estafa presentan una misma agravante, como la pluralidad de víctimas, el modelo puede imponer la misma pena a dos conductas que, aunque formalmente encajen en el mismo escalón, presentan diferencias sustanciales en su ejecución y consecuencias.

Por ejemplo, un caso puede involucrar un fraude digital cometido por dos jóvenes que comercializan entradas falsas por redes sociales, con un perjuicio patrimonial reducido. En contraste, otro caso podría implicar una defraudación masiva a través de una empresa inmobiliaria ficticia, perjudicando a cincuenta adultos mayores por más de dos millones de soles. A pesar de las diferencias sustanciales en el daño causado, el nivel de planificación y la afectación psicosocial, el sistema vigente constriñe al juez a imponer la misma pena base, desatendiendo una valoración contextual del hecho.

La desproporción punitiva generada por estos modelos requiere una revisión profunda de los fundamentos que deben guiar la determinación de la pena. Cuando se aplican estrictamente las causales taxativas previstas por la ley, circunstancias agravantes o atenuantes, sin considerar adecuadamente principios rectores como la proporcionalidad o la lesividad del hecho, el proceso de determinación de la pena se convierte en un ejercicio mecánico, una mera aplicación aritmética de las normas legales. Un ejemplo ilustrativo de esto se encuentra en el Recurso de Casación N° 2018- 2022/Selva Central (Corte Suprema de la República, 24/01/2025) en el que la Corte Suprema criticó la aplicación automática del principio de proporcionalidad para reducir la pena, argumentando que cualquier disminución, especialmente cuando se pretende imponer una pena por debajo del mínimo legal, debe sustentarse en causas legalmente previstas, lo cual no ocurrió en dicho caso, por ello rechazó la reducción de pena.

Sin embargo, esta resolución resulta errónea, pues es contradictoria con el mismo Acuerdo Plenario N° 01-2023 (Corte Suprema de la República, 28/11/2023) y otras Resoluciones supremas de años anteriores, que reconoce causales de disminución de la punibilidad extralegales, como el plazo razonable o el principio superior del niño. Es importante señalar que, en efecto, resulta correcto que existan causas extralegales para la reducción de la pena, especialmente en situaciones donde factores como el bienestar del niño o el derecho a un juicio en un plazo razonable puedan justificar dicha reducción. No obstante, es incorrecto utilizar este mismo argumento para negar la eficacia del principio de proporcionalidad, que debe ser considerado como un principio fundamental para ajustar la pena, incluso por debajo del mínimo legal, especialmente cuando la vulneración al bien jurídico es mínima.

La proporcionalidad debe ser un principio rector para medir la gravedad del hecho y, por tanto, para decidir si una pena por debajo del mínimo es adecuada. En situaciones donde el daño causado sea de escasa gravedad, el principio de proporcionalidad permite una reducción adecuada de la pena, en lugar de

una imposición automática basada únicamente en los márgenes establecidos por la ley. Por lo tanto, esta apreciación de la Corte Suprema es incorrecta. La proporcionalidad como principio fundamental debe prevalecer sobre la aplicación rígida de los márgenes legales predeterminados, permitiendo que el juez valore el contexto concreto del caso y ajuste la pena de manera justa, respetuosa con la gravedad del injusto cometido.

De manera complementaria, lo ha reconocido la Casación N° 1947- 2023/Ica (Corte Suprema de la República, 06/03/2024), pues la proporcionalidad tiene un fundamento legal sólido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que establece un doble enfoque: como “prohibición de exceso” y como “prohibición por defecto”. Este enfoque prohíbe tanto la imposición de penas excesivas como la reducción indebida de la pena por debajo de lo que se justifica con base en la gravedad del delito. La prohibición por defecto, en particular, impide que la pena sobre disminuya la responsabilidad atribuida al autor por su conducta, garantizando que la sanción sea siempre proporcional al reproche moral del hecho cometido.

En definitiva, los esquemas rígidos como el de tercios y el escalonado limitan la capacidad del juez para realizar una valoración integral de la prueba sobre los hechos y las circunstancias del autor. En lugar de ser un intérprete activo y razonado del conflicto penal, el juez se convierte en un aplicador mecánico de las reglas, lo que vacía de contenido la función jurisdiccional. Esta tendencia desnaturaliza la motivación judicial, que es esencial para garantizar una respuesta penal justa, proporcional y razonada.

Desde una perspectiva crítica, un modelo de determinación de la pena basado en cálculos automáticos no es compatible con un sistema penal comprometido con la racionalidad y la dignidad humana. Como señala Bombini (2013) analizando la experiencia argentina, las estrategias legislativas que intentan reducir la imprevisibilidad judicial a través de la reducción del margen de discrecionalidad en realidad no logran evitar arbitrariedades, sino que, por el contrario, simplifican

excesivamente el proceso de toma de decisiones (p. 39). Ennis (2016) por su parte advierte que los jueces deben ser los encargados de incorporar en la decisión penal información referida al caso concreto y a sus protagonistas, circunstancias que no pueden ser previstas en una norma general y abstracta (p. 216). Esto subraya la importancia de que los jueces cuenten con la libertad para valorar de manera integral los elementos del caso y no se vean reducidos a la aplicación de fórmulas predeterminadas.

La verdadera determinación de la pena debe ir más allá de un ejercicio mecánico y debe reposar en un juicio de proporcionalidad que contemple no solo el injusto concreto, sino también la culpabilidad del autor y las condiciones del caso. La pena, como manifestación del poder punitivo del Estado, exige una fundamentación racional que respete los fines constitucionales del derecho penal, en particular la dignidad humana.

La función del juez, en este sentido, no se limita a constatar la comisión del hecho punible, sino que implica una evaluación cualitativa de la gravedad del delito y las circunstancias del autor, a fin de determinar una respuesta penal justa y proporcional. Los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad no solo funcionan como límites al *ius puniendi*, sino que también sirven como directrices para la individualización de la pena. En este contexto, la individualización no puede ser sustituida por esquemas aritméticos o automáticos, ya que ello desnaturalizaría el deber de motivación judicial y afectaría la legitimidad de la respuesta penal. Es imperativo, por tanto, construir un modelo de determinación de la pena que se base en la ponderación valorativa, que reconozca la singularidad y complejidad de cada caso, y que no dependa exclusivamente de fórmulas preestablecidas.

## **La analogía con la superación de la prueba tasada: del formalismo al juicio racional de la pena**

La evolución del derecho procesal penal ha enseñado importantes lecciones que también son válidas para el desarrollo de la teoría de la determinación judicial de la pena. Uno de los cambios más destacados fue la transición del sistema de prueba legal o tasada al modelo de libre valoración, en el cual el juez asume un rol activo en la construcción argumentativa de los hechos probados. Este cambio no fue únicamente técnico, sino que implicó una transformación profunda en la concepción del rol judicial, pasando de ser un aplicador de reglas prefijadas a un sujeto que delibera, pondera y justifica sus decisiones con base en criterios racionales y epistémicos.

Este planteamiento tiene un paralelo claro con la discusión sobre los sistemas actuales de determinación judicial de la pena. Aunque los esquemas rígidos, como el sistema de tercios o el modelo escalonado, no establecen penas tasadas y aún permiten un margen de discrecionalidad, el problema radica en que estos modelos fijan límites predefinidos que no permiten una valoración integral y contextualizada de los hechos. En lugar de ser simplemente una aplicación matemática, estos esquemas podrían beneficiarse de la posibilidad de ser ajustados bajo el principio de proporcionalidad, que reconoce que los márgenes establecidos pueden ser sobrepasados cuando la gravedad del hecho lo justifique

Ferrer Beltrán (2007) sostiene que la libre valoración de la prueba se entiende como una valoración no sujeta a normas preestablecidas que determinen automáticamente el resultado (p. 61); lo que implica que, al igual que en el ámbito probatorio, el proceso de determinación de la pena también debe permitir al juez construir su decisión conforme a los principios fundamentales del derecho penal, como la culpabilidad, proporcionalidad y prevención. En este contexto, el principio de proporcionalidad debe garantizar que, aunque existan límites legales, la pena pueda reducirse según la magnitud del injusto concreto, ajustándose a la gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad del autor. Es decir, la pena

nunca debe incrementarse más allá de lo necesario, pero puede ser rebajada si se demuestra que la situación no justifica una pena tan alta.

Este modelo de juicio basado en la confianza en el razonamiento del juez se opone a los sistemas que predeterminan la pena mediante reglas fijas que excluyen el análisis de las circunstancias particulares del caso. Ferrer Beltrán (2007) menciona que este enfoque de libre valoración es fundamental para permitir que el juez tome decisiones fundamentadas en un contexto específico (p. 61-62), lo que refuerza la idea de que el principio de proporcionalidad no debe ser reemplazado por la rigidez de los márgenes preestablecidos, sino que debe actuar como una guía para ajustar la pena a la realidad del caso

En este sentido, los sistemas normativos que predeterminan aritméticamente la pena, como el sistema de tercios o el modelo escalonado, pueden ser vistos no como un obstáculo a la individualización de la pena, sino como una herramienta que establece un marco dentro del cual el juez debe trabajar. Estos modelos, aunque basados en reglas legales, deben permitir que el juez pueda, a través de un juicio razonado y contextual, superar los límites establecidos por las circunstancias atenuantes o agravantes, siempre en la dirección de reducir la pena, cuando corresponda

Gascón (2007) advierte que tanto en la prueba de ordalía como en la prueba legal, los sistemas de «prueba formal» excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio superior e infalible (pp. 12-13). Esta crítica es igualmente válida para los modelos de determinación de la pena, ya que, si bien estos sistemas proveen un marco general de sanciones, es crucial que se mantenga la capacidad del juez para valorar el caso en su totalidad.

La lógica detrás de los modelos como el de los tercios es útil para estructurar las sanciones, pero el juez debe tener la capacidad de ir más allá de estos límites, cuando la proporcionalidad lo requiera.

Gascón (2007) también resalta que lo importante en la prueba formal no es tanto la verificación de los hechos en sí, sino el cumplimiento de un ritual

probatorio que se consideraba equivalente a la demostración de los hechos (pp. 14-15). De manera análoga, en la determinación de la pena, lo que se termina privilegiando con los sistemas rígidos es el cumplimiento de una fórmula preestablecida, como la división en tercios, en lugar de una evaluación integral de las circunstancias concretas del caso. Este enfoque formalista, aunque tiene su razón de ser, no debe sustituir el juicio prudente y razonado del juez, que debe poder ajustar la pena dentro del marco legal, pero no necesariamente atarse a los márgenes más estrictos, cuando la situación lo amerite.

Por lo tanto, al igual que se superó el sistema de prueba tasada en favor de un modelo de valoración racional, es urgente avanzar hacia un modelo de determinación de la pena que se base en el juicio racional del juez. Este modelo debe estar guiado por principios sustantivos, como la proporcionalidad, y no por una mecánica rígida que limita la discrecionalidad judicial. El derecho penal del siglo XXI debe confiar en el juez, no para actuar con arbitrariedad, sino para razonar conforme a principios garantistas, deliberando en cada caso con responsabilidad y justificación. Así, los márgenes establecidos por los sistemas rígidos, como el de tercios, deben ser vistos como un punto de partida que el juez puede sobrepasar para lograr una respuesta proporcional al caso concreto, siempre para reducir la pena, no para aumentarla.

### **Propuesta: Una dosimetría penal racional basada en el principio de proporcionalidad y la valoración de la prueba**

La propuesta de un “sistema de pena valorada” parte de la premisa de que la determinación de la pena debe sustentarse en un juicio racional y argumentado, no en la aplicación mecánica de reglas aritméticas. Ni el sistema de tercios, previsto en la Ley N.º 30076 (Art. 45-A), ni el esquema operativo escalonado reducen la dosimetría penal a una simple suma de agravantes y atenuantes; ambos modelos, sin embargo, terminan limitando la capacidad del juez al imponerle un

marco dentro del cual debe fijar la pena. Este enfoque, aunque no establece penas tasadas y permite un espacio para la discrecionalidad, puede hacer que el juez se vea restringido a aplicar reglas predefinidas sin poder valorar adecuadamente las particularidades del caso.

En contraposición, el “sistema de pena valorada” sostiene que la proporcionalidad debe de ser el eje central de la determinación de la pena. No se trata solo de contar agravantes y atenuantes, sino de evaluar el nivel de lesión concreta al bien jurídico, así mismo, debe de evaluarse la culpabilidad, hasta qué punto el autor pudo haber actuado de otra manera y merece reproche. Roxin (2019) subraya que la culpabilidad es el criterio rector de la dosimetría y debe ser tomada en cuenta a la hora de determinar la pena (p. 34); no únicamente los agravantes. Desde esta perspectiva, la proporcionalidad sustantiva no solo exige que la sanción se ajuste a los márgenes mínimos y máximos legales, sino que también debe considerar el daño efectivo causado, la intensidad del injusto y el nivel de reprochabilidad.

Asimismo, la lesividad contextual juega un papel clave en la diferenciación de conductas que, a pesar de sumar el mismo número de agravantes, pueden afectar al bien jurídico de forma radicalmente distinta. Esta consideración le da al juez el espacio para adaptar la pena según la complejidad del caso concreto, sin estar atado estrictamente a los márgenes predefinidos de los sistemas rígidos.

La pena valorada cobra su máxima expresión en la valoración integral de la prueba, que es esencial para determinar la gravedad real del hecho. El juicio oral, como escenario central del proceso penal, permite que el juez recoja todos los elementos relevantes, incluyendo los testimonios, pruebas periciales y cualquier indicio que aporte a la comprensión del hecho y del contexto en que ocurrió. A partir de este análisis, el juez puede construir un “mapa de criterios” que cruza el grado de injusto con la culpabilidad personal del autor, lo que permite ubicar la pena en una escala continua y flexible, adaptada a las circunstancias específicas del caso.

En este contexto, la pena valorada asegura que la pena no se imponga de forma rígida, sino tras un proceso deliberativo en el que se ponderan todos los factores relevantes del caso. Como Sauli (2020) señala, la tarea de seleccionar y calibrar la pena adecuada a las circunstancias del hecho y del sujeto responsable representa el principal desafío del sistema penal (p. 14). Esta metodología fomenta una toma de decisiones más justa y razonada, que se basa en los principios fundamentales del derecho penal y respeta la dignidad humana.

Una de las principales características de la pena valorada es la forma en que la proporcionalidad puede ser aplicada de dos maneras para ajustar la pena dentro de los márgenes legales establecidos. La proporcionalidad no solo puede eliminar la necesidad

de la pena (cuando el daño es tan mínimo que se justifica prescindir de ella), sino también reducir la pena dentro de los márgenes legales cuando sea evidente que la conducta no justifica una pena tan alta.

En el primer caso, la proporcionalidad puede tener el efecto de desvanecer el merecimiento de la pena, es decir, cuando la gravedad del hecho es tan leve que no justifica una sanción. La Corte Suprema es más ya lo a aplicado anteriormente, pero con el nombre de merecimiento de pena, como se observa en el Recurso de Nulidad N° 3763- 2011/Huancavelica (Corte Suprema de la República, fundamento séptimo, 29/01/2013); Recurso de Nulidad N° 715-2017/Cusco (Corte Suprema de la República, fundamento 21.2, 05/06/2019); Recurso de Nulidad N° 311-2012/Apurímac (Corte Suprema de la República, fundamento 3.4, 27/02/2013); Recurso de Nulidad N° 288-2017/Lima (Corte Suprema de la República, fundamento 13.3, 14/01/2019) y el Recurso de Nulidad N° 238-2009/Puno (Corte Suprema de la República, fundamento quinto, 19/03/2010).

En el segundo caso, la proporcionalidad funciona como un mecanismo de reducción. Incluso dentro de los márgenes predefinidos, si la proporcionalidad lo exige, el juez puede bajar de un tercio intermedio a uno inferior –y así según sea el caso-, o de un escalón alto a uno bajo, siempre dentro del marco legal

establecido. Este ajuste no está prohibido, sino que está orientado a asegurar que la pena sea lo más ajustada posible al daño real causado. De esta manera, aunque los sistemas de tercios o el modelo escalonado ofrecen un marco estructurado, el juez tiene la capacidad de ajustarlo según las circunstancias del caso. La pena nunca debe exceder los márgenes máximos previstos por la ley, pero sí puede ser reducida si la gravedad del hecho lo permite.

La principal ventaja de la pena valorada frente a los esquemas de tercios y escalonado es que mantiene la flexibilidad y proporcionalidad de la pena, permitiendo que el juez valore el contexto concreto del caso. Si bien estos esquemas son útiles para garantizar la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la pena, el modelo de pena valorada da un paso más allá al permitir que el juez decida si las circunstancias específicas del caso justifican una pena inferior a la establecida por los márgenes predefinidos.

Además, el sistema de pena valorada no rechaza completamente los esquemas de tercios o el modelo escalonado, sino que los reinterpreta como guías orientativas, no vinculantes. Estos esquemas pueden seguir sirviendo como punto de referencia, pero no como reglas fijas que impiden la deliberación judicial. La flexibilidad inherente al modelo de pena valorada permite que el juez tenga en cuenta no solo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino también los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad en su conjunto.

Como Silva (2025) señala, «el juicio oral debe ser el escenario de un amplio debate sobre la concurrencia de las circunstancias y de cualesquiera otros elementos que puedan influir en la medida de pena del acusado» (pp. 1995-1996). Esta visión permite recuperar el espacio del juez para que ejerza su función deliberativa con responsabilidad, fundamentando su decisión de manera transparente y ajustada al contexto del caso.

En última instancia, la “pena valorada” representa un cambio hacia un sistema más flexible y razonado en la determinación de la pena, permitiendo que el juez construya una respuesta punitiva que sea proporcional no solo a los

márgenes legales, sino también al daño real causado por el delito. Este modelo contribuye a superar la rigidez de los esquemas predeterminados y ofrece una solución más ajustada a los principios de justicia material, favoreciendo una mayor individualización de la pena.

## **Conclusiones**

- La determinación judicial de la pena debe fundamentarse en un juicio racional y argumentado, que trascienda la aplicación mecánica de esquemas numéricos rígidos, permitiendo al juez valorar integralmente la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y el contexto específico del caso.
- Los sistemas de tercios y el modelo escalonado, aunque valiosos para la seguridad jurídica, deben entenderse como pautas orientativas y no como límites insuperables, de modo que el principio de proporcionalidad permita reducir la pena cuando la gravedad real del delito así lo justifique, sin alterar el máximo legal previsto.
- La proporcionalidad tiene dos efectos esenciales en la dosimetría penal: puede justificar la exclusión de la pena cuando la gravedad del hecho es mínima, o la reducción dentro de los márgenes legales, mediante el ajuste de tercios o escalones hacia niveles inferiores, según la valoración del juez.
- La valoración integral de la prueba en el juicio oral es el elemento clave para asegurar una dosimetría penal justa y proporcional, pues permite que el juez construya una respuesta punitiva basada en un análisis completo y transparente de las circunstancias y evidencias, garantizando así una motivación sólida y socialmente legítima.
- La propuesta de pena valorada contribuye a equilibrar la uniformidad y la justicia material, recuperando el rol activo del juez como garante de derechos y principios constitucionales, alejando la determinación de la pena de la

aritmética punitiva y acercándola a un modelo de justicia verdaderamente individualizada y razonada.

## **Bibliografía**

- Arias Holguín, D. P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista Derecho*, 38, 142-171. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972012000200005](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972012000200005)
- Bombini, G. (2013). Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena.
- En A. Alagia, J. De Luca & A. Slokar (Dir.), *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena: Compendio de doctrinas* (pp. 33–54). Ediciones Infojus. [https://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion\\_y\\_ejecucion\\_de\\_la\\_pena.pdf](https://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion_y_ejecucion_de_la_pena.pdf)
- Cancho Espinal, C. (2023). *Tractatus sobre la determinación judicial de la pena*.
- Cita Triana, R. A., & Gonzáles Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación colombiana*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ennis, J. L. (2012). Aportes para una dogmática de la determinación de la pena. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (42), 215–228. Universidad Nacional de La Plata. [https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/48399/Revista\\_completa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/48399/Revista_completa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Feijoo Sanchez, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Revista para el análisis del derecho*, (13), 1-20. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403\\_es\\_1.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403_es_1.pdf)
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal Parte General*. (Marcelo A. Sancinetti, Trad.). Hammurabi.
- García, J. C. (2017). *La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecida en el Código Penal de 1991* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional-UNMSM. <https://core.ac.uk/download/pdf/323345764.pdf>
- García Cavero (2019). *Derecho Penal Parte General*. 3ª Ed. IDEMSA. Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (3.ª ed.). Marcial Pons.
- Guevara Vásquez, I. P. (2024). *El quantum de la pena concreta. Más allá del Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112*. Gamarra Editores.
- Hornle, T. (2023). *Determinación de la pena y culpabilidad: Estudios sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Ediciones Olejnik.

- Jesheck, H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General TOMO II.* (M. Olmedo Cardenete Trad.). Pacífico.
- Kantorowicz, H. (2019). *La lucha por la ciencia del derecho.*
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2019). El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial. *Derecho & Sociedad*, (52), 13-26. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21209>
- Núñez, R., y Vera, J. (2012). Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno. *Política Criminal*, 7(13), 168–208. [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_13/Vol7N13A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A5.pdf)
- Oré Sosa, E. (2013). Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A Propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076. Université de Fribourg, [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20131108\\_03.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf)
- Prado Saldarriaga, V. (2015). *Determinación judicial de la pena.* Instituto Pacifico.
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito giro punitivo y nuevo marco legal.* IDEMSA.
- Rizzi, F. T. (2020). La determinación Judicial de la pena. Teorías y problemas. *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (10), 57–82. <https://revistasdigitales.udes.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/30>
- Roxin, C. (2019). *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* 2º ed. B. de F..
- Rodrigo, F. M. (2009). Lineamientos para la determinación de la pena en el Estado constitucional de Derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, (16), 1–24. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7354744>
- Salazar Marín, M. (1989). La determinación judicial de la pena. *Nuevo Foro Penal*, (43), 9-28. [https://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/nuevo\\_foro\\_penal/NFP43.pdf](https://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/nuevo_foro_penal/NFP43.pdf)
- Sauli, E. (2020). Juicio de cesura: Aportes prácticos y dogmáticos para la determinación de la pena. Universidad Austral. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1289>
- Silva Sánchez, J. M. (2025). *Derecho penal. Parte general.* Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In Dret.
- Zaffaroni, Alagia & Slokar, (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General.* EDIAR.
- Ziffer, P. (1999). *Lineamientos de la determinación de la pena.* 2º ed. Editorial Ad-Hoc.

- Ziffer, P. (2023). La discusión en torno al concepto de culpabilidad. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 19-45. <https://rpcp.pe/index.php/RPCP/article/view/117/249>
- Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 (2023). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Acuerdo-Plenario-01-2023-CIJ-112-LPDerecho.pdf>
- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2024/CIJ-112 (2025). [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a4ec00043c19479a4acece5406a4592/Acuerdo+Plenario+Extraordinario+N%C2%B0+2-2024-CIJ-112\\_ok.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a4ec00043c19479a4acece5406a4592](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a4ec00043c19479a4acece5406a4592/Acuerdo+Plenario+Extraordinario+N%C2%B0+2-2024-CIJ-112_ok.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a4ec00043c19479a4acece5406a4592)
- Casación N.º 1947-2023/Ica. (2024). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6086701/5386354-casacion-1947-2023-1.pdf?v=1710970894>
- Casación N° 2018-2022/Selva Central (2025). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7587837/6439377-cas-2018-2022-selva-central.pdf?v=1738851037>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (2024). CFP 1710/2012/TO2/17/2/1/RH19 De Vido, Julio Miguel y otro s/ incidente de recurso extraordinario. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/91379-principios-determinacion-pena-segun-cs-jn-fundamentos-y-pautas-del-codigo-penal>



## **Aproximación al “multiverso” de la publicidad del abogado en el Perú**

### ***Approach to the “multiverse” of lawyer’s advertising in Peru***

Javier André Murillo Chávez<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El presente trabajo aborda el tema de la publicidad de los abogados, tema que no siempre ha sido de fácil abordaje debido a su íntima vinculación histórica al ámbito deontológico, a la par del ámbito jurídico. Un verdadero “multiverso”. De esta forma, hay dificultades en la comprensión del límite entre ambos “universos” en el ordenamiento jurídico peruano. Al analizar las normas jurídicas aplicables a la publicidad de los abogados y su conexión con el ámbito ético, campo liderado por los Colegios de Abogados, describimos cómo se han creado un “portal” que conecta el ámbito jurídico con el ámbito de la ética del abogado y otro “portal” que “juridifica” las disposiciones deontológicas, lo que genera incertidumbre sobre las normas –sean jurídicas y/o deontológicas– que son aplicables a la publicidad

1 Dedicado a mi abuelo Alipio y a mi papá Fernando, miembros del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, mis modelos a seguir.

Máster en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) y Magister en Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad César Vallejo (UCV). Lima, Perú. Abogado. ja.murillo.ch@gmail.com ORCID: 0000-0002-6062-6297.

de los abogados en el Perú. Igualmente, se analizan los riesgos y ventajas que trae este panorama y se sustenta porqué uno de estos dos “portales” debe ser cerrado para tener claridad en los “viajes multiversales” en el ejercicio de la abogacía en el Perú.

**Palabras clave:** Publicidad, Publicidad del abogado, Derecho de Represión de Competencia Desleal, Ética, Ética del abogado.

## **Abstract**

This paper addresses the issue of lawyers’ advertising, a subject that has not always been easy to approach due to its intimate historical connection to the deontological field, on a par with the legal field. A true “multiverse”. Thus, there are difficulties in understanding the boundary between both “universes” in the Peruvian legal system. In analyzing the legal rules applicable to lawyer advertising and their connection with the ethical field, a field led by the Bar Associations, we describe how a “portal” has been created that connects the legal field with the field of lawyer ethics and another ‘portal’ that “juridifies” the deontological provisions, which generates uncertainty about the rules -whether legal and/or deontological- that are applicable to lawyer advertising in Peru. Likewise, the risks and advantages of this scenario are analyzed, and it is argued why one of these two “portals” should be closed in the aim to clarity in the “multiversal travels” in the practice of law in Peru.

**Keywords:** Advertising, Lawyer Advertising, Unfair Competition Law, Ethics, Ethics of Lawyers.

## **Introducción**

Una de las escenas más icónicas de la película *The Rainmaker* (Coppola, 1997), de clara temática jurídica, está íntimamente vinculada a la publicidad de los abogados y la práctica ética de estos; en esta, vemos a un viejo paralegal llamado Deck Shifflet, protagonizado por Danny DeVito, junto a un joven abogado

recién egresado llamado Rudy Baylor, protagonizado por un joven Matt Damon, buscando clientes para el estudio de abogados donde comenzó a trabajar Baylor. El veterano Shifflet –quien ha fallado seis veces su examen en la barra para ejercer como abogado– está enseñando las “lecciones” que no le enseñaron en la Facultad de Derecho a Baylor. Lo curioso es que el lugar donde van a buscar clientes es un hospital; de esta forma, Shifflet se pasa viendo camas de hospital y revisando historias clínicas buscando los casos más “convenientes” en términos económicos para poder ofrecer los servicios jurídicos y patrocinarlos en las cortes: pacientes con lesiones graves que seguro representarían una buena suma de dinero como honorarios en casos de responsabilidad civil, usualmente, contra las aseguradoras o grandes empresas, si están involucradas en el accidente.

Si esta práctica se hubiera producido en el Perú, muy probablemente, el motivo por el cual el abogado de la firma –en la película J. Lyman «Bruiser» Stone, protagonizado por Mickey Rourke– no hace estas actividades publicitarias directamente es por la norma deontológica aplicable en ese momento, que citando textualmente el artículo 13 del antiguo Código de Ética del Abogado de 1997 (en adelante, ex CEA 1997), señalaba «(...) para la formación decorosa del Publicidad, Publicidad del abogado, Derecho de Represión de Competencia Desleal, Ética, Ética del abogado. clientela, el Abogado debe cimentar una reputación de capacidad profesional y honradez, y evitará escrupulosamente la solicitud directa o indirecta de la clientela. (...)» (ex CEA, 1997).

El antiguo cuerpo legal deontológico en Perú sólo contenía dos disposiciones –realmente– referidas a la publicidad del abogado. La primera disposición (artículo 13) claramente establecía una limitación casi absoluta, en el plano deontológico, a la posibilidad de efectuar publicidad por parte de los abogados, ya que la única forma permitida de hacer publicidad era a través de « (...) la publicación o el reparto de tarjetas meramente enunciativas del nombre, domicilio y especialidad » (ex CEA, 1997); mientras que la segunda disposición (artículo 15) llevaba la restricción un poco más allá, pues también alcanzaba a la labor de difusión en

medios de comunicación, estableciendo que «falta a la dignidad profesional el [a]bogado que habitualmente absuelva consultas por radio o emita opiniones por cualquier medio de publicidad sobre casos jurídicos concretos que le sean planteados; sean o no gratuitos sus servicios» (ex CEA, 1997).

No obstante, es necesario precisar que –para ese entonces, durante la vigencia de este viejo Código de Ética– nada en el plano jurídico impedía que los abogados pudieran efectuar libremente publicidad, como cualquier otro servicio en el mercado, sometidos únicamente a los límites del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (en adelante, aNPDC), y el Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de Competencia Desleal, (en adelante, aLRCD)<sup>2</sup>. Sin embargo, siempre estaba la “espada de Damocles” del colegio de abogados al que pertenecía el potencial letrado anunciante, lo cual –creemos– configuraba suficiente desincentivo para no hacer publicidad. Además, había que sumarle otro tema no menos importante: la superioridad egocéntrica que se tenía –y tiene aún– de la profesión de los abogados, al punto de que el ex CEA 1997 utilizaba –y aún la norma actual continúa usándolos en algunos casos– los términos “dignidad profesional” o “formación decorosa”, pues ambos otorgan una sensación de “superioridad” que se tenía respecto a la profesión del abogado durante años y continúa con micro-prácticas como el “doctoreo”<sup>3</sup>.

Actualmente, con el Código de Ética del Abogado de los Colegios de Abogados del Perú de 2012 (en adelante, CEACP 2012), actualmente vigente, la regulación se ha ampliado y, por así decirlo, liberalizado, ya que ahora permite expresamente la publicidad de los abogados y fija límites específicos; no obstante, creemos que podría haber problemas con la inclusión de una norma deontológica de remisión (artículo 69) que podría estar ampliando y abriendo una conexión entre ambos planos –deontológico y jurídico–, al igual que la juridificación de las normas

---

2 Ambos cuerpos normativos derogados por la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, vigente desde 2008.

3 Se puede observar la mención a esta práctica en la entrevista a Óscar Montezuma criticando las formalidades en la labor del abogado en tiempos actuales (2021, p. 26).

deontológicas a través del inciso 3 del artículo 293 del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) al establecer como un deber jurídico de los abogados patrocinantes «(...) defender con sujeción a (...) las normas del Código de Ética Profesional» (1991).

Precisamente, la justificación objetiva del presente artículo es analizar y aclarar –en lo posible– el panorama de la aplicación de las normas tanto deontológica como jurídicamente respecto a la publicidad del abogado, ya que actualmente la gran cantidad de abogados y abogadas que ejercen la profesión deben tener claro cuáles son los límites de su actividad publicitaria, sobre todo en un mundo competitivo como el actual. Como veremos, la transparencia en la aplicación de las normas deontológicas y jurídicas es necesaria porque se podrían generar escenarios de sobreposición y, en el peor de los casos, posible doble sanción. Así mismo, la justificación subjetiva reposa en mi interés como autor –siendo miembro de la tercera generación de abogados en mi familia paterna– de colaborar con el estudio de aspectos especializados acerca de la gran labor de abogados litigantes que hicieron mi padre y mi abuelo en la ciudad del Cusco, ambos sometidos al “yugo” del antiguo ex CEA 1997 sin poder efectuar publicidad y, aun así, haber brillado lo suficiente para tener clientes y resaltar en la prestación de sus nobles servicios.

Para lograr el objetivo planteado con el presente trabajo, se analizaron dogmática y funcionalmente tanto las normas jurídicas y éticas en materia de publicidad del abogado, además de las principales decisiones judiciales y administrativas existentes en el ordenamiento jurídico peruano y trazos de nivel comparado; de igual forma, se revisaron fuentes doctrinarias nacionales y extranjeras para obtener fuentes cualitativas para el respectivo análisis jurídico; por último, se utilizó el Análisis Económico del Derecho para analizar algunos de los riesgos y ventajas de los “portales” encontrados en el estudio del presente trabajo académico.

La premisa de la que parte el presente estudio es que los planos deontológico y jurídico deben presentar una armonía de complementariedad para evitar el abuso de restricciones a la práctica publicitaria de los abogados. Por ello, con el objetivo de verificar esta hipótesis, primero se analizarán los dos planos de regulación existentes: el deontológico y el jurídico; segundo, se expondrán las formas en que estos dos planos están conectados; y, finalmente, analizaremos la pertinencia o no de estas conexiones entre lo jurídico y lo deontológico, y viceversa, indicando –si fuera pertinente– las propuestas de modificación que proponemos en el CEACP 2012 para lograr la armonía de ambos planos con la finalidad de crear transparencia y predictibilidad para los miembros de la orden en nuestro país.

### **El “multiverso” de la publicidad del abogado en el Perú**

Uno de los conceptos que ha cobrado importancia en los últimos tiempos gracias al cine y la cultura pop es el denominado “multiverso”, el cual podemos definir de forma no técnica como la existencia de diversos “universos” compuestos de elementos físicos (personas, objetos, lugares, entre otros) en los que podría existir coincidencias o no, cuya constante es el paso del tiempo; de esta forma, en las más recientes películas de superhéroes, por ejemplo de la franquicia Marvel®, se puede identificar diversos “universos” o “realidades”: Tierra-616, Tierra 1610, Tierra 199999, Tierra 311, entre otros. Estos conceptos no se deben confundir con las distintas “dimensiones”, espejo alterno en un mismo “universo” o “realidad” creadas por magia, poderes u otra fuente de fantasía, o “líneas temporales”, divergencias creadas por cambios en eventos canónicos que crean sucesos alternos en un mismo “universo” o “realidad”, principalmente creadas por la introducción en la ficción de viajes en el tiempo.

Esto ha generado que podamos observar a tres diferentes Spiderman en la película “Spider-man No Way Home” (Watts, 2021) o al enjambre de versiones de este superhéroe en las películas de la serie Spider-man animadas por Sony

(Ramsey, Persichetti & Rothman, 2018) (Dos Santos, Powers & Thompson, 2023). Ahora bien, el hecho de que esas reuniones se hayan podido realizar se debe a que alguien ha creado artificialmente las conexiones entre los “universos” o “realidades”; pero antes de pasar a los “portales”, debemos indicar que este fenómeno también se está presentando en la regulación de la publicidad del abogado en el Perú.

Nosotros creemos que hay un “multiverso” de la publicidad del abogado, donde hemos identificado, una “realidad” creada por la regulación netamente deontológica que, ahora, incluye disposiciones sobre la forma ética de realización de publicidad del abogado y otro “universo” que contiene la regulación jurídica de los actos publicitarios a través del Derecho de Represión de la Competencia Desleal, la cual incluye dentro de su ámbito de aplicación aquella publicidad comercial –y otros actos no publicitarios pero concurrenciales– que realizan los abogados y abogadas en el mercado peruano. En ese sentido, un abogado o abogada transita entre los dos “universos” estando sometido a las normas deontológicas y jurídicas, como veremos, dependiendo de su elección de incorporarse al colegio de abogados. Pasemos a describir cada uno de estos “universos”, comenzando con las normas deontológicas.

### ***La regulación deontológica de la publicidad del abogado***

El CEACP 2012, a diferencia de su antecesor, permite la publicidad de los abogados como regla general en su artículo 65, indicando que «el abogado podrá anunciar sus servicios a través de cualquier medio de comunicación (...)» (2012). Sin embargo, lo supedita a que se anuncie «(...) actuando de manera responsable y en armonía con los principios de veracidad, autenticidad, lealtad, legalidad y con las normas y principios que rigen a la publicidad en defensa del consumidor» (2012, art. 65). En este punto, comienzan a abrirse las “grietas” entre el plano jurídico y deontológico al mencionar la “defensa del consumidor”, referencia indirecta –en nuestra opinión, equivocada– a las normas jurídicas de la disciplina

de Derecho de Consumo; además, aunque de manera menos evidente, se hace referencia a los principios que guían el contenido de la verdadera norma rectora en materia de Derecho de Represión de la Competencia Desleal, cuyo contenido, respecto al tema de este estudio, describiremos más adelante.

También es importante mencionar que el concepto a nivel deontológico que consignó el CEACP 2012 en su glosario de términos considera que publicidad es «[c]ualquier medio a través del cual el abogado busca darse a conocer», concepto evidentemente más amplio que la concepción de publicidad comercial existente en la norma jurídica específica.

Luego, el CEACP 2012 establece, en su artículo 66, seis específicas conductas consideradas publicidad indebida realizada por un abogado a nivel deontológico en el Perú (2012):

- Engañar o inducir a error a los destinatarios de la publicidad del abogado,
- Garantizar o generar la convicción de resultados que no dependan exclusivamente de la labor profesional del abogado en el anuncio publicitario,
- Sugerir el incumplimiento de deberes y/u obligaciones de carácter legal o el empleo de medios contrarios a las leyes en el anuncio publicitario,
- Sugerir que el abogado está en posibilidad de influir indebidamente en la decisión de la autoridad en el anuncio publicitario,
- Revelar información protegida por el secreto profesional en el anuncio publicitario e
- Incitar el inicio de procesos manifiestamente infundados e innecesarios en el anuncio publicitario.

De la lectura de estas conductas descritas como indebidas, queda claro que se trata de restricciones de fondo; es decir, aquellas que implican intervenciones directas en el mensaje que contiene la publicidad, considerando que este es uno

de los elementos ontológicos que tiene este concepto, junto al emisor, el canal y el receptor de la publicidad (Murillo, 2015, p. 166).

La siguiente disposición que establece el CEACP 2012 está referida a un canal específico por el cual los abogados podrían hacer publicidad: el ofrecimiento directo. El artículo 67 indica que los abogados pueden utilizar esta forma de hacer publicidad, pero el límite está en que estos actos «(...) los realice y actúe con decoro»; una vez más, debemos indicar que llama la atención el uso de un término indeterminado como “decoro”, cuya referencia hace –una vez más– mención al formalismo por el cual la imagen de los abogados se concebía –sin justificación alguna– como superior al resto de profesiones u oficios, inclusive hasta justificar el uso de un lenguaje sumamente técnico como rasgo característico de la profesión (Montezuma, 2021, p. 26).

La contrapartida de lo indicado en el artículo previamente comentado lo encontramos, en su lugar, en el artículo 68 del CEACP 2012, pues ya también se tutela la dignidad y el honor de los clientes y terceros. En esta disposición, se cambia el criterio que tenía el ex CAE 1997 y ahora «[e]l abogado puede opinar y absolver consultas a través de medios masivos de comunicación», pero siempre que «(...) no afecte la dignidad y honor de las personas» (CEACP, 2012). Son aplicables igualmente, en este caso, los comentarios respecto a los términos indeterminados que hemos ido encontrando en la revisión de la regulación deontológica.

Finalmente, llegamos a la disposición más problemática de la regulación sobre Ética y publicidad del abogado: el artículo 69 del CEACP 2012; esta norma deontológica indica textualmente lo siguiente: «[e]l abogado debe competir lealmente con sus colegas, de conformidad con lo establecido en las normas legales vigentes» (2012). La primera parte del texto de esta norma podría ser considerada correctamente en tanto sea llenada de contenido específico; sin embargo, la inclusión de la remisión a normas jurídicas sólo perjudica la predictibilidad y,

posiblemente, hasta la naturaleza de las disposiciones que se establecen en un Código de Ética.

Creemos que esta norma deontológica estaría haciendo un vínculo con las normas jurídicas que regulan la publicidad del abogado, lo cual se convierte en un “portal” del “multiverso”, lo cual –como veremos– no creemos del todo adecuado.

Por último, es importante mencionar que el control del cumplimiento de las normas deontológicas se realiza a través de un procedimiento disciplinario en el Colegio de Abogados específico al que está suscrito el abogado o abogada que está siendo cuestionado, pues en el Perú, existen Colegios de Abogados descentralizados autónomos. El órgano encargado de decidir en primera instancia es el Consejo de Ética (en adelante, CECA) y en segunda instancia es el Tribunal de Honor (THCA), ambos conformados en cada Colegio de Abogados competente (CEACP, 2012, arts. 83 y ss.).

Las sanciones plausibles de interponerse por parte de estos órganos dentro de los colegios de abogados a los miembros de su orden son: amonestación escrita, amonestación con multa, suspensión en el ejercicio profesional hasta por dos (2) años, separación hasta por cinco (5) años y, la sanción más grave, expulsión de la orden (CEACP, 2012, art. 102).

Descrito todo el escenario de la parte deontológica que rige la actividad de la publicidad de los abogados en nuestro país, ahora pasemos a revisar las disposiciones relativas a las normas jurídicas que rigen la actividad publicitaria del abogado y otras conductas destinadas a competir en el mercado de los abogados y abogadas en el Perú.

## **La regulación jurídica de la publicidad del abogado**

En el Perú, la antigua regulación en materia de publicidad en general estaba dividida en una norma para sancionar los actos de competencia desleal en general, la aLRCD, y otra para detallar las reglas específicas de actos cometidos a través de publicidad, la aNPDC, aunque en la práctica ambas normas se aplicaban de forma

complementaria por la existencia de regulación duplicada en algunos supuestos (Caso Coca-Cola c. Don Jorge y otro, 2003). A la fecha, la norma ha sido unificada y la publicidad del abogado, como cualquier otra, está regulada dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante, LRCD)<sup>4</sup>.

Posteriormente, la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC) estableció en su contenido algunas normas complementarias a la LRCD y amplió, a través de su artículo 12, el alcance de las normas jurídicas a aquellas sobre algunos productos y/o servicios dentro del CPDC<sup>5</sup>, además de crear –una vez más– supuestos doblemente regulados (Murillo & Segovia, 2019, p. 375). En resumen, las normas jurídicas aplicables a la publicidad comercial en el Perú son:

- Las contenidas en la LRCD,
- Del artículo 12 al 17 del CPDC,
- Cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria en otros cuerpos normativos [*v.g.* las de productos de tabaco (Ley N° 28704, 2006), las de bebidas alcohólicas (Ley N° 28681, 2006), entre otras] y
- Cualquier disposición especial sobre publicidad contenida dentro del CPDC [*v.g.* las de publicidad en productos de telecomunicaciones (CPDC, 2010, inc. d), art. 66.8), en contratos inmobiliarios (CPDC, 2010, art. 76.1), en productos o servicios de crédito (CPDC, 2010, arts. 83, 84 y 95)].

4 Es más, dicho cuerpo normativo, por decisión del Legislador, contiene en su cláusula general tipificada en el artículo 6 una mención expresa a la inclusión de la actividad publicitaria como uno de los medios para realizar actos de competencia, los cuales están sometidos al límite de «las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado» (LRCD, 2008).

5 En realidad, el artículo 17 de la LRCD ya tenía prevista esa amplitud al someter la publicidad a «(...) cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance» (LRCD, 2008); no obstante, el artículo 12 del CPDC es ley posterior y complementa lo indicado al agregar las disposiciones específicas de productos y servicios dentro de este mismo cuerpo normativo.

La pregunta que surge inmediatamente es: ¿Podríamos considerar a las normas deontológicas estipuladas dentro del CEACP 2012 como «disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria»? Creemos, en línea de principio que no, pero tenemos otra “grieta” entre el plano jurídico y deontológico estipulada en el inciso 3 del artículo 293 de la LOPJ que –aparentemente– se encontraría juridificando las normas deontológicas, pero volveremos a esto más adelante.

Continuando con el desarrollo de las normas jurídicas aplicables a la publicidad del abogado, encontramos también una definición de *publicidad* en la LRCD en el inciso e) de su artículo 59 en los siguientes términos:

(...) toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

Por su parte, los actos de competencia desleal que reprime la LRCD están divididos en dos: los no enunciados, basados únicamente en la cláusula general de represión de la competencia desleal, y los enunciados, supuestos delimitados expresamente en la LRCD (Stucchi, 2007, p. 296). Si bien no hay muchos actos en la casuística administrativa relativos a actos de competencia no enunciados basados en publicidad comercial, no cabe descartar este supuesto; por su parte, las conductas enunciadas que pueden involucrar publicidad comercial por parte de los abogados serían las siguientes<sup>6</sup>:

---

6 Se están colocando ejemplos de laboratorio basados únicamente en casos existentes sobre otros servicios en el mercado, debido a la poca cantidad de casos sobre los servicios prestados por abogados, como se indica a continuación.

- Actos de engaño (art. 8 de la LRCD, art. 13 del CPDC), *v.g.* si una abogada hace mención en sus anuncios publicitarios de que cuenta con alta experiencia en temas de Derecho Penal, pero no logra acreditarlo, defraudando las expectativas de los posibles clientes que quieren contratar sus servicios;
- Actos de confusión (art. 9 de la LRCD, art. 13 del CPDC), *v.g.* si un abogado elige utilizar un nombre comercial muy parecido al de otro letrado que utilizó dicho nombre antes, de tal forma que confunde a los posibles clientes que quieren tener una aproximación con el otro origen empresarial;
- Actos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art. 10 de la LRCD), *v.g.* si un abogado con el mismo apellido que otro comienza a utilizar esa semejanza para hacer pensar al público en su publicidad que su práctica está vinculada a la colega abogada que lleva mucho más tiempo en el mercado, aprovechándose de su arraigada posición y reputación en el mercado jurídico;
- Actos de denigración (art. 11 de la LRCD), *v.g.* si una abogada realiza publicidad calificando de “corrupto” a otro abogado en el mercado, sin demostrar que lo que afirma es verdadero, exacto, pertinente en el fondo y la forma;
- Actos de comparación o equiparación indebida (art. 12 de la LRCD), *v.g.* si un abogado menciona en sus anuncios publicitarios que ha ganado más casos que otro letrado o, a la inversa, si un abogado menciona que ha ganado tantos casos como otra abogada, pero –nuevamente, en ambos casos– sin demostrar que lo que afirma es verdadero, exacto, pertinente en el fondo y la forma;
- Actos contrarios al principio de autenticidad (art. 16 de la LRCD), *v.g.* si una abogada utiliza colaboraciones pagadas con *influencers* para hacer creer que es una recomendación a través de videos publicitarios, pero –en realidad– ha pagado a estos para que digan ello en sus redes sociales;

- Actos contrarios al principio de legalidad (art. 17 de la LRCD, arts. 14, 15, 66.8, 76.1, 83, 84 y 95 del CPDC, entre otras normas sectoriales), *v.g.* si un abogado realiza una campaña publicitaria donde ofrece que patrocinará un caso *pro bono* al mes a los clientes que facturen una determinada cantidad de horas, pero que –al final– aplica condiciones que no se informaron ni en los anuncios ni en una fuente alternativa;
- Actos contrarios al principio de adecuación social (art. 18 de la LRCD, art. 13 del CPDC), *v.g.* si un viejo abogado anuncia sus servicios utilizando a mujeres en traje de baño como señal de abogado exitoso; y
- Publicidad indebida dirigida a menores (art. 16 del CPDC), *v.g.* si una abogada ofrece en publicidad un servicio consistente en charlas sobre derechos fundamentales dirigidas a niños, mencionando que todos los niños que no participen en estas charlas no serán “buenos ciudadanos” e instan a sus padres a matricularlos en las charlas.

Ahora bien, al ser una regulación general, todas estas normas pueden aplicarse a los casos de publicidad de abogado que sean presentados ante el Indecopi. En estos supuestos, la represión de la competencia desleal está encargada en primera instancia a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Indecopi (en adelante, CCD) y en segunda instancia a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, SDC) (LRCD, 2008, art. 24). Llama particular atención la disposición del artículo 24.3 de la LRCD que establece que “cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria”, dándole competencia primaria a los órganos resolutivos del Indecopi en este tema, incluso por encima del Poder Judicial, como confirma la 1º Disposición Complementaria Final de la LRCD, lo cual podría incluir incluso a los colegios de abogados si entendemos que son parte del concepto de “entidades

de la Administración Pública” según la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG, 2001, inc. 6, art. I T.P.).

En lo que se refiere a las posibles sanciones que pueden imponer los órganos resolutivos antes mencionados a los abogados anunciantes son la amonestación y posibles multas hasta las setecientas (700) unidades impositivas tributarias (UIT), dependiendo de la gravedad de la infracción (LRCD, 2008, art. 52); además, tanto la CCD como la SDC tienen la habilitación de ordenar medidas correctivas como el cese del acto infractor o su prohibición si solo existía la potencialidad de su comisión, la remoción de los efectos que produjo el acto infractor, comiso y/o destrucción de elementos de falsa identificación, cierre temporal de establecimientos, rectificación de informaciones realizadas en actos infractores y la publicación de la resolución condenatoria (LRCD, 2008, art. 55.1).

Por su parte, en el plano jurídico, no son muchos los casos resueltos en relación a la publicidad comercial entre abogados<sup>7</sup>; uno de los pocos que encontramos es el contenido en el expediente N° 234-2012/CCD-INDECOPI que enfrentó al abogado J.A.C.G. y al abogado H.E.C.G. junto al estudio de abogados C.G. & Asociados S.A.C. (Caso J.A.G.C. c. H.E.C.G. y otro, 2014), el cual concluyó con sanciones al estudio de abogados por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por afirmar publicitariamente que prestaba servicios desde 1982 cuando no era cierto, además de contar entre su *staff* de profesionales con los abogados S.A.C.T. y H.C.G., tal como quedó establecido en la Resolución N° 0426-2014/SDC-INDECOPI, de fecha 24 de marzo de 2014.

Otro caso interesante es uno de oficio iniciado en Loreto en contra de, inicialmente, el abogado M.I.S. y el Centro Internacional de Conciliación Extrajudicial del Perú, del expediente N° 006-2016/CCD-INDECOPI-LOR (Caso de Oficio c. M.I.S. y otro, 2017), en el cual, en primera instancia, se excluye al

---

7 Afirmación basada en una búsqueda en el buscador de resoluciones del Indecopi con los siguientes parámetros tanto en la CCD como en la SDC: diez años (entre 2014 y 2024), con los términos “estudio jurídico”; “estudio de abogados”; “abogado” “publicidad” “CCD”; “abogada” “publicidad” “CCD”; “abogado” “CCD” y “abogada” “CCD”.

abogado M.I.S. porque no actuó de forma concurrencial en el mercado, sino a través del Centro antes mencionado; sin embargo, los hechos eran publicitarios, pues en la Resolución N° 0403-2017/SDC-INDECOPI, de fecha 13 de julio de 2017, se concluyó sancionando al referido Centro por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño al haber afirmado que éste contaba con al menos una persona con el grado de Doctor en Derecho, mediante un cartel y una tarjeta de presentación de su Director, el abogado M.I.S.

Ocurrió algo semejante cuando un abogado cuestionó la publicidad realizada por una universidad que indicaba: «Excelencia docente: Conformada por profesionales con amplia experiencia en la materia arbitral y en el ejercicio de la función arbitral» respecto a la carrera de otro abogado incluido en la plana docente, declarándose en dicho caso infundada la denuncia por parte de la CCD y confirmándose dicha decisión por la SDC en la Resolución N° 005-2022/SDC-INDECOPI, en el expediente N° 127-2020/CCD-INDECOPI, de fecha 11 de enero de 2022, porque la Universidad demostró la idoneidad del abogado para ser docente en el programa donde se había efectuado dicha afirmación publicitaria (Caso G.H.G.B. c. Universidad Continental S.A.C., 2022).

Finalmente, es importante indicar que la labor del abogado, la cual incluso de forma negligente puede terminar en la comisión de un acto de competencia desleal por parte de un cliente, no será imputable al abogado; esto quedó determinado en la Resolución N° 449-2016/SDC-INDECOPI, de fecha 31 de agosto de 2016, del expediente N° 0179-2014/CCD-INDECOPI, que en sus fundamentos 42 al 44 indicó lo siguiente:

42. Con relación al señor [A], de acuerdo con los términos del escrito de apelación, se debe entender que su actuar ha estado limitado a asesorar a la empresa OBC para que envíe cartas con un presunto contenido denigratorio.

43. De acuerdo a ello, se desprende que el señor [A] habría brindado un servicio profesional a la empresa OBC, el cual, si bien forma parte de una actividad económica,

ello no lo convierte en un agente que busca concurrir en el mercado inmobiliario, sino en un asesor jurídico que prestó sus servicios profesionales.

44. De acuerdo a lo expuesto en el marco teórico, siendo que el señor [A] asesoró a la empresa OBC para que envíe cartas notariales a terceros agentes económicos, dicha actuación ha sido realizada en función a un servicio profesional brindado a la empresa OBC, sin que ello signifique que dicho profesional esté concurriendo en el mercado inmobiliario, por lo que su actuación no buscó posicionarse en dicho mercado. En tal sentido, la actuación denunciada, en este extremo, no puede ser evaluada a la luz de lo dispuesto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Caso OOBK S.A. y otros c. Occidental Business Corporation S.A.C. y otros, 2016).

Hasta aquí hemos comentado el régimen jurídico en el cual se subsumen los actos publicitarios –y concurrenciales en general– del abogado. Ahora sí, corresponde ver esos “portales” que existen entre ambas “realidades”, a los cuales ya hemos hecho mención indirecta hasta este punto.

## **Las conexiones entre lo jurídico y lo deontológico: los “portales multiversales” respecto a la publicidad del abogado en el Perú**

Dentro de la revisión de las normas del “multiverso” creado por el régimen deontológico y el régimen jurídico de la publicidad del abogado, hemos encontrado conexiones o “portales multiversales”, siguiendo nuestra metáfora del “multiverso”, interesantes –pero no necesariamente pertinentes– generadas por el encargado de redactar, por un lado, el CEACP 2012 y, por otro, la LOPJ.

### ***a. El primer “portal multiversal”: el artículo 69 del CEACP 2012***

Por un lado, el CEACP 2012 establece, en su artículo 81, como *acto contrario a la ética profesional* a «(...) la transgresión de las normas estatutarias del respectivo

colegio, así como aquellas contenidas en el presente código», lo cual incluye las disposiciones del artículo 65 al 69 relativas a la publicidad del abogado.

En este contexto, este cuerpo normativo deontológico titula a su artículo 69 como “competencia desleal” e indica expresamente «[e]l abogado debe competir lealmente con sus colegas, de conformidad con lo establecido *en las normas legales vigentes*» (CEACP, 2012, art. 69); en este punto, cobra relevancia la mención a las normas legales vigentes, las cuales incluyen a la LRCD. De esta forma, se estaría “deontologizando” los actos de competencia desleal. He aquí el primer “portal multiversal” que genera poder sancionar conductas jurídicamente ilícitas a través de procedimientos deontológicos con consecuencias deontológicas.

Pensemos en una abogada que ha aparecido en redes sociales –para ser precisos Tiktok®– junto a una conocida *influencer* del medio; en este video, esta última afirma a viva voz que su carrera en redes sociales se hubiera frustrado si no contrataba los servicios de la abogada para poder asesorarla en un cumplimiento a detalle de la normativa de Derecho de Consumo, pues tiene un emprendimiento de postres saludables. Ni en el video, ni en la descripción de este, se indica que se trataba de publicidad comercial, pese a que hubo un pago por parte de la abogada a la *influencer* por dicho video. En el CEACP 2012 no hay una norma deontológica que proteja a los usuarios de servicios jurídicos por publicidad subliminal o encubierta, por lo que –en línea de principio– no hay un acto contrario a la ética profesional que imputar; no obstante, el artículo 16 de la LRCD califica la conducta descrita como un acto de competencia desleal en la modalidad de acto contra el principio de autenticidad, “gatillando” de esa forma la consecuencia del artículo 69 del CEACP 2012, convirtiendo a esta conducta también en un acto contrario a la ética profesional. Con este efecto, ¿Realmente el CECA del Colegio de Abogados al que está suscrita la abogada anunciante podría sancionar –y su THCA confirmar la sanción– por actos de competencia desleal en la modalidad de acto contra el principio de autenticidad, recogido en el artículo 16 de la LRCD

(“deontologizado” por el artículo 69 del CEACP 2012)? Igualmente, esta lectura es posible gracias a este “portal multiversal”.

### ***b. El segundo “portal multiversal”: el inciso***

#### ***3 del artículo 293 de la LOPJ***

Por otro lado, el ordenamiento jurídico califica, en el artículo 17.2 de la LRCD, a cualquier acto publicitario que incumpla «(...) cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance» como acto de competencia desleal en la modalidad de acto contra el principio de legalidad.

Si bien el artículo 17.1 de la LRCD establece que para calificar como acto contra el principio de legalidad se debe no respetar «(...) las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria», aquí es donde cobra relevancia el inciso 3 del artículo 293 de la LOPJ, ya antes mencionado, que estaría “juridificando” las normas deontológicas, incluyendo aquellas que regulan la actividad publicitaria del abogado y sus límites. He aquí el segundo “portal multiversal” que genera poder sancionar conductas deontológicamente incorrectas a través de procedimientos jurídicos con sanciones jurídicas.

Imaginemos que un abogado especializado en temas de Contrataciones con el Estado realiza publicidad a través de redes sociales indicando que por su amplio conocimiento y, además, haber trabajado en un tiempo en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) puede garantizar resultados a sus clientes. Desde la LRCD, dicho mensaje publicitario no tiene ninguna objeción, salvo que podría cuestionarse como acto de engaño<sup>8</sup>; no obstante, en el CEACP 2012 existe una disposición expresa que lo califica como publicidad indebida en el inciso b) del artículo 66 diciendo que «la publicidad usada por el

---

8 En teoría, ningún abogado puede garantizarte el resultado a ningún cliente, abstractamente hablando, y, por ende, por deber de sustanciación previa (art. 8.4 de la LRCD) el abogado anunciante tendría que probar dicha afirmación, pues es una característica comprobable la garantía de un resultado.

abogado no deberá: (...) garantizar o generar la convicción de resultados que no dependan exclusivamente de su labor profesional». ¿Realmente la CCD podría sancionar –y la SDC confirmar la sanción– por actos de competencia desleal en la modalidad de acto contra el principio de legalidad por infracción al inciso b) del artículo 66 del CEACP 2012 (“juridificada” por la disposición citada de la LOPJ)? Al menos cabe la posibilidad de dicha interpretación con este “portal multiversal” identificado.

### ***c. La ausencia de “portales” oficiales***

Además de la existencia de estas conexiones a modo de “grietas” que conducen a “portales” entre los regímenes deontológico y jurídico, las normas no presentan un mecanismo formal de conexión entre ellas. Es más, todo lo contrario, ya que el cuerpo normativo deontológico de los abogados vigente refuerza, en su artículo 82, la autonomía de cada “universo” al indicar lo siguiente:

(...) El hecho que el denunciado sea parte de un proceso penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier otra índole, no constituye impedimento para la instauración del procedimiento administrativo disciplinario respectivo, ya que la resolución que se emite es de naturaleza ética y no jurisdiccional (CEACP, 2012, art. 82).

Habiéndose identificado estos dos “portales” no oficiales, ahora corresponde analizar realmente si conviene “cerrarlos”, permitir su existencia con límites o dejar que existan inalterados como hasta ahora.

## Los riesgos y ventajas de los saltos “multiversales” respecto a la publicidad del abogado en el Perú

### *Creando más solicitors que barristers*

Identificada la situación, debemos reflexionar si este tipo de regulación dual – jurídica y deontológica– sobre el régimen publicitario de los abogados es la más adecuada o no; sobre todo, teniendo en cuenta los efectos que tendrá sobre los abogados litigantes, más conocidos en los sistemas del *common law* como *barristers*<sup>9</sup>, pues su subsunción en el ámbito de aplicación de ambas regulaciones o “universos”, pasando por los “portales” que hemos identificado, acarrearán como una de sus posibles consecuencias la potencial sanción doble por una misma conducta.

Es importante insistir en que, principalmente, los abogados litigantes (*barristers*) son aquellos y aquellas que van a unirse a un Colegio de Abogados porque se trata de un requisito *sine qua non* para poder litigar en el Poder Judicial en Perú, según el inciso 3 del artículo 290 de la LOPJ (1991). Al contrario, los abogados consultores (*solicitors*) no tienen ningún incentivo para hacerlo; es más, no les conviene hacerlo, pues –tomando como ejemplo la regulación de la publicidad del abogado– estarían sometidos a doble escrutinio de su actividad: uno por parte de Indecopi y otro por parte del Colegio de Abogados.

En ese contexto, por ejemplo, una abogada dedicada a labor de redacción de contratos, asesoramiento de empresas u otras actividades que no involucran “pisar un Juzgado o una Corte” no tiene ni la necesidad ni el incentivo para incorporarse a un Colegio de Abogados<sup>10</sup>; es decir, su omisión de colegiatura les permite “esquivar” el régimen deontológico, pues las normas éticas del CEACP

9 Es interesante, aunque criticada, la división existente en el sistema inglés entre los abogados de las cortes (*barristers*) y los abogados de las oficinas (*solicitors*) (Berger, 1983, p. 544).

10 A lo cual hay que añadir los fuertes costos de colegiatura que establecían algunos de los colegios de abogados a nivel nacional, que fueron declarados –en algunos casos– como barreras burocráticas ilegales (Vignolo, 2019, pp. 291-293).

2012 sólo «(...) son obligatorias para los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República, miembros de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, cualesquiera sea el ámbito o función que desempeñen» (CEACP, 2012, art. 1).

Por ello, sólo si la abogada consultora (*solicitor*) se incorpora al Colegio de Abogados quedaría sometida a este doble régimen regulatorio jurídico y deontológico. Solo dicho esto se entiende que el CEACP 2012 establezca que «(...) el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código» (CEACP, 2012, 3º párr., art. 1).

Queda claro que la regulación “multiversal” sólo está enfocada en los abogados litigantes (*barristers*). Entonces, surge la siguiente pregunta: ¿Realmente es idóneo que se ponga no una, sino dos “espadas del Damocles” encima de este tipo de abogados por hacer publicidad?

Sin importar la diferencia de las labores a las que se dediquen, todos los abogados en el mercado requieren clientes y ahora cuentan con la posibilidad de hacer publicidad como instrumento de competencia; no obstante, si los abogados litigantes (*barristers*) van a encontrar obstáculos frente a la labor de los abogados consultores (*solicitors*), ¿No se estará –inconscientemente–desincentivando la perspectiva profesional para ser abogados litigantes (*barristers*)? Frente al gran reto de tener que encontrar clientes<sup>11</sup>, un abogado litigante (*barrister*) va a tener “la cuesta más alta” porque en el camino encontrará mayor dificultad al tener que cumplir con dos grupos de reglas en su “camino” para “llegar a la cima”<sup>12</sup>.

---

11 Es interesante lo indicado por Avellaneda y Sumar cuando indican que «(...) en virtud a la carencia de información y recursos que aquejan nuestro mercado, ser un buen estudiante-abogado no garantiza tener clientela y, de manera inversa, ser un mal estudiante-abogado (...) no condena a una persona a ser rechazada por el mercado» (Avellaneda & Súmar, 2008, pp. 513-514).

12 Basado en mi experiencia, hasta el momento, de siete (7) años como docente universitario, los y las estudiantes están cada vez más reacios a “pisar los juzgados”; frente a ese proyecto profesional, prefieren aspirar a trabajar como abogados o abogadas en empresas o en alguna entidad del sector público, distinta al Poder Judicial.

En otras palabras, si bien sabemos que se ha liberalizado el régimen publicitario de los abogados en la norma deontológica vigente, aún observamos que no hay muestras significativas de publicidad de abogado en el mercado, en base a una apreciación empírica de la realidad; creemos que esto se debe, en gran parte, por el arrastre histórico de la fuerte restricción –casi prohibición absoluta– que recogía el ex CEA 1997. Sin embargo, a esto hay que sumar que conlleva doble riesgo de sanción el pertenecer a un colegio profesional, de esta forma, el camino de un abogado o abogada consultor (*solicitor*) puede ser tomado como una opción atractiva donde se puede hacer publicidad y sólo estar sometido a las normas jurídicas.

Quizás el régimen normativo de la publicidad de los abogados no sea un factor tan determinante que considere un joven abogado al momento de decidir si se va a incorporar o no a un colegio de abogados, pero situaciones como las descritas, junto a otros factores adicionales (corrupción, burocracia, demora en los procesos, entre otros), podrían –incluso– disminuir a niveles críticos la oferta de abogados litigantes (*barristers*). En el análisis macro que se describe, el sometimiento dual de la actividad publicitaria de este tipo de abogados y abogadas puede ser un incentivo más para que los abogados no quieran “pisar los juzgados” en el desarrollo de su profesión.

### ***La debatible, pero aun así, vulneración***

#### ***al principio non bis in idem***

Un tema un poco más polémico es la posible aplicación del principio *non bis in idem* entre el procedimiento disciplinario que siguen los órganos de los colegios de abogados y otros procesos administrativos y/o judiciales. Este principio, que está ubicado dentro del haz de derechos que contiene tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente material resguarda «(...) la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal

proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho» (Caso Ramos Colque, 2003, F.J. 19).

Entre los procedimientos administrativos con los que podría, potencialmente, colisionar el procedimiento disciplinario que llevan los colegios de abogados podemos ubicar al procedimiento administrativo sancionador por actos de competencia desleal generados por publicidad del abogado; no obstante, no existe un caso en el cual se haya cuestionado específicamente la vulneración del principio *non bis in idem* por este procedimiento específico frente al que se sigue por normas deontológicas, debido a que –aún– no existen abundantes muestras de publicidad de abogados en nuestro país.

Ahora bien, identificamos dos casos sobre este tema respecto a otros procedimientos:

- Primero, entre una sanción impuesta por el antiguo Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de Justicia) y el THCA de Lima, no hay vulneración al principio *non bis in idem*, porque «(...) no existe identidad de fundamento en cuanto a las sanciones aplicadas (...), ya que, por un lado, los bienes jurídicos resguardados por cada uno de ellos resultan distintos, y por otro, ambas instituciones tienen diferentes ámbitos de control y sanciones diferenciadas» (Caso Silva Vallejo, 2006, F.J. 29); y
- Segundo, entre una sanción impuesta por el Poder Judicial en el ámbito administrativo y el THCA de Lima, no hay vulneración al principio *non bis in idem*, debido a lo siguiente:

(...) no se trata de una sanción doble, pues ni la Administración ni el Colegio de Abogados han sancionado dos veces por los mismos hechos ni tampoco han juzgado más de una vez.

(...) Lo que ha ocurrido, en el presente caso, es que el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura

una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado; es decir, no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional.

(...) La finalidad de la sanción no es reparar el daño del denunciante pues ello no corresponde a los Colegios Profesionales sino al Poder Judicial, a través de los procesos civiles y penales correspondientes, sino desincentivar conductas que atenten contra el diligente ejercicio de la profesión del abogado (...) (Caso Achahui Loayza, 2005, FF.JJ. 6-9).

Queda claro que el punto en el cual el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) encuentra la falta de identidad entre los procedimientos antes citados y el procedimiento seguido ante los colegios de abogados es el fundamento y/o bien jurídico tutelado, correspondiente al tercer aspecto de identidad para analizar la aplicación de este principio constitucional (Boyer, 2012, p. 324; Constantino, Rodríguez, Arce, Cisneros, & Angulo, 2021, p. 12); de esta forma, al menos en los procedimientos administrativos antes indicados, no hay vulneración al principio del *non bis in idem* (Boza & Chocano, 2008, p. 237).

Una vez establecida la regla vigente, hagamos el ejercicio de análisis enfrentando una situación aún no estudiada judicialmente: teniendo en frente una sanción por publicidad del abogado ordenada por un THCA y otra sanción por actos de competencia desleal a través de publicidad de un abogado anunciante impuesta por la CCD y confirmada por la SDC del Indecopi, ¿Hay vulneración del principio *non bis in idem*? ¿Cuáles son los bienes jurídicos tutelados?

Por un lado, la normativa en materia de represión de competencia desleal busca promover la buena fe empresarial en el mercado; específicamente, en el mercado de asesoría jurídica, esta regulación busca que los abogados y abogadas se conduzcan dentro de los límites de la libertad de competencia –como contenido

esencial de la libertad de empresa (Caso Loja Mori, 2005)– en la pugna por clientes en el mercado sin cometer abuso de este derecho.

Por otro lado, la normativa deontológica de los abogados pretende regular los límites de su actuación bajo criterios decididos por sus pares; es decir, los parámetros de conducta que debe seguir un abogado o una abogada para ejercer la profesión con ética, según la orden profesional. Como se determinó ya por el TC, las sanciones de un THCA persiguen lo siguiente:

(...) sancionar al actor en su calidad de profesional de derecho integrante del Colegio de Abogados (...), institución que en su calidad de ente fiscalizador del ejercicio de la profesión de abogado, ha considerado que su actuación (...) ha afectado los fines que promueve como institución con personalidad de derecho público, esto es, los parámetros deontológicos y éticos exigidos por la sociedad a la que sirve, y a los principios y valores contenidos en sus estatutos (Caso Silva Vallejo, 2006, F.J. 28).

Coincidimos en aplicar el mismo razonamiento que el TC en que los fundamentos son distintos; en este caso, la buena fe empresarial, en un caso, y el diligente ejercicio de la profesión del abogado, en el otro.

No obstante, encontramos un pequeño gran detalle: la existencia del artículo 69 del CEACP 2012. En este caso, la norma deontológica expresamente se nutre, a nivel material, de las conductas prohibidas por la LRCD, lo cual genera –por lo menos– una identidad de tipificación. Ello, sumado a que ni siquiera repite las conductas prohibidas en cada cuerpo normativo, sino que remite para la aplicación de la norma jurídica por parte de los órganos a cargo del procedimiento disciplinario en el colegio de abogados, ya pone en duda –específicamente en el caso de la publicidad del abogado– que dicho artículo siga protegiendo el bien jurídico que persigue el resto del cuerpo normativo deontológico mencionado; en otras palabras, estamos más cerca de la identidad de fundamento que en otros supuestos.

En otras palabras, la remisión expresa que hace el CEACP 2012 hacia las conductas prohibidas por la LRCD mezcla los bienes jurídicos y, en nuestra opinión, ya no “evitan” la vulneración al principio *non bis in idem*. Al menos, preliminarmente, este es un fuerte motivo para “cerrar” este “portal multiversal”.

### ***La autonomía de los “universos” jurídico y deontológico***

Un argumento a favor de que coexistan ambos “universos” en materia de publicidad del abogado, pero –como ya vimos– con un “portal” cerrado, es la autonomía de los planos jurídico y filosófico. Como ha señalado el TC, en otro caso, las funciones de los órganos deontológicos y los jurisdiccionales son distintas:

(...) la apreciación, fiscalización y sanción realizada por el Colegio de Abogados se enmarca en funciones distintas a las que se materializan a través de los procesos penales y civiles; por lo que el ejercicio de su labor de fiscalización de las conductas éticas de los abogados agremiados no supone la vulneración del principio de *ne bis in idem* aun cuando los hechos hubieran merecido pronunciamientos jurisdiccionales (Caso Latorre Delgado, 2009, F.J. 2).

Para entender mejor este punto, en relación con la publicidad del abogado, se hace necesario hablar del modelo estructural del Derecho de Represión de Competencia Desleal actual, el modelo social, y su antecesor, el modelo profesional (Guzmán, 2011, p. 248). El Derecho de Represión de Competencia Desleal antiguamente, en el modelo profesional, estaba basado en una forma o suerte de “derecho gremial”<sup>13</sup> en el cual el bien jurídico tutelado, prácticamente, coincidía con el actual bien jurídico perseguido por el CEACP 2012 al incluir normas publicitarias «(...) con el objeto de proteger la confianza en la profesión y

13 En palabras de Aramayo y otros, en este modelo «(...) se consideraba que el bien jurídico protegido por la regulación de la competencia desleal era, principalmente, el interés de los empresarios que veían desviada su clientela por la proliferación de actos contrarios a la buena fe comercial o empresarial» (2013, p. 19).

el adecuado funcionamiento del sistema de justicia» (Boza & Chocano, 2008, p. 207); en otras palabras, proteger al gremio de abogados, su imagen, su prestigio y, además, todo el sistema de justicia (instituciones, entidades, magistrados, entre otros).

Si bien también, seguro, se pensó en proteger a los usuarios de los servicios provistos por los abogados, los mecanismos del procedimiento disciplinario deontológico sólo protegen de forma indirecta a estos, ya que no se busca generar medidas específicas que protejan sus intereses o derechos. En dicho sentido, esto se evidencia en que los abogados que son sancionados por faltas éticas tienen, justamente, la carga reputacional en contra en el mercado de servicios jurídicos y el propio mercado castigará ello en base a la elección que harán los clientes basados en la imagen que cada letrado o letrada se haya formado con su actuar; por ello, se hace importante permitir el acceso público a registros de abogados sancionados como el Registro Nacional de Abogados Sancionados Por Mala Práctica Profesional (RNAS) (D.Leg. 1265, 2016) o aquellas listas de abogados con sanción vigente que deben ser publicadas por los propios colegios de abogados, según el propio artículo 98 del CEACP 2012.

Ahora bien, en el Derecho de Represión de Competencia Desleal actualmente, bajo el modelo social, se protege una mixtura de intereses (Sainz de Aja, 2007, p. 34): del consumidor, del competidor y del Estado en resguardar el proceso concurrencial. De esta forma, la equivalencia que pudo tener, por un lado, la regulación ética de la publicidad del abogado y, por otro lado, el Derecho de Represión de Competencia Desleal antes de la LRCD ya no existe. A la fecha, el “universo” jurídico ha ido más allá y ahora se dejó de lado la concepción como “derecho gremial” donde sólo se protege los intereses de los competidores; así, actualmente, si se “cierra” el portal descrito líneas atrás, el “multiverso” podría estar en equilibrio, ya que las consecuencias jurídicas complementarían las consecuencias deontológicas.

A diferencia de lo que ocurría antes, bajo el imperio del ex CEA 1997, la publicidad del abogado estaba completamente restringida y no había régimen ético de la publicidad del abogado, salvo la prohibición casi absoluta; por tanto, esa “espada de Damocles” impedía fácticamente que se tramiten casos en los cuales la aLRCD y la aNPDC sancionen abogados por actos de competencia desleal basados en publicidad. El Derecho no requería participar, pese a que podía hacerlo en teoría, porque regía el modelo profesional en lo jurídico; esto debido a que la norma deontológica era demasiado restrictiva y limitaba esta práctica en el mercado, como indican Boza y Chocano (2008, pp. 203-206).

Sin embargo, el modelo social se implanta en 2008 con la expedición de la LRCD y, con unos años de diferencia, el CEACP 2012 liberalizó la posibilidad de realizar publicidad a nivel deontológico, además de establecer reglas para el control ético en la realización de estos actos; en otras palabras, ahora sí ya estaba planteado un régimen publicitario del abogado a nivel deontológico, pero la competencia desleal cambió al modelo social, yendo más allá de la protección profesional o “gremial” de los competidores: en este caso, los abogados y abogadas. La equivalencia se quebró.

Lo indicado, si se valora bien, es un argumento adicional para cerrar el primer “portal” (derogar el artículo 69 del CEACP 2012), ya que los órganos resolutivos del Indecopi –tanto la CCD como la SDC– protegen y resguardan muy bien el tema de competencia desleal, cuya regulación en el cuerpo normativo deontológico ha sido realizada sin profundizar en lo sustantivo, entendemos, por la especialidad del tema, como veremos en el siguiente acápite.

La autonomía de cada uno de los “universos” es válida y hasta, podemos decir, deseable; no obstante, la remisión realizada en el artículo 69 del CEACP 2012 a la materia sustantiva regulada por la LRCD no es adecuada. Creemos que para sancionar los actos contrarios a la buena fe empresarial está el Derecho y el ámbito deontológico haría bien en confiar en que las sanciones previstas en las normas

jurídicas sean suficientes para disuadir el actuar antiético de los abogados, como efecto indirecto.

### ***La “fisura” reparable del segundo “portal” en el “multiverso” de la publicidad del abogado***

Hasta el momento hemos analizado la pertinencia de la existencia del primer “portal” prácticamente durante todo este estudio, pero nos falta comentar acerca del segundo “portal multiversal” identificado; es decir, la posibilidad de usar alguna de las normas deontológicas del CEACP 2012 como «(...) disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance» (LRCD, 2008, art. 17.2) para imponer una sanción por la comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de acto contra el principio de legalidad. Para esto, se hace necesario ver, específicamente, cuál ha sido la motivación de introducir las reglas específicas en el CEACP 2012 y ver si es conveniente esta “juridificación” de lo deontológico.

Empecemos por indicar que, a nuestro entender, la regulación del régimen publicitario a nivel deontológico es, utilizando y yendo más allá de la metáfora del profesor Bullard, un “arroz con mango” (Bullard, 2007, p. 11) convertido en un “combinado siete colores”<sup>14</sup> típico del centro de la ciudad de Lima; en otras palabras, una mezcla exagerada de cosas. En este caso, la exposición de motivos empieza utilizando la concepción coloquial de “lealtad” y “deslealtad” en lugar de los términos técnicos de “buena fe empresarial” o los tipos de conductas enunciadas en la LRCD; además, luego expone una referencia a las normas de libre competencia cuando, si bien están relacionadas, no tienen nada que ver con el Derecho de Represión de la Competencia Desleal (Boza & Chocano, 2008, pp. 216-217). Esta falta de técnica también se observa en la equivocada referencia, en el artículo 65 del CEACP 2012, a «(...) las normas y principios que rigen a

<sup>14</sup> Plato popular ofrecido en puestos ambulantes que incluye platos diversos y, en teoría incompatibles entre sí, tales como papa a la huancaína, ceviche, tallarines rojos, chanfainita, mote y cancha serrana.

la publicidad en defensa del consumidor» (2012), pues –como hemos expuesto previamente– el área que tiene como objeto de estudio la publicidad comercial en general y, por ende, la publicidad del abogado es el Derecho de Represión de la Competencia Desleal. Lo dicho refuerza, una vez más, la eliminación del primer “portal” y eliminar esta mención del artículo 65 del cuerpo normativo deontológico.

Ahora, corresponde analizar todas las disposiciones deontológicas para observar la conveniencia de mantenerlas, modificarlas o quitarlas del CEACP 2012, pensando que hay un “portal” que las “juridifica”, no estando mal dicho efecto, en línea de principio. Sin embargo, para calificar como disposiciones sectoriales de la publicidad del abogado deberán no encuadrarse en parámetros subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados tan laxos que permitan la arbitrariedad administrativa cuando se discutan sanciones, sino únicamente un margen de discrecionalidad controlada por los límites de la ley. Veamos los comentarios a cada una de las disposiciones en el siguiente cuadro:

Tabla N° 1 – Análisis de las normas deontológicas específicas respecto a la publicidad del abogado respecto a la LRCD

CEACP 2012		Propuesta	
Artículo	Disposición vigente	Comentario	Reforma
Art. 66, Inc. a)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Engañar ni inducir a error a sus destinatarios».	Esta disposición coincide con la represión de los actos de engaño (art. 8 de la LRCD), genera duplicidad y debe ser eliminada.	Derogar el inciso a) del artículo 66

CEACP 2012		Propuesta	
Artículo	Disposición vigente	Comentario	Reforma
Art. 66, Inc. b)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Garantizar o generar la convicción de resultados que no dependan exclusivamente de su labor profesional».	Si bien esta disposición podría coincidir con la represión de los actos de engaño (art. 8.1 de la LRCD), ya que se trata de una promesa imposible de cumplir al momento de emitir la publicidad, además de no contar con el sustento previo de la afirmación comprobable (art. 8.4 de la LRCD); en todo caso, se puede mantener justificando que se trata de una disposición especial sectorial muy propia del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados.	-
Art. 66, Inc. c)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Sugerir el incumplimiento de deberes y/u obligaciones de carácter legal o el empleo de medios contrarios a las leyes».	Si bien esta disposición podría coincidir con la represión de los actos contrarios al principio de adecuación social (art. 18.1 de la LRCD), se puede mantener justificando que se está especificando porque la LRCD no utiliza el parámetro de la “inducción”, sino uno menos estricto como lo es meramente “sugerir”; por lo que puede considerarse como la inclusión de una disposición especial sectorial específica del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados.	-
Art. 66, Inc. d)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Sugerir que el abogado está en posibilidad de influir indebidamente en la decisión de la autoridad».	Si bien esta disposición podría coincidir con la represión de los actos contrarios al principio de adecuación social (art. 18.1 de la LRCD), se puede mantener justificando que se está especificando porque la LRCD no utiliza el parámetro de la “inducción”, sino el uno menos estricto como lo es meramente “sugerir”; por lo que puede considerarse como la inclusión de una disposición especial sectorial específica del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados.	-

CEACP 2012		Propuesta	
Artículo	Disposición vigente	Comentario	Reforma
Art. 66, Inc. e)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Revelar información protegida por el secreto profesional».	Esta disposición genera que el deber de guardar el secreto profesional establecido en el inciso 4 del artículo 293 de la LOPJ se convierta en una disposición especial a nivel jurídico aplicable al régimen publicitario del abogado; de esta forma, se habilitaría la represión de los actos contrarios al principio de legalidad (art. 17.2 de la LRCD) al ser una disposición sectorial respecto al contenido de los anuncios publicitarios de los abogados.	-
Art. 66, Inc. f)	«La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Incitar el inicio de procesos manifiestamente infundados e innecesarios».	Si bien esta disposición podría coincidir con la represión de los actos contrarios al principio de adecuación social por inducir a cometer actos ilegales (art. 18.1 de la LRCD) o por otra similar (art. 13 del CPDC), se puede mantener justificando que se está especificando, ya que no se utiliza el parámetro de la “inducción” en la LRCD, sino el uno más estricto como lo es “incitar”; por lo que puede considerarse como la inclusión de una disposición especial sectorial específica del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados.	-
Art. 67	«El Abogado puede anunciar y ofrecer directamente sus servicios, siempre que los realice y actúe con decoro»	Puede considerarse como la inclusión de una disposición especial sectorial específica del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados, pero eliminando la mención al “decoro” para utilizar un término más objetivo como “(...) con respeto a los derechos fundamentales de los potenciales clientes”, por ejemplo: la intimidad, la privacidad, a la salud, al descanso, a la tranquilidad, entre otros.	«El Abogado puede anunciar y ofrecer directamente sus servicios, siempre que los realice con respeto a los derechos fundamentales de los potenciales clientes»

CEACP 2012		Propuesta	
Artículo	Disposición vigente	Comentario	Reforma
Art. 68	«El abogado puede opinar y absolver consultas a través de medios masivos de comunicación, siempre y cuando no afecte la dignidad y honor de las personas».	Puede considerarse como la inclusión de una disposición especial sectorial específica del mercado de los servicios jurídicos prestados por los abogados, pero sugerimos cambiar la mención a la dignidad y honor por una fórmula más amplia y objetiva como “(...) no afecte los derechos fundamentales de terceros”, por ejemplo: la intimidad, la privacidad, el honor, la buena reputación, a la protección de los datos personales, a la salud mental, a la tranquilidad, entre otros.	«El abogado puede opinar y absolver consultas a través de medios de comunicación masiva, siempre y cuando no afecte los derechos fundamentales de terceros».

Este ejercicio es relevante, ya que, como indica Aramayo sobre la publicidad contraria al principio de legalidad, «(...) resulta verdaderamente importante determinar la amplitud que puede tener su aplicación, ello con la finalidad de precisar los límites a los que se debe sujetar la publicidad» (2006, p. 100); en este sentido, se ha llegado a analizar la aplicación de las normas jurídicas en su totalidad, desde la Constitución hasta las normas infra legales, pero no las normas deontológicas.

No obstante, a nivel comparado, esto no es extraño. En España, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal establece en el inciso 2 de su artículo 5 lo siguiente:

(...) cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios (Ley de Competencia Desleal española, 1991).

Si bien se somete la aplicación de las normas deontológicas a señalar expresamente su sometimiento, es un referente importante. En nuestro país no encontramos disposición semejante, pero se podría considerar que el segundo “portal multiversal” suple ello cuando la LOPJ obliga a respetar las normas deontológicas del CEACP 2012 a los abogados y abogadas incorporados a un colegio de abogados en el Perú; ello inclusive de forma más intensa, porque no se brinda opción a inaplicar estas reglas del campo ético.

Como se puede observar, el fenómeno de la “juridificación” de las disposiciones normativas deontológicas, creemos, no está mal enfocado; al contrario, por la regulación deontológica que siempre se ha tenido en este plano<sup>15</sup>, al considerarlas normas referenciales de la aplicación del principio de legalidad –cuyo resguardo se logra en aplicación del artículo 17 de la LRCD– se les otorga mayor respaldo y apoyo coactivo del Estado (Rubio, 2009, p. 86) en caso se incumplan las sanciones interpuestas por los órganos resolutivos del Indecopi en esta materia, además de especialidad en su estudio y análisis.

En resumen, para aclarar la posición de la presente investigación, no estamos sugiriendo desaparecer las normas deontológicas referidas a la publicidad del abogado, pero sí se debe cambiar la norma deontológica para confiar más en el plano jurídico, sobre todo con el cambio del modelo profesional al modelo social del Derecho de Represión de la Competencia Desleal en nuestro país. Además, debemos recordar que los órganos resolutivos del Indecopi cuentan con competencia primaria por la especialidad que caracteriza a este tema puntual, inclusive frente a los colegios de abogados de una interpretación sistémica de las normas administrativas<sup>16</sup>. Por todo lo indicado, creemos que debemos arreglar la

---

15 Como revela el estudio de Gálvez, la regulación de la gran mayoría de países acerca de la publicidad del abogado está contenida en códigos de ética profesional o códigos de conducta profesional, aprobados por colegios de abogados (Gálvez, 2006, p. 132).

16 Si bien la 1º Disposición Complementaria Final de la LRCD hace referencia a los órganos del Estado, no debe perderse de vista que los colegios de abogados están incluidos dentro del concepto de “entidades de la administración pública” según el inciso 6 del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG, 2001).

“fisura” del segundo “portal multiversal” para que funcione a favor de todos los actores involucrados, incluyendo los potenciales clientes de abogados y abogadas en el Perú.

Habiendo finalizado la revisión de los aspectos relevantes de los dos “portales”, se concluye que se debe eliminar el primer “portal”, referido a la inclusión de la posibilidad de sancionar en el “universo” deontológico en base a las conductas de la LRCD; de igual forma, se debe conservar el segundo “portal” que conecta las normas deontológicas y las “juridifica” a través de la LOPJ y la LRCD, pero –previamente– convirtiendo las disposiciones de control sobre la publicidad de los abogados en un real control objetivo y sin arbitrariedad<sup>17</sup>.

## **Conclusión**

En mis primeros años en la Universidad estudiando Derecho, encontré el siguiente letrero colgado en un edificio a un par de cuadras del edificio “Javier Alzamora Valdez”, donde se ubica una de las principales sedes del Poder Judicial en el centro de Lima (Perú), pero sólo pude tomar la foto un par de años después de haberlo visualizado por primera vez; en esta oportunidad la “desenterré” de mis archivos y ahora, con total claridad, puedo apreciar que era un claro anuncio publicitario de abogado, pero sin identificación, pues es claramente ilegal, imputable de infracción tanto por el “universo” deontológico como el jurídico:

---

<sup>17</sup> Es importante indicar que no es una postura compartida, por ejemplo, por Gálvez quien indica lo siguiente:

[d]ebido a la especificidad de la profesión, la publicidad de abogados no debería ser efectuada en los mismos moldes que la de otros prestadores de servicios o de otras actividades. Ciertamente, ofrecer servicios legales no es lo mismo que ofrecer servicios de peluquería o de lavandería, o en todo caso no debía ser lo mismo (Gálvez, 2006, p. 148).

En este sentido, tampoco creemos que esta autora coincida con la “juridificación” de la publicidad del abogado, ya que tanto los servicios de peluquería como de lavandería, así como todos en general en el Perú, sí están sometidos a los parámetros de la LRCD.



Gráfico N° 1 – Fotografía “Publicidad de abogado en la cuadra 11 de la avenida Abancay, Cercado de Lima, Perú” (Murillo, 2012)

Este anuncio, no sólo motivo que presente un informe jurídico acerca de la publicidad de abogado en el curso de Ética y Responsabilidad Profesional de la Facultad de Derecho, sino que me hizo reflexionar sobre el famoso “decoro” e “imagen” de los abogados; por aquella época, 2010 para ser exactos, estaba vigente el ex CEA con su fuerte restricción a la publicidad del abogado y recién se estaba trabajando el cambio al CEACP que se adoptó en 2012. El tema era muy interesante, pero mi escaso conocimiento sobre el Derecho de Represión de la Competencia Desleal no me permitió ver –en ese entonces– la real dimensión de los temas que traía consigo el cambio de código deontológico y todos los aspectos por mejorar que he encontrado catorce años después, en estas páginas.

Queda claro que en vigencia del ex CEA 1997 este anuncio era completamente infractor, pero no por ofrecer un “record [de] soluciones [en] 72 horas” o hacer referencia en una misma frase a “ex–magistrados” y “con ventaja”, sugiriendo posibles actos de corrupción, sino únicamente porque no estaba permitido este medio para realizar publicidad, sino sólo la repartición de tarjetas personales. Debemos recordar que la prohibición de ofrecer resultados que no dependan del abogado o abogada y la de no sugerir actos ilícitos para conseguir los objetivos ya vinieron con la aprobación del CEACP 2012.

No obstante, conforme a todo lo indicado en el presente estudio, la pregunta de fondo, si concebíamos al Derecho de Represión de Competencia Desleal como

un complemento del escaso sistema deontológico de aquel tiempo, es: ¿Se hubiera podido sancionar bajo el amparo de la LRCD esta publicidad? Como analizamos previamente, las únicas posibilidades dentro del propio “universo” jurídico de la LRCD serían: o tratar las afirmaciones realizadas como frases comprobables que están sometidas al deber de sustentación previa (art. 8.4 de la LRCD), por ende, susceptibles de generar un acto de engaño, o analizar si estas frases –realmente– te inducen a cometer un acto ilícito (art. 18.1 de la LRCD y/o art. 13 del CPDC). En el primero de los casos, la garantía de solución en setenta y dos (72) horas puede ser cierta y la frase no está sometida a ninguna forma específica de conseguirlo; por tanto, podría evadir dicha infracción. Igualmente, en el segundo de los casos, difícilmente podríamos fundamentar que hacer referencia a que los abogados, que sí pueden haber sido ex–magistrados, tengan una ventaja –*v.g.* puede ser por su experiencia en los temas judiciales– te induzcan a cometer actos ilegales.

Dicho esto: ¿Cómo se podría sancionar jurídicamente a estos abogados? La respuesta fluye de lo estudiado en el presente artículo: a través de la validación del segundo “portal” entre los “universos” deontológico y jurídico, dando por idónea la “juridificación” del régimen deontológico de la publicidad del abogado, lo cual permitiría que la CCD –y posteriormente la SDC– del Indecopi imputen y sancionen la referida publicidad por actos de competencia desleal en la modalidad de acto contrario al principio de legalidad (art. 17.2 de la LRCD) al haberse contravenido el inciso d) del artículo 66 del CEACP 2012 que indica «La Publicidad usada por el abogado no deberá: (...) Sugerir que el abogado está en posibilidad de influir indebidamente en la decisión de la autoridad», siendo la clave el término “sugerir” que es menos estricto que el término “incitar” del artículo 18.1 de la LRCD.

Lo indicado, así como todo lo indicado en el presente estudio, ha permitido explicar los motivos por los cuales se debería eliminar el primer “portal” y se debería conservar el segundo, pero con modificaciones específicas; en otras palabras, se debe derogar el artículo 69 del vigente CEACP 2012 y se debe conservar el inciso 3

del artículo 293 de la LOPJ que “juridifica” las disposiciones restantes del CEACP 2012 para sancionar por competencia desleal a aquellos abogados y abogadas que realicen publicidad consistente en actos contrarios al principio de legalidad, según el artículo 17.2 de la LRCD. Eso sí, esto último realizando algunos cambios, a saber: i) eliminar la referencia duplicada a los actos de engaño del inciso a) del artículo 66 del CEACP 2012 y ii) eliminar la mención al “decoro”, subjetividad propia del régimen deontológico, reemplazándola por un parámetro más objetivo como el “respeto a los derechos fundamentales de los potenciales clientes”.

Finalmente, aunque no menos importante, no debemos perder de vista que la doble regulación de la publicidad correspondiente a los abogados que se incorporan a un colegio de abogados –con su respectiva exposición a la doble sanción por la emisión de publicidad– puede dirigir el destino final de la carrera profesional de un joven abogado o abogada, existiendo menores riesgos y más incentivos para convertirse en un o una *solicitor* en lugar de un o una *barrister*, cuya noble labor es defender en los juzgados de nuestro país. Puede ser que, sin querer queriendo, estemos reduciendo la oferta de buenos abogados patrocinantes para dejar como la última opción a elegir ese modelo de abogado específico.

En todo caso, quizás sea necesario terminar de formalizar la “juridificación” del régimen deontológico de la publicidad del abogado –aunque la disposición del segundo “portal multiversal” que estableció la LOPJ lo viene haciendo *de facto*– y trasladarlo a un cuerpo normativo jurídico<sup>18</sup>, aplicable a todos los abogados –*solicitors* y *barristers*– para no desincentivar la labor de los abogados en el patrocinio de intereses frente a un juez o las cortes. ¿Será el momento de una ley

---

18 Si bien actualmente las normas de mejora de calidad regulatoria, incluyendo al Perú, establecen que regular debe ser una medida subsidiaria frente a otras posibles medidas, se puede utilizar las propias preguntas que plantea la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), recogidas por Calle (2024, p. 56): primero, ¿existe realmente un problema? Consideramos que sí, pues hemos detectado que hay supuestos de publicidad indebida del abogado que no están cubiertos por la regulación general del Derecho de Represión de Competencia Desleal; y, segundo, ¿se justifica la potencial acción del Estado? Creemos que sí, debido a que la manera de considerar, fuera de toda duda, que las estipulaciones que están en el CEACP 2012 sean consideradas verdaderas normas sectoriales jurídicas de la publicidad es su inclusión en una norma jurídica de este tema en específico.

que regule sectorialmente la publicidad del abogado? ¡No se pierda el siguiente episodio de la historia del “multiverso” de la publicidad del abogado!

## Bibliografía

- Aramayo, A. (2006). Publicidad contraria al Ordenamiento Jurídico. En J. Espinoza, & P. Stucchi (Eds.), *Normas de la Publicidad* (pp. 96-111). Rodhas.
- Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Indecopi.
- Avellaneda, J., & Súmar, Ó. (2008). El colegio de abogados como un cartel: efectos económicos y sociales de la restricción de publicidad de los abogados. *Revista Ius et Veritas*, 36, 500-522. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12276/12839>
- Berger, M. (1983). A Comparative Study of British Barristers and American Legal Practice and Education. *Revista Journal of International Law and Business*, 5(3), 540-584. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1697&context=faculty>
- Boyer, J. (2012). *Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non Bis In Idem*. *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 323-331. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13563/14188>
- Boza, B., & Chocano, D. (2008). *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho*. Themis.
- Bullard, A. (2007). *Prólogo: ¿Es la competencia desleal un “arroz con mango”?*. En E. Pasquel, C. Patrón, & G. Pérez (Eds.), *El Derecho de la Competencia Desleal* (pp. 11-19). UPC.
- Calle, J. (2024). AIR y mejora de la regulación tradicional. En G. Ruiz, & S. Cifuentes (Eds.), *Análisis de Impacto Regulatorio* (pp. 51-69). PUCP.
- Tribunal Constitucional [Perú]. (2005, 17 de octubre). *Caso Achahui Loayza*, Sentencia S/N (Exp. 3167-2004-AA/TC).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi [Perú]. (2003, 10 de diciembre). *Caso Coca-Cola c. Don Jorge y otro*, Resolución N.º 0547-2004/TDC-INDECOPI (Exp. 051-2002/CCD-INDECOPI).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi [Perú]. (2017, 13 de julio). *Caso de Oficio c. M.I.S. y otro*, Resolución N.º 0403-2017/SDC-INDECOPI (Exp. 006-2016/CCD-INDECOPI-LOR).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi [Perú]. (2022, 11 de enero). *Caso G.H.G.B. c. Universidad Continental*

- S.A.C., Resolución N.º 005-2022/SDC-INDECOPI (Exp. 027-2020/CCD-INDECOPI).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi [Perú]. (2014, 24 de marzo). *Caso J.A.G.C. c. H.E.C.G. y otro*, Resolución N.º 0426-2014/SDC-INDECOPI (Exp. 234-2012/CCD-INDECOPI).
- Tribunal Constitucional [Perú]. (2009, 5 de junio). *Caso Latorre Delgado*, Sentencia S/N (Exp. 02574-2008-AA/TC).
- Tribunal Constitucional [Perú]. (2005, 11 de julio). *Caso Loja Mori*, Sentencia S/N (Exp. 3330-2004-AA/TC).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi [Perú]. (2016, 31 de agosto). *Caso OOBK S.A. y otros c. Occidental Business Corporation S.A.C. y otros*, Resolución N.º 449-2016/SDC-INDECOPI (Exp. 0179-2014/CCD-INDECOPI).
- Tribunal Constitucional [Perú]. (2003, 16 de abril). *Caso Ramos Colque*, Sentencia S/N (Exp. 2050-2002-AA/TC).
- Tribunal Constitucional [Perú]. (2006, 11 de abril). *Caso Silva Vallejo*, Resolución S/N (Exp. 3954-2006-PA/TC).
- Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. (1997, 26 de abril). *Código de Ética del Abogado* (ex CEA). Aprobado en Ayacucho [Perú].
- Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. (2012, 14 de abril). *Código de Ética del Abogado de los Colegios de Abogados del Perú* (CEACP). Aprobado en Ica [Perú].
- Constantino, R., Rodríguez, S., Arce, T., Cisneros, A., & Angulo, A. (2021). El Tribunal Constitucional del Perú y la actual aplicación de su función sancionadora en materia disciplinaria: Análisis de resoluciones que imponen multas a abogados. *Pensar, Revista de Ciencias Jurídicas*, 26(3), 1–14. HYPERLINK “<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2021.12838>” \t “\_new” <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2021.12838>
- Coppola, F. F. (Director). (1997). *The rainmaker* [Película]. American Zoetrope.
- Decreto Legislativo N.º 767, Ley Orgánica del Poder Judicial. Presidente de la República del Perú. *El Peruano*, 29 de noviembre de 1991.
- Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Presidente de la República del Perú. *El Peruano*, 25 de junio de 2008.
- Decreto Legislativo N.º 1265, Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional. Presidente de la República del Perú. *El Peruano*, 16 de diciembre de 2016.
- Dos Santos, J., Powers, K., & Thompson, J. K. (Directores). (2023). *Spider-Man: Across the Spider-Verse* [Película]. Marvel Entertainment, Sony Pictures.
- Espinoza, J. (2006). *Normas de la publicidad*. Rodhas.

- Gálvez, M. (2006). Regulación de la publicidad de abogados. Estudio comparativo. *Revista Ius et Veritas*, 33, 132–148. HYPERLINK “<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12345/12909>” \t “\_new” <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12345/12909>
- Guzmán, C. (2011). Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N.º 1044. *Revista de Derecho Administrativo*, 10(2), 245–257. HYPERLINK “<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13693/14317>” \t “\_new” <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13693/14317>
- Kagaba, A. (2025). Ethical dilemmas in legal advertising. *Research Output Journal of Education*, 5(2), 20–25. HYPERLINK “<https://doi.org/10.59298/ROJE/2025/522025>” \t “\_new” <https://doi.org/10.59298/ROJE/2025/522025>
- Congreso de la República del Perú. (2001, 1 de abril). Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. *El Peruano*.
- Congreso de la República del Perú. (2006, 3 de marzo). Ley N.º 28681, Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas. *El Peruano*.
- Congreso de la República del Perú. (2006, 5 de abril). Ley N.º 28704, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco. *El Peruano*.
- Congreso de la República del Perú. (2010, 1 de septiembre). Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. *El Peruano*.
- Montezuma, Ó. (2021). La profesión legal y la tecnología [Entrevista]. *Revista Advocatus*.
- Murillo, J. (2012). *Publicidad indebida de abogado en la cuadra 11 de la avenida Abancay, Cercado de Lima, Perú* [Fotografía]. Lima.
- Murillo, J. (2015). Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de publicidad comercial en el Perú. En P. Urteaga & A. Verona (Eds.), *Anuario de investigación del CICAJ 2013–2014* (pp. 161–207). CICAJ-PUCP.
- Murillo, J., & Segovia, E. (2019). Desenredando nudos... Las relaciones entre la normativa del derecho de represión de la competencia desleal y derecho de consumo en materia publicitaria. En O. Damián (Ed.), *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor* (pp. 373–414). Pacífico.
- Ramsey, P., Persichetti, R. J., & Rothman, R. (Directores). (2018). *Spider-Man: Into the Spider-Verse* [Película]. Columbia Pictures, Sony Pictures Animation, Marvel Entertainment.
- Reino de España. (1991). Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. *Boletín Oficial del Estado*, 10, 1070–1076.

- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10.<sup>a</sup> ed.). PUCP.
- Sainz de Aja, B. (2007). El derecho de represión de la competencia desleal. En E. Pasquel, C. Patrón & G. Pérez (Eds.), *El derecho de represión de la competencia desleal* (pp. 23–56). UPC.
- Seleme, H. (2023). *La ética de los abogados*. IIJ-UNAM.
- Stucchi, P. (2007). La clausura general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. *Revista Themis*, 54, 287–308. HYPERLINK “<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8885>” \t “\_new” <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8885>
- Vignolo, G. (2019). INDECOPI vs. CAL: Cuando las barreras burocráticas las crea e impone tu propio colegio profesional. *Revista de Derecho Administrativo*, 17, 274–296. HYPERLINK “<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22175/21491>” \t “\_new” <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22175/21491>
- Watts, J. (Director). (2021). *Spider-Man: No Way Home* [Película]. Columbia Pictures, Marvel Studios.



## **Familias Diversas: Un derecho de la comunidad LGBTIQ+**

### ***Diverse Families: A right of the LGBTIQ+ community***

Natalia Alberta Cirilo Mel<sup>1</sup>

#### **Resumen**

La protección de la familia es reconocida como un derecho humano en numerosos instrumentos internacionales, de los cuales se desprende la obligación estatal de garantizar este derecho sin algún tipo de discriminación. Sin embargo, se sigue concibiendo a la familia como una institución heteroparental, desatando el rechazo al matrimonio igualitario y la crianza de menores bajo la tutela de personas del mismo sexo, perpetuando un trato desigual y discriminatorio que restringe el derecho de aquellos a expresarse libremente y a formar su propia identidad sin ser cuestionados. El presente artículo tiene como objeto principal evidenciar que las limitaciones al reconocimiento de las familias constituidas por personas LGBTIQ+ no se basan en fundamentos válidos o razonables, sino en prejuicios que afectan el goce del derecho a la igualdad y la diversidad. Por ello, se cuestiona el prejuicio según el cual solo las parejas heterosexuales pueden proporcionar un entorno adecuado para la crianza de niños y niñas, basado en la creencia

<sup>1</sup> \*Estudiante de la carrera profesional de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM (Lima, Perú). Correo electrónico: natalia.cirilo@unmsm.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9823-3886>

errónea de que la orientación o identidad sexual de los padres o madres perjudica el desarrollo de los menores y justifica restringirles el derecho a conformar una familia a través del matrimonio y la crianza legalmente reconocida.

**Palabras clave:** LGBTIQ+, derechos humanos, derecho a la familia, igualdad ante la ley, discriminación estructural, hogares LGBTIQ+

## **Abstract**

The protection of the family is recognized as a human right in numerous international instruments, from which the State has the obligation to guarantee this right without any type of discrimination. However, the family is still conceived as a heteroparental institution, unleashing the rejection of egalitarian marriage and the raising of children under the guardianship of persons of the same sex, perpetuating an unequal and discriminatory treatment that restricts the right of those to express themselves freely and to form their own identity without being questioned. The main purpose of this article is to demonstrate that the limitations to the recognition of families constituted by LGBTIQ+ persons are not based on valid or reasonable grounds, but on prejudices that affect the enjoyment of the right to equality and diversity. Therefore, it questions the prejudice according to which only heterosexual couples can provide an adequate environment for raising children, based on the erroneous belief that the sexual orientation or identity of the parents harms the development of children and justifies restricting their right to form a family through marriage and legally recognized parenting.

**Keywords:** LGBTIQ+, human rights, right to family, equality before the law, structural discrimination, LGBTIQ+ households.

## **Introducción**

La familia es aquel elemento natural y fundamental que hoy, mañana y siempre será necesario para el desarrollo adecuado de toda sociedad. Por lo cual, todo

Estado tiene la obligación internacional de proteger, respetar y garantizar su protección ante todo tipo de circunstancia que ponga en riesgo su estabilidad.

Tradicionalmente, la familia ha sido concebida de manera restrictiva como aquella institución de carácter heteroparental: padre y madre. Sin embargo, a lo largo del tiempo, se han presentado avances y un desarrollo progresivo en los derechos de la colectividad LGBTIQ+, que han permitido el surgimiento de nuevos modelos familiares. Este sector poblacional es uno de los varios grupos sociales que para lograr el reconocimiento de sus derechos tuvo y todavía tiene que alzar su voz y afrontar contextos violentos discriminatorios que facilitan su marginación y exclusión social tan solo por decidir no encajar en la típica concepción dual de la identidad y de la orientación sexual.

No obstante, a pesar de aquellos avances, este sector poblacional, como lo ha señalado el propio Consejo de Derechos Humanos (2016), sigue siendo víctima constante de aquellos actos que ponen en riesgo su integridad, que claramente, como se ha señalado por el Consejo de Derecho Humanos (2022), es producto de “la estigmatización arraigada en la construcción sociocultural patriarcal y cisnormativa de la intimidad entre personas del mismo sexo, la no conformidad con el género y el placer sexual como moralmente transgresor” (párr. 17).

En ese contexto, es de relevancia nacional como internacional eliminar toda brecha existente entre la comunidad LGBTIQ+ y la posibilidad del ejercicio libre y pleno de sus derechos sin ningún trato discriminatorio que dificulte el goce de estos mismos. Siendo uno de los más controversiales, los obstáculos que presenta una persona LGBTIQ+ para iniciar una familia a través del matrimonio que, posteriormente, pueden aumentar en gran cantidad, cuando deciden ampliar su núcleo familiar con la crianza de hijos o hijas, a lo que cierto sector se encuentra a favor y otro en contra.

En ese sentido, el objeto del presente trabajo será reafirmar que toda persona, independientemente de su identidad u orientación sexual, no debe ser impedida a ejercer libremente sus derechos, en particular, su derecho a poder formar una

familia sin temor a ser víctima de represalias; y, además, a refutar la concepción de considerar como personas “inadecuadas” para criar niños o niñas a aquellas que no encajan en la arraigada concepción binaria de la orientación e identidad sexual. Concluyendo con destacar el rol de la educación en la lucha contra la exclusión y los obstáculos que limitan que las personas LGBTIQ+ puedan ejercer plenamente sus derechos.

## **Evolución de la familia**

El primer vestigio de un colectivo similar a la familia lo conformaron los clanes; dado que fueron la primera manifestación de una unión primitiva que tenía como objeto el trabajo en conjunto para protegerse entre ellos mismos y facilitar su supervivencia (Morales, 2015). No obstante, como seres sociales y emocionales, al transcurrir del tiempo, todo ser humano empezó a desarrollar afinidad por una persona o un grupo en particular, que provocó la transformación de los clanes por grupos sociales que compartían un vínculo en común más estrecho, y más allá del instinto de subsistencia.

Aquella evolución de las relaciones sociales es muestra clara del dinamismo del ser humano y sus relaciones interpersonales, lo cual conllevó a que los primeros avistamientos de la familia, como una institución, se fueran concretando en mayor grado al ser influenciada por las distintas civilizaciones, al transcurso del tiempo. Entre algunas de ellas se encontraba a:

- Egipto, que no solo reconoció a la familia como tal, sino que rompió con la idea de la conformación de una familia solo en base a vínculos familiares o emocionales. Toda vez, al surgimiento de los denominados matrimonios por conveniencia, y como consecuencia la aplicación del divorcio (Cuervo, 2017).
- Grecia, donde la familia era esencial para el buen funcionamiento de la sociedad y, según Aristóteles, alcanzar la felicidad (Leuridan, 2020).

Así como por hitos históricamente importantes, como la Revolución francesa que conllevó a la reestructuración familiar, dejando de lado la idea de la existencia de la familia nuclear como la única existente, y surgiendo las denominadas familias monoparentales, recompuestas, homoparentales, etc (Miranda, 2018). Evolución, que sigue desarrollándose y que ha logrado que se haya consolidado no solamente como un grupo social unidos por un vínculo de consanguinidad, sino también de filiación biológica o adoptiva y de alianza, como una manifestación de la solidaridad, fraternidad, apoyo y amor que permiten su estabilidad (Arévalo, 2014), que no existía anteriormente.

Es de esa manera, que se fue abandonando la percepción de la familia, como aquella conformada estrictamente por un padre, una madre e hijos, introduciendo nuevas categorías que rompan la concepción de la familia clásica aceptada. Por lo cual, se ha recalcado la necesidad de reconocer la variedad de estructuras familiares y de los tipos de funciones y relaciones afectivas que existen dentro de ella (Bernal, 2017).

Sin embargo, si bien algunas categorías como las familias monoparentales, extensas o reconstituida han sido bien recibidas por la sociedad actual, aún existe un grupo que no goza de ello, vale decir, las familias conformadas por personas LGBTIQ+, dado a la creencia de que un hogar siempre debe estar conformado por una pareja heterosexual, considerada, por un sector social, como la base ideal para formar y dar una adecuada crianza a futuras generaciones.

De esa forma, aunque toda persona tiene derecho a constituir una familia (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948), en la práctica, lamentablemente, no toda persona puede acceder de igual manera y con las mismas herramientas para construir y forjar una.

## **Derecho a la Familia: un Derecho Humano**

La familia ha logrado consolidarse como aquel instrumento idóneo para el funcionamiento adecuado de toda sociedad en la medida que constituye un grupo

social que comparte un vínculo en común — no necesariamente sanguíneo — que contribuye a que todo integrante de ella desarrolle sus convicciones, aprehenda valores y principios, y pueda forjar la base de su personalidad (Muga, Torres, & Valdivieso, 2013). Lo cual, consiguientemente, permitirá que su salida a la sociedad y al momento de relacionarse con un ambiente más extenso, que el núcleo familiar, sea fructífero.

Es en esa línea que la familia logró, poco a poco, consolidarse no solo como la base de la sociedad, sino que su relevancia logro que sea reconocida a nivel nacional e internacional como derecho humano. Por ende, convirtiéndose en un derecho inherente, inalienable, universal e irrenunciable protegido en gran variedad de instrumentos internacionales universales. Entre ellos están la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 16, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 23, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 10 que reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y la obligación de los Estados de adoptar todas las disposiciones necesarias para su adecuado funcionamiento; el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que reconoce la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias en pro de la reunificación familiar; o como la directriz 17 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil<sup>2</sup> (1990) que sostiene que los gobiernos tienen la obligación de adoptar toda medida necesaria para fomentar la unión y la armonía en la familia y evitar la separación entre padres e hijos.

A nivel regional, se observa esta protección en instrumentos como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) (1969) en su artículo 17, el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre

---

2 También conocidas como Directrices Riad

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup> (1988) en su artículo 15, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) en su artículo 12.

Todo aquel contenido normativo que constantemente ha sido recogido para resolver controversias que han llegado a sede internacional por el impedimento de constituir, forjar o proteger a toda familia por parte de los Estados. Y, consecuentemente, la ampliación del contenido jurisprudencial y de la gama de estándares internacionales para dar mayor claridad de las obligaciones internacionales de los Estados para evitar una mala interpretación de ellos provocando la violación de toda persona de gozar con la oportunidad de conformar una familia sin la intromisión del Estado, ocasionando injerencias arbitrarias y abusivas en la vida familiar.

Así, entre las sentencias emblemáticas en materia del derecho a la familia se encuentra, por ejemplo, el caso *Adžić vs. Croacia* (TEDH, 2016), *Córdoba vs. Paraguay* (Corte IDH, 2023), *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala* (Corte IDH, 2018), *Forneron e hija vs. Argentina* (Corte IDH, 2012), *Sylvester vs. Austria* (TEDH, 2003) que versan sobre reunificación familiar, restitución internacional o separación la arbitraria de la familia.

En lo que respecta en casos más relacionados con la materia en cuestión, encontramos casos como *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Corte IDH, 2012) que versa sobre el proceso de custodia que fue interpuesto ante jurisdicción chilena por el padre de sus tres hijas en contra de la madre de ellas, Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían constituirían un factor de riesgo para el desarrollo integral de sus tres hijas.

Por otra parte, si recurrimos a sede nacional, el derecho a la familia se ha consolidado como un derecho social contenido en el artículo 4 de nuestra Carta Magna que expresamente señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia

---

3 También conocido como Protocolo de San Salvador

y promueven el matrimonio, reconociéndolas como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Sin embargo, este no puede ser ejercido libremente por todo ser humano, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares, cual se desprende del artículo 2º inciso 2 de nuestra Constitución (Fernández Revodero, 2017), vale decir, que es admisible un trato diferenciado por razón de sexo, filiación y edad que no se basen en una causa justa y razonable.

Pese a su reconocimiento dentro de nuestra norma suprema el Estado peruano obstaculiza el ejercicio pleno y libre del derecho a constituir una familia. Esta es la situación de Jenny Trujillo, Darling Delfín y su hijo Dakarai, quienes vieron vulnerado su derecho a conformar una familia y, en consecuencia, otros derechos fundamentales como resultado de la negativa de RENIEC de inscribir a Dakarai con los datos de sus ambas madres en su documento de identidad. Ante la negativa del Estado, este caso fue presentado ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien, mediante el Informe de Admisibilidad No 237/24 (2024), declaró admisible, el 7 de noviembre de 2024, la petición en relación a los derechos consagrados en los artículos 3, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; 5, derecho a la integridad personal; 8, garantías judiciales; 11, protección de la honra y de la dignidad; 17, protección a la familia; 18, derecho al nombre; 19, derechos del niño; 22, derecho de circulación y residencia; 24, igualdad ante la ley; y 25, protección judicial de la Convención Americana; junto al artículo 7 de la Convención Belém Do Pará.

## **Matrimonio Igualitario**

Como han sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (caso Keegan vs. Irlanda y Atala Riffo y niñas vs. Chile, respectivamente), no es exigible el contraer matrimonio para consolidarse como una familia; pero a pesar de ello muchas parejas deciden concertarlo como un símbolo de amor y compromiso a respetarse

y a apoyarse mutuamente. Sin embargo, ese simple deseo o manifestación voluntaria de contraerlo no es suficiente en algunos casos, y no por la falta de algún requisito formal, sino debido a cuestiones ideológicas, vale decir, a la predominancia de culturas patriarcales y conservadoras que están en contra de todo matrimonio que no sea entre un hombre y una mujer.

Aquello representa una postura discriminatoria, la cual intentan sustentar haciendo uso del hecho de la falta de capacidad de las parejas no heterosexuales de procrear, por lo cual no cumpliría el objeto de celebrar el matrimonio. Sin embargo, esto queda descartado para la Corte IDH en su OC-24/17 (2017), en la medida que aquella afirmación sería incompatible con el objeto del artículo 17 de la CADH a la protección de la familia y, además, que sería desconsiderado con aquellos cónyuges que por diversos motivos no cuentan con la capacidad propia de reproducirse.

Asimismo, se usa como fundamento que, como se desprende del contenido literal de la CADH o de otros instrumentos internacionales (Declaración Universal o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el matrimonio solo puede ser celebrado entre “hombre” y “mujer”. Pero, aquello quedaría sin fundamento toda vez que ello iría en contra de una interpretación dinámica y pro-persona; así como también, en contra del principio de buena fe consagrado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), al imponerse una interpretación restrictiva de lo que se concibe por familia y quienes pueden hacer goce del derecho a contraer matrimonio.

Aquella predominancia de una cultura patriarcal y conservadora es clara solamente al recaer en el hecho de que tan solo 39<sup>4</sup> países han aceptado la legalización del matrimonio igualitario (Burgueno, 2024). Siendo el primero del continente americano en reconocer el matrimonio igualitario, Canadá mediante

---

4 Países Bajos, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Argentina, Islandia, Portugal, Dinamarca, Brasil, Inglaterra, Francia, Nueva Zelanda, Uruguay, Luxemburgo, Escocia, Irlanda, Estados Unidos, Finlandia, Colombia, Groenlandia, Australia, Malta, Alemania, Austria, Costa Rica, Ecuador, etc.

su denominada ley “Civil Marriage Act” que impulsó a que posteriormente otros países siguieran la misma línea jurisprudencial, como Argentina con su Ley No.26.618 (de 15 de julio de 2010); Uruguay y su Ley No. 19.119 (de 2 de agosto de 2013); Chile con su Ley No. 20.830 (de 13 de abril de 2015), etc. Si bien no se pretende menoscabar el avance realizado en aquellos países, 39 de 193, aquella cantidad sigue siendo mínima a comparación de la totalidad de naciones alrededor del mundo.

Aunque en algunos países se haya permitido el matrimonio sin importar la heterosexualidad, ello no disminuye el hecho de que esta clase de matrimonio sea respetado y valorado por toda la sociedad, que no solamente dificulta el derecho de poder ejercer libre y plenamente sus derechos como la libertad de expresión donde el matrimonio igualitario es permitido. Sino que dicho contexto social y cultural genera un grado mayor de vulnerabilidad en aquellos espacios geográficos donde este no se encuentre reconocido o los excluye, limitando las posibilidades de las personas LGBTIQ+ a poder migrar y decidir en qué lugar desean sentar y constituir una familia sin el temor a ser víctimas de acoso, violencia, discriminación, etc.

Un claro ejemplo de exclusión y discriminación lo refleja Estados Unidos, donde el actual presidente, Donald Trump, ha expresado tajantemente su oposición al reconocimiento de la diversidad de género a través de la firma de distintas medidas conservadoras que limitan el ejercicio pleno de sus derechos. Entre ellas se encuentra la enmienda “Defendiendo a las mujeres del extremismo de la ideología de género y restableciendo la verdad biológica en el gobierno federal” que solo reconocerá dos sexos y evitará el uso de la palabra género en los documentos oficiales.

En un caso mucho peor, no solo la no legalización ni reconocimiento de los derechos de la comunidad, sino la penalización de este, como el caso de las autoridades ghanesas que condenan cualquier tipo de expresión romántica que no

sea entre una pareja típica (heterosexual) con una pena privativa de libertad de hasta 3 años (Ghana, 1960).

En materia nacional, aunque no se presenta tal retroceso, tampoco es que se evidencie avances claros y concretos respecto a los derechos de la comunidad LGBTIQ+. En 2020, el Tribunal Constitucional rechazó, por mayoría, la demanda de amparo del señor Óscar Ugarteche contra el RENIEC al intento de inscribir su matrimonio ante aquella institución (Expediente N.º 01739-2018-PA/TC. Sentencia 676/2020), vulnerando una gama de derechos, entre ellos, el más evidente, el derecho a la identidad. Además de exponerlos a ser víctimas de violencia social.

Siguiendo esta misma línea, en 2022, el Tribunal Constitucional dictó sentencia sobre el caso de Andree Martinot y Diego Urbina (Expediente N.º 02743-2021-PA/TC), y el caso de Susel Paredes Piqué y Aljovín de Losada (Expediente N.º 02653-2021-PA/TC), cuáles respectivas demandas de amparo a fines de obtener la inscripción de sus matrimonios civiles, celebrados en Estados Unidos, por parte de RENIEC, fueron declarados improcedentes bajo el fundamento de que el matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con la Constitución peruana. Una clara forma de discriminación por su orientación sexual.

Lo grave no solamente es que el impedimento a poder contraer matrimonio o poder inscribirlo vulnera el derecho humano a la familia, sino que esto conlleva una gama de vulneraciones que provoca que muchas veces una persona sea denigrada como ser humano por ir en contra de lo “convencional”. Toda vez, que como señaló la Corte Interamericana (2017), el simple acto de impedir un matrimonio por distintas cuestiones, como la orientación e identidad sexual, va en contra del principio de dignidad humana, del cual deriva la plena autonomía (la libertad de elegir y ser elegido) de una persona para escoger con quién desea formar un vínculo conyugal. Ir en contra de ello, es ir en contra de la dignidad de una persona y de los aspectos más íntimos de una persona. Aspectos, como su identidad en la medida en que se ven oprimidos y coaccionados a adaptarse a una

sociedad típica y rígida sin miras al cambio; o yendo en contra del denominado proyecto de vida a la vez que se permite la injerencia del ordenamiento jurídico en la vida privada y familiar de una persona (art. 8 y 11 del Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente).

A ello se suma, la dificultad de poder acceder a beneficios reconocidos por ley para los matrimonios y las uniones de hecho exclusivamente para parejas heterosexuales por ser las únicas reconocidas ante la ley. Un claro ejemplo lo ilustra el caso Duque Vs. Colombia (Corte IDH, 2016), en el cuál el señor Ángel Alberto Duque habiendo convivido durante más de 10 años con su pareja del mismo sexo se le negó el acceder a la pensión de sobrevivencia tras el fallecimiento de su pareja, a pesar de ser un derecho previsto en el sistema de seguridad social del Estado Colombiano, cual tiene como fin proteger a la familia del trabajador o trabajadora fallecida.

Otro de los factores que influyen en esta clase de opresión y restricción del ejercicio libre de sus derechos es la falta de un trato igualitario y no discriminatorio. Aquello que se evidencia del mismo hecho de evitar la celebración de un matrimonio no heterosexual o en el incongruente planteamiento de la creación de un matrimonio diferenciado al de las personas heterosexuales. Idea totalmente absurda, dado que, tomando en cuenta lo señalado en la OC- 24/17 (Corte IDH, 2017), la creación de una figura jurídica específica para la comunidad LGBTIQ+ sería totalmente contradictorio a la promoción y respeto de un trato igualitario ante la ley, solo se incentivaría el fortalecimiento de las brechas ya existentes y se iría hacia un retroceso respecto a todo lo logrado hasta la actualidad en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTIQ+.

## **La Crianza, un derecho de todos**

Todo niño, niña o adolescente es un ser vulnerable, por su propia condición física, emocional, su inmadurez, su inexperiencia y debilidad (Corte IDH, 2002). Por esa misma razón, cada uno de ellos, necesita de un entorno familiar donde pueda

sentirse seguro y pueda desarrollar adecuadamente su personalidad y prepararse para convivir en sociedad. ¿Pero acaso solo una pareja heterosexual puede brindar ello a un menor? ¿Acaso la orientación o identidad sexual de una persona guarda relación con la capacidad de una persona de criar a un hijo o hija?

Como hemos mencionado anteriormente, una familia puede ser muy diversa; y es aquí donde surge el debate de si a toda familia se le debe permitir criar a aquellos seres indefensos. Es así como algunos consideran a la homoparentalidad como un fenómeno antinatural y destructivo que puede generar daños adversos como psicopatologías por el simple hecho de ser criado en un ambiente no tradicional (Angulo Menassé et al., 2014), es decir, totalmente distinto al que ellos consideran como idóneo y natural. Afirmación, que queda si valor, con el simple hecho de que aquellos no correrían ningún tipo de riesgo de padecer algún tipo de psicopatología, porque como lo ha señalado la Asociación Americana de Psiquiatría (1974), hace más de 4 décadas, la homosexualidad ha sido eliminada de la lista de trastornos mentales; y en consecuencia no podría ser contagiada, como irónicamente señalan el sector contrario a la diversidad familiar como sexual.

Además, hay que considerar, que la propia realidad social, muestra que por el simple hecho de que un niño sea criado en una familia heterosexual, esto no garantiza su adecuado desarrollo y un ambiente que no genere afectaciones psicológicas y físicas. Sino que hasta podría considerarse un mayor grado de posibilidad de daños en esa clase de ambientes que en los demás modelos de familias, por las dos siguientes razones:

Primero, porque dentro de aquellas familias cabe la probabilidad de que sus creencias sean contrarias a la diversidad sexual a diferencia de las demás. Hecho, que claramente proviene, de una cultura restrictiva y, en ciertos casos, machista. Machismo que es considerado como uno de los factores predominantes de la violencia intra-familiar (Ramirez et al., 2017). Que si bien, en un primer momento, se ejerce entre la propia pareja, posteriormente, los hijos pueden salir

afectados ya sea directa, ejerciendo la violencia contra ellos, o indirectamente, siendo testigo de un ambiente violento.

Segundo, por la falta de roles definidos en las parejas LGBTIQ+, es decir, la falta de un rol fijo materno y paterno en aquellas familias. Un ejemplo claro de aquel pensamiento estereotipado es el caso Atala Riffo (Corte IDH, 2012), donde la capacidad de la señora Karen para criar a sus hijas fue puesta en duda por su orientación sexual, o en el Tribunal Europeo en casos como Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal (TEDH, 1999) o el caso Karner vs. Austria (TEDH, 2003) por la misma razón. Sin embargo, esto quedaría sin fuerza argumentativa, teniendo en cuenta de la existencia de trabajos de campo que evidencian que tanto los padres y madres homosexuales gozan de una excelente salud mental para poder ser lo suficientemente capaces para educar satisfactoriamente a sus hijos o hijas, además, de conceder un ambiente próspero de tolerancia y respeto (González et al. 2003). Además, en la XV Jornada cubana de lucha contra la cultura homofóbica y la transfóbica, según Red Semlac (2022), se hizo hincapié en que la maternidad y la paternidad se guían por otras aristas que nada tienen que ver con la orientación sexual.

Ello queda demostrado con mayor claridad, teniendo en cuenta que la American Psychological Association (2012) señaló que no existe prueba científica que demuestre que la efectividad de la crianza dependa de la orientación o identidad sexual de los padres. De forma más clara y entendible, al haber señalado que:

- Todo padre (heterosexual u homosexual) tiene la misma capacidad de brindar un ambiente seguro y saludable para sus hijos;
- Y, no hay relación causal entre el desarrollo de la personalidad y el bienestar de un niño con la expresión de la orientación o identidad sexual de los padres.

Y quizá, en algunos casos, sin menospreciar la crianza por padres heterosexuales, el desarrollo en un ambiente familiar diverso es un ambiente similar o más confiable y seguro para un niño, niña o adolescente. Para ello, remitámonos al estudio realizado por Eileen Medina (2021), donde se obtuvieron los siguientes resultados:

- **Funcionamiento de la Estructura Familiar:** No se mostraron diferencias significativas en la mayoría de los aspectos<sup>5</sup> de la estructura familiar. Pero, en aquellos en los que si hubo una pequeña diferencia esta fue a favor de las familias conformadas por padres o madres homosexuales en aspectos específicos, como la flexibilidad en los roles de género, la aceptación de la homosexualidad sin dificultad alguna y el afecto positivo del niño.
- **Entorno social del menor:** los hijos de ambas familias no presentan dificultades para formar lazos sociales con amigos y familiares; además, la inexistencia de una variación entre las capacidades de ellos a desarrollar sus habilidades sociales.
- **Orientación Sexual del Menor:** Se constató que la orientación sexual de las personas responsables de crianza no influye en la futura orientación sexual de su hijas o hijos. Mas bien, la mayoría de jóvenes que han tenido una crianza en familias LGBTIQ dicen mantener, en aquel momento, relaciones sexuales de manera exclusiva con personas del sexo opuesto.
- **Afectaciones Psicológicas:** No hubo prueba de que la orientación sexual de los padres provocara problemas o desórdenes en la estabilidad psicológica o salud mental de los niños, niñas o jóvenes bajo su protección. Por el contrario, se evidenciaron que las puntuaciones sobre ajuste emocional y comportamental se encontraban dentro de los parámetros normales; y, en otro estudio, que la mayoría se caracterizaban por poseer una alta

---

5 Aquellos aspectos: calidad del contexto familiar, estrés familiar, conflictividad familiar, historial de desarrollo, experiencia de amistad de los menores, integración y aceptación social, ajuste emocional y comportamental, autoestima o competencia social y académica, etc.

autoestima, sin ninguno acercarse a los niveles más bajos. El mismo escenario se presentó en el estudio de su nivel de satisfacción con la vida.

- **Relaciones Familiares y Prácticas Parentales:** Se puso en evidencia que las relaciones en los hogares homoparentales son notablemente positivas, sobresaliendo por caracterizarse por mantener relaciones parento-filiales con una fuerte comunicación asertiva y afectiva, y por optar por una crianza democrática y flexible, desvinculada de aquellas prácticas extremistas, como el autoritarismo o la permisividad.

Es de esa manera, que se puede evidenciar que las tesis planteadas por los opositores carecen de sentido, y que más bien son las ideas progresistas que salen a relucir y dar a notar lo beneficioso que es la crianza por familias diversas, al igual que puede serlo la crianza en hogares heterosexuales.

## **Formas de ejercer la crianza**

A diferencia de la mayoría de las parejas tradicionales, las parejas homosexuales no cuentan con dicha capacidad biológica de procreación entre ellos mismos. Sin embargo, este no debe ser un impedimento para que toda persona no pueda gozar del derecho de constituir una familia y disfrutar de ella, ya que se puede acudir al uso de técnicas de reproducción asistida y de la adopción.

A pesar de ello, como consecuencia de la negativa al matrimonio igualitario y a la crianza de menores por su propia condición, se dificulta que las parejas LGBTIQ+ puedan recibir un trato igualitario y no discriminatorio ante la ley durante los trámites de adopción o inscripción de sus hijos biológicos o adoptivos, que, en muchos casos, desaniman a estas parejas a acudir a estas posibilidades por la existencia de poca probabilidad de triunfo que pueden tener en estos procesos.

## ***Adopción***

La adopción es considerada como aquella institución social que permite que dos o más personas desconocidas entre ellas se unan por un vínculo familiar (Corte IDH, 2017). Y que, en el caso en particular, es considerada una de las vías más adecuadas para que las parejas homosexuales puedan construir una familia.

No obstante, si bien se ha logrado un progreso respecto al reconocimiento internacional de los derechos de la comunidad LGBTIQ+, muchas de aquellas parejas continúan enfrentando brechas gigantes para ejercer su derecho a la familia, como se da durante el trámite de adopción. Estas brechas vendrían a ser la discriminación institucional y legal, y los prejuicios sociales que influyen en el desarrollo de una evaluación justa y equitativa de su idoneidad como padres adoptivos (Golombok et al., 2014). Claro ejemplo de cómo aquellas brechas se interponen entre aquellas parejas y su derecho a la familia, son los resultados obtenidos por Farr y Patterson (2013) en su estudio, donde señaló que las parejas homosexuales son sometidas a procesos de evaluación más estrictos y retardados en comparación a los procesos de adopción de parejas heterosexuales.

Desafortunadamente, esta situación no solo genera un daño y un menoscabo de los derechos de la pareja, sino que va en contra del derecho de todo niño a ser protegido por una familia, ya que se puede afirmar que ese acto es contrario al denominado principio del interés superior del niño en la medida que no se toma en cuenta dicho principio al momento de obstaculizar la posibilidad de brindarle una familia y un hogar amoroso y estable donde pueda sentirse seguro y donde no prevalezca dentro de ellos un sentimiento de abandono o soledad.

No existe motivo correctamente fundamentado que evidencie que el impedir la adopción de menores por parejas LGBTIQ+ va a en contra del interés superior del niño, niña o adolescente. Toda vez que reiteradas investigaciones y estudios han demostrado que el desarrollo (emocional, psicológico y social) de un menor no varía por la orientación o identidad sexual de sus padres, en este caso, adoptivos (American Psychological Association, 2005).

## ***Técnicas de Reproducción Asistida***

Como segunda opción, para las parejas LGBTIQ+, se encuentran las técnicas de reproducción asistida (TRA), que son otra buena opción en caso se les haya denegado la posibilidad de adoptar o por el deseo de tener hijos biológicos. Entre aquellas técnicas se encuentra a la inseminación artificial, la fertilización in vitro (FIV) y la subrogación gestacional.

Este tipo de procedimiento quizá es más complejo que la adopción, pero no solo debido a prejuicios u negación de las autoridades a entregar la custodia de un menor a padres LGTBIQ+, sino por el mismo hecho de que además de estar en contra de la crianza de niños por padres pertenecientes a aquella comunidad, por el hecho de ser esta práctica considerada contraria a la moral, a la ética y al orden natural.

Sin embargo, cada vez más parejas optan por la utilización de estos métodos para superar las barreras biológicas y sociales a la paternidad, y quizá para evitar los prejuicios e incertidumbre que pueden verse obligados a afrontar durante un proceso de adopción. Aunque, hay que tener claro que ello no significa que esta sea la solución al problema de la crianza, sino que estos métodos de procreación son una salida para dejar el problema de lado y no intentar solucionarlo, dado que este procedimiento, indirectamente, muestra un limitante, en la medida que solo podrían ejercer su derecho a la familia aquellos con los recursos económicos suficientes para optar por este método. Toda vez que, como lo señaló Human Rights Campaign (2020) en su informe, los costos de los tratamientos de FIV pueden ser exorbitantes y llegar a oscilar entre \$12,000 y \$15,000 por ciclo, sin incluir los gastos de medicamentos, mientras que la subrogación puede costar entre \$90,000 y \$130,000 en total.

## **Desafíos Actuales**

Si bien, hay un claro avance en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+, ello es solo en la práctica, dado que hasta el día de hoy persisten

significativas problemáticas que deben ser abordadas para lograr una plena inclusión y respeto de toda persona LGBTIQ+, sin prejuizarlos por su identidad u orientación sexual.

No se puede enumerar cada uno de los desafíos que se tiene que superar, dado que cada Estado es diferente, cada Estado posee características particulares que influyen de forma distinta en sus respectivos nacionales. No obstante, si se puede mencionar aquellos desafíos principales u originarios de los pueden derivar otros dependiendo del contexto coyuntural de cada Estado. Estos son tres.

En primer lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recientemente sostuvo que las personas LGBTI continúan enfrentando altos niveles de violencia y discriminación en América Latina y el Caribe (CIDH, 2023). Los crímenes de odio, la violencia policial y la falta de reconocimiento legal de sus identidades y relaciones son algunos de los problemas más urgentes. Por ello, es de carácter urgente, que los Estados deben promover la adopción de medidas, políticas o distintos instrumentos que logren la aceptación de las diferentes formas en que una persona puede expresarse e identificarse.

Pero, no cualquier disposición normativa, sino una o más que sean efectivas y sean razonables a lograr sus objetivos planteados. Toda vez, que existen avances legislativos en muchos países en que, al momento de implementarlas y aplicarlas en sus respectivas jurisdicciones, esta es deficiente, y, por ende, muchas personas LGBTI siguen sin acceso efectivo a la justicia y a la protección adecuada (ONU, 2022).

Asimismo, como otro desafío significativo, la permanencia arraigada de estereotipos y prejuicios en las sociedades, que se manifiestan en tratos y conductas discriminatorias, que afectan el desarrollo de una vida diaria estable y segura, en la medida que se ven en dificultades al tratar de acceder a una oportunidad laboral, educativa o al sistema de salud. En este último, debido a la falta de un sistema de información sanitaria y la falta de competencias del personal médico

para comprender y conocer cómo abordar los problemas de salud que puede enfrentar una persona LGBTI (Organización Panamericana de Salud, 2015).

En tercer lugar, las personas LGBTIQ+ que pertenecen a otros grupos vulnerables, como minorías étnicas, migrantes, personas con discapacidad, indígenas, etc; afrontan una intersección de discriminaciones que agrava aún más su situación. Por ende, es indispensable la adopción de un enfoque interseccional en las políticas y programas a aplicar para abordar estas múltiples formas de discriminación (ONU, 2022).

La concurrencia de estos elementos conlleva a que aquellas personas se ven forzadas a desplazarse ante la búsqueda de mejores condiciones de vida, en donde puedan expresar libre y plenamente su orientación e identidad sexual, y, en general, donde sean mínimas las brechas estructurales que deterioran sus condiciones de vida, de empleabilidad o salud, aunque lo deseable serían espacios donde estas no existan. Sin embargo, con frecuencia las condiciones discriminatorias, violentas y abusivas de las que huyen persisten en los países de asilo (ACNUR, 2021).

En ese sentido, aquella situación, lejos de presentar un alivio, solo intensifica el grado de vulnerabilidad que ya afrontaban, al sumársele factores de riesgo a soportar durante su proceso migratorio y en territorio de sus países receptores, debido a la persistencia de un sinnúmero de leyes, políticas y prácticas estatales, así como sus acciones y omisiones, que desconocen la situación jurídica y los derechos de las personas en contexto de migración. (CIDH, 2023)

## **La Educación como instrumento de solución estructural**

La permanencia de factores de riesgo que dificultan que toda persona LGBTIQ+ pueda gozar de los mismos derechos que cualquier otra persona heterosexual, parte de la concepción de lo tradicional como lo correcto o legítimo. Pero, está concepción sobre la sexualidad, al igual que las ideologías políticas, sociales o culturales, parte de nuestro entorno y de la educación que nos inculcan. Es por ello, que si bien existen otros factores que permiten luchar por los derechos de

la comunidad LGBTIQ+, la educación es un factor fundamental no solo para prevenir la violencia y la discriminación de este sector poblacional, sino que también permite ampliar la visión de los colectivos que solo consideran como moral una familia característica por su heteroparentalidad.

En palabras de la UNESCO (2016), la introducción de un sistema de educación inclusiva permite reducir, o en el mejor caso la eliminación, de estereotipos y prejuicios al impulsar un enfoque de respeto por los derechos humanos, desde temprana edad, marcando el punto de partida hacia una convivencia democrática. Es así como, implementando una educación integral basado en un enfoque sobre derechos humanos y género, puede contribuir en la eliminación de los prejuicios y estigmas que impiden el desarrollo pleno en sociedad de las personas LGBTIQ+; incluyendo su derecho a poder constituir una familia.

A nivel interamericano, ya la Corte IDH (2017), en su Opinión Consultiva 24/17, ha establecido que los Estados Partes, entre ellos el Perú, tienen la obligación internacional de garantizar una educación libre de discriminación en toda índole, resaltando en el caso en particular el respeto a la diversidad. Ello no solo consiste en modificar los contenidos curriculares, sino, además, adoptar todas las políticas necesarias que brinden un reconocimiento explícito de las familias homoparentales, reconstruyendo la noción de familia en el sistema educativo formal para integrar la diversidad que existe en nuestra realidad social. Es necesaria dicha inclusión para prevenir situaciones de violencia o acoso escolar por el tipo de familia a la que pertenecen los escolares. Además, ello constituye una manifestación clara del principio del interés superior del niño.

Ya se han registrado avances significativos sobre esta materia que tiene como finalidad erradicar la violencia y abusos de los que son o pueden ser víctimas personas LGBTIQ+. Un ejemplo lo constituye España, que en 2020 a través de su Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE) reitera la incorporación obligatoria de una educación afectiva-sexual y concordante con la diversidad familiar en el currículo del sistema educativo primario y secundario. Promoviendo una educación

alineada con los principios de igualdad, respeto y tolerancia, e integrando contenido que permite visibilizar la diversidad afectiva-sexual en entornos escolares. Además de ello, también enfoca cierta parte de su contenido hacia la formación docente, para de esa manera asegurar de que exista un trato adecuado y correcto frente a la diversidad en su orientación e identidad sexual que permita percibir los ambientes escolares como espacios seguros y respetuosos. En ese sentido, ello puede interpretarse como un paso hacia la normalización de las distintas realidades familiares actuales y dejar de concebirlas como antimorales.

Por su parte, acercándonos a territorio latinoamericano, Uruguay constituye un referente regional a través de su Ley General de Educación—Ley N° 18437. Esta establece que la educación sexual debe ser parte intrínseca del sistema educativo, enfocándose en promover el desarrollo de un razonamiento crítico sobre los roles de género y la vivencia responsable de la sexualidad. En su artículo 40, la Ley dispone que la educación sexual se debe implementar de manera progresiva, tomando en cuenta la autonomía de los estudiantes y su etapa de desarrollo, sin fijar una edad única para su inicio.

En lo que respecta al caso peruano, el Ministerio de Educación intentó aplicar un enfoque similar en el currículo nacional, pero la resistencia a este tipo de sistemas educativos, por parte de los sectores conservadores. Uno de estos colectivos fue el “Con mis hijos no te metas”, cual logró en 2019 suspender judicialmente su implementación. Según la UNESCO (2021), este discurso de rechazo a una educación sexual integral refleja los prejuicios y desconocimiento sobre cuáles son los reales objetivos de una educación sexual integral orientados a promover el respeto, prevenir la violencia y promover la salud integral.

No obstante, cabe dejar en claro que la educación sexual integral no solo debe limitarse en espacios escolares, sino también en contextos no formales, como los centros comunitarios, los medios de comunicación y la familia, base de la sociedad. Toda vez que conforme lo señalado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y Promsex (2023) estos entornos son igualmente fundamentales

para fortalecer los valores y conocimientos desarrollados dentro de los centros educativos. Esta afirmación deja de manifiesto que para consolidar una educación sexual integral es indispensable la concurrencia tanto de una educación inclusiva tanto en entornos formales como informales, lo cual facilitaría el desarrollo de un ambiente más empático y de aprobación de la identidad, orientación o expresión sexual de cada niño, niña, adolescente, joven o adulto, sin importar el rol que desempeñe dentro de aquellos entornos educativos o en la sociedad.

Sin embargo, si no bastara con el rechazo de determinados colectivos a la implementación de una educación sexual integral, en el Congreso de la República se encuentra en discusión el Proyecto de Ley que declara de interés nacional la eliminación de la «Educación Sexual Integral» en los contenidos curriculares de la educación básica a nivel nacional y su reemplazo por la «Educación Sexual Científica Biológica y Ética», el cual propone limitar la educación sexual a contenido netamente biológico, científico y “moral”, excluyendo un enfoque integral que acepte la diversidad. Esta propuesta, plantea una visión restrictiva y conservadora que en vez de brindar una real protección de los escolares y su desarrollo, solo profundiza la desinformación y dificulta la promoción de una educación que tome en consideración la diversidad, cual constituye un punto principal para iniciar un periodo en que ninguna persona sea discriminada, excluida o violentada por su forma de ser y expresarse.

Frente a ello, es indispensable recordar que la educación, percibida como una política pública estructural, tiene un real potencial de impacto en todos los niveles sociales. Si se logra incorporar una mirada plural de la familia y la afectividad, será posible construir ambientes donde la comunidad LGBTIQ+ sean plenamente valoradas. Por ende, una educación que no excluya a estas minorías es tan conveniente como esencial para lograr una justicia estructural. Para transformar nuestro entorno sociocultural desde la raíz es indispensable el rol protagónico que juega tanto los entornos educativos formales y no formales.

## **Conclusión**

Aunque se han logrado importantes avances en la protección de los derechos de las personas LGBTIQ+ a nivel internacional a través del desarrollo de estándares jurisprudenciales, ello solo representa un reconocimiento formal que no garantiza su cumplimiento, como se ha podido evidenciar a lo largo de los años mediante acciones y omisiones estatales orientadas a limitar el libre y pleno ejercicio de sus derechos. Por ello, es crucial continuar trabajando en la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia, y así garantizar y promover la implementación efectiva de las leyes y políticas existentes y por existir que logren lo tan anhelado, “un trato digno y no discriminatorio” que permita una vida libre y sin avistamientos de incertidumbre a ser víctima o a la revictimización de violencia social y un sinnúmero de violaciones de derechos humanos.

Además, de que toda persona tenga las mismas posibilidades a poder formar y constituir una familia, a través de una unión de hecho o contrayendo matrimonio civil. Toda vez que la negativa de los Estados de permitir el matrimonio igualitario y ejercer la crianza de menores trae como resultado no solo la vulneración de aquel derecho, sino que representa una vulneración de más de uno o dos derechos reconocidos en instrumentos internacionales, resultando en un tema de relevancia a resolver por ser gravemente una vulneración de carácter múltiple que actúa en forma contraria a la promoción y respeto del principio del interés superior del niño.

Asimismo, facilitar la posibilidad de toda persona (sin importar sus características) de ampliar su núcleo familiar a través de la adopción o procreación por técnicas asistidas, sin tener que soportar estereotipos y prejuicios que pongan en duda su capacidad de brindar un espacio seguro, estable y amoroso para los menores bajo su cuidado, que como se ha demostrado, sería totalmente irrazonable, teniendo en cuenta que existe evidencia empírica que muestra la similar capacidad que puede caracterizar a una pareja heterosexual como a una pareja LGBTIQ+. En consecuencia, es crucial erradicar todas las barreras

legales y sociales existentes, y la posibilidad de nuevas barreras que impiden a las personas LGBTIQ+ formar y mantener familias, promoviendo un trato igualitario y respetuoso que refleje la diversidad y el dinamismo de las relaciones humanas.

## **Bibliografía**

- ACNUR. (2021). *El trabajo con personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) durante el desplazamiento forzado*
- American Psychiatric Association. (1974). Position statement on homosexuality and civil rights. *American Journal of Psychiatry*, 131(5), p. 497.
- American Psychological Association. (2012, 11 de junio). Children Raised by Gay and Lesbian Parents. <https://www.apa.org/news/press/releases/2012/06/gay-lesbian-parents>
- American Psychological Association. (2005). Lesbian and gay parenting. American Psychological Association. <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting>
- Angulo Menassé, A., Granados Cosme, J. A., & González Rodríguez, M. (2014). Experiencias de familias homoparentales con profesionales de la psicología en México, Distrito Federal: Una aproximación cualitativa. *Cuicuilco*, 21(59), 211-236.
- Arévalo, N. (2014), El concepto de Familia en el siglo XXI. Ministerio de Salud y Protección Social. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/6.%20Min%20Justicia-%20El%20Concepto%20de%20Familia%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf>
- Bernal, J. (2017). Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI. <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/94497/DERECHO%20HUMANO%20FAMILIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Burgueno, E. (2024, 25 de junio). Los países que le dijeron “Sí” al matrimonio igualitario. Statista. <https://es.statista.com/grafico/18091/paises-donde-es-legal-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2023). Boletín de la CIDH sobre personas LGBTI. [https://www.oas.org/es/cidh/r/dlgbti/boletines/boletin-2023\\_01\\_03.html](https://www.oas.org/es/cidh/r/dlgbti/boletines/boletin-2023_01_03.html)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2023). Movilidad humana: Estándares interamericanos. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2023). Proyecto de Ley N.º 6951/2023-CR que promueve la enseñanza de una educación sexual basada en la ciencia y

la moral en las instituciones educativas del país. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjIyNDg2/pdf>

- Cuervo, B. (2017), La sociedad en el Egipto de los faraones. *Historia Digital de Ciencia y Didáctica de la Historia*. Universidad de Rioja – España. Vol. 17, N.º 29, 2017. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771481>
- Farr, R. H., & Patterson, C. J. (2013). Coparenting among lesbian, gay, and heterosexual couples: Associations with adopted children's outcomes. *Child Development*, 84(4), 1226-1240. <https://doi.org/10.1111/cdev.12046>
- Fernández Revoredo, M. (2017). La familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. *Revista Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Golombok, S., Mellish, L., Jennings, S., Casey, P., Tasker, F., & Lamb, M. E. (2014). Adoptive gay father families: Parent-child relationships and children's psychological adjustment. *Child Development*, 85(2), 456-468. <https://doi.org/10.1111/cdev.12155>
- González, M. Del M., Chacón, F., Gómez, A. B., Sánchez, M. A. y Morcillo, E. (2003). Dinámicas familiares, organización de la vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales, en *Estudios e Investigaciones 2002* (pp. 521-606). Madrid: Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. [http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/estudios/2002dinamicas\\_familiares.pdf](http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/estudios/2002dinamicas_familiares.pdf)
- Human Rights Campaign. (2020). Cost of adoption and surrogacy. <https://www.hrc.org/resources/cost-of-adoption-and-surrogacy>
- Leuridan, J. (2020) La familia y la política, según Aristóteles. *Revista Cultura de la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres*, Perú. No. 34, 13-33. [https://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU\\_34\\_familia-politica.pdf](https://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU_34_familia-politica.pdf)
- Medina, E. (2021). Revisión sistemática: Ajuste psicológico y desarrollo infantil de hijos/as criados/as en familias homoparentales españolas (Trabajo de Fin de Máster, Universidad de La Laguna). Universidad de La Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/27591/Revision%20sistemica.%20Ajuste%20psicologico%20y%20desarrollo%20infantil%20de%20hijosas%20criadosas%20en%20familias%20homoparentales%20espanolas..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Miranda, A. (2018), Informe de evolución de la familia en Europa 2018. *Revista sobre situaciones de Riesgo Social* No. 41 setiembre – diciembre. <https://www.revistaenlacalle.org/informe-de-evolucion-de-la-familia-en-europa2018/>
- Morales, S. (2015). LLA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN. *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 3, No. 5, 127-155. <https://pnpc-dacsyhujat.com/images/Revista%20Perfiles/Anio3-5-2015/6-%20la%20familia%20y%20su%20evolucion.pdf>

- Muga, R., Torres, C., & Valdivieso, E. (2013). Informe sobre familia y derechos humanos. Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRValues/UniversidadCatolicaPeru.pdf>
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de las personas, comunidades y poblaciones afectadas por la discriminación y la violencia basadas en la orientación sexual y la identidad de género en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, A/HRC/50/27, 22 de noviembre de 2022.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/32/2, 15 de julio de 2016.
- Organización Panamericana de la Salud. (2015). Avances y desafíos en la situación de las personas LGBT a 15 años de que la homosexualidad dejó de ser considerada una enfermedad. <https://www.paho.org/es/noticias/15-5-2015-avances-desafios-situacion-personas-lgbt-15-anos-que-homosexualidad-dejo-ser>
- Ramírez, A., Robayo, S., Cedeño, D., & Riaño, N. (2017). El machismo como causa original de la violencia intrafamiliar y de género. *CienciAmérica*, 6(3), 58-62. <https://cienciamerica.edu.ec/index.php/uti/article/view/94>
- Red Semlac. (2022, 14 de mayo). Foro a favor de desterrar mitos sobre crianza en familias homoafectivas. Red Semlac. <https://www.redsem-lac-cuba.net/redsem-lac/sociedad-y-cultura/foro-a-favor-de-desterrar-mitos-sobre-crianza-en-familias-homoafectivas/>
- UNESCO. (2016). Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad: un enfoque basado en la evidencia. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260770\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260770_spa)
- UNESCO. (2021). El sexismo y la homofobia siguen impregnando las escuelas en América Latina. <https://dataviz.unesco.org/es/articulos/el-sexismo-y-la-homofobia-siguen-impregnando-las-escuelas-en-america-latina>
- UNFPA & Promsex. (2023). *Guía para implementar la estrategia de educación sexual integral fuera de la escuela o en contextos no formales (ESI-C)*. [https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/guiaeducacionsexualintegral-unfpa-promsex-f\\_1.pdf](https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/guiaeducacionsexualintegral-unfpa-promsex-f_1.pdf)

## **Normas y jurisprudencia citada**

- Código Penal de Ghana. Art. 104. 30 de diciembre de 1960 (Ghana).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)

- CIDH, Informe No. 237/24. Petición 534-22. Informe de Admisibilidad. D.A.D.T. y sus madres Darling Yvone Delfín Ponce y Jenny Victoria Trujillo Cueva. Perú. 7 de noviembre de 2024.
- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Córdoba vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2023. Serie C No. 505.
- Corte IDH. (2016). Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- Corte IDH. Caso Forneron e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (1990)
- Gobierno de España. (2020). *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*. Boletín Oficial del Estado, núm. 340, de 30 de diciembre de 2020, páginas 122868 a 122953. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-17264>
- Ley No. 19.119, Matrimonio igualitario. (2013, 2 de agosto). Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19119-2013>
- Ley No. 20.830, Acuerdo de Unión Civil. (2015, 13 de abril). Diario Oficial de la República de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1077048>
- Ley No. 26.618, Matrimonio igualitario. (2010, 15 de julio). Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/3329261/20100722>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Parlamento de Canadá. Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33. (2005). <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.5/page-1.html>

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)

TEDH, Caso Adžić vs. Croacia. Sentencia de 7 de abril de 2016.

TEDH, Caso Karner vs. Austria. Sentencia de 24 de julio de 2003.

TEDH, Caso Keegan Vs. Irlanda. Sentencia de 26 de mayo de 1994

TEDH, Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal. Sentencia de 21 diciembre 1999.

TEDH, Caso Sylvester vs. Austria. Sentencia de 9 de octubre de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia 676/2020, Exp. N.º 01739-2018-PA/TC (Óscar Ugarteche Galarza).

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Sentencia 191/2022, Exp. N.º 02653-2021-PA/TC (Susel Ana María Paredes Piqué y Gracia María Francisca Aljovín de Losada).

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Sentencia 172/2022, Exp. N.º 02743-2021-PA/TC (Andree Alonsso Martinot Serván).

Uruguay. (2008). *Ley General de Educación N.º 18.437*. Diario Oficial 27.541. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18437-2008/40>



## **Utilización de criptomonedas como objeto ilícito de lavado de activos en el contexto de ataques Ransomware: una “nueva” problemática**

### ***Use of cryptocurrencies as an illicit object of money laundering in the context of ransomware attacks: a „new“ problem***

Edson Arturo Arana Floriano<sup>1</sup>

#### **Resumen**

A través del presente artículo de investigación, el autor se aboca a problematizar el debate sobre las criptomonedas y su naturaleza como bienes, efectos o ganancias a la luz de la regulación peruana sobre el delito de lavado de activos, resolviendo bajo el principio de legalidad, concluyendo que sí es posible subsumirlas en dicho elemento normativo. Esto implicará, naturalmente, una reinterpretación del elemento normativo del tipo penal de lavado de activos antedicho a la luz de los aportes de la pragmática del lenguaje, con el fin de no provocar una infrainclusión de casos en el marco de las nuevas tecnologías. En segunda línea de desarrollo, luego de ofrecer una interpretación desde el principio de legalidad penal, analiza

<sup>1</sup> Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro egresado del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la UNMSM. Asistente académico y legal en el Estudio Jurídico José Urquiza Olaechea S.A.C. Asistente de cátedra de Derecho Penal II y III en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: contactodp.edsonarana@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7357-534X>.

cómo se comporta el uso de ataques *Ransomware* por los ciberdelincuentes con el fin de exigir pagos mediante criptomonedas para no hacer inaccesibles de forma permanente los datos del usuario digital y si este supuesto se subsume en el delito de fraude informático como delito previo de lavado de activos, llegando a la respuesta de que concurren problemas de precisión y adecuación por desconexión con la dimensión de gravedad e injusto que emana de la propia conducta de secuestro informático. Las propuestas del autor se dividen en aspectos de *lege lata* y *lege ferenda*, para los problemas advertidos.

**Palabras clave:** Criptoactivos; blanqueo de capitales; secuestro informático; tipicidad; interpretación; fraude informático.

## **Abstract**

In this research article, the author attempts to problematize the debate on cryptocurrencies and their nature as “*goods, effects or gains*” in the situation of Peruvian regulations on the crime of money laundering, resolving under the principle of legality, concluding that it is possible to subsume them in this normative element. In a secondary analysis, it examines how the use of Ransomware attacks by cybercriminals behaves in order to demand payments using cryptocurrencies in order not to make the data of the digital user inaccessible and whether this assumption subsumes in the crime of computer fraud as a prior crime of money laundering, arriving at the answer that there are problems of accuracy and adequacy due to disconnection with the dimension of seriousness and injustice emanating from the conduct of “cyber kidnapping”. The author’s proposals are divided into aspects de *lege lata* and *lege ferenda*, for the problems noted.

**Keywords:** Criptoactives, money laundering, cyber-kidnapping, typical, interpretation, computer fraud.

## Introducción

No cabe duda de que uno de los tópicos de mayor contemporaneidad – pero, también, de un valetudinario tratamiento en nuestra comunidad jurídica nacional – concierne a la cibercriminalidad, por su entramado tan vegetante y, sobre todo, por la conjunción de elementos propios de la globalización digital, tecnologías de la información y derecho penal, como son el uso de programas informáticos maliciosos de secuestro de datos (*Ransomware*), la disposición de un tipo concreto de monedas digitales para liberar los datos del usuario criptomonedas y los actos concretos de recepción, ocultamiento o “traslado” de dichas monedas digitales a “monederos” digitales lavado de activos. Cada una de las variables aquí identificadas constituyen, por de contado, un contexto integral – y autónomo – de injusto: la comisión del delito de lavado de activos a través de la realización previa de un “secuestro informático” que genera un provecho económico traducido en una criptomoneda.

Así, este trabajo pretende desarrollar y problematizar la figura del lavado de activos y su posibilidad concreta de configuración típica en estos supuestos en el marco de la globalización digital y las Tecnologías de la Información (solución *a priori*); ello, mediante el uso de la interpretación gramatical, propia de la regla de competencia de la legalidad penal. Del mismo modo, en el marco de problemas concursales de delitos, se defiende que no existe posibilidad de aplicar concurso real entre atentado a la integridad de sistemas o datos informáticos y extorsión mediante el uso de ataques *Ransomware*, sustentado en la naturaleza especial que ostenta el merecimiento de pena para esta modalidad especial de impedimento de acceso a datos o sistemas informáticos. Finalmente, se recomienda una modificación de *lege ferenda* respecto de un tipo penal derivado del delito base de fraude informático (solución *a posteriori*).

## Identificación del problema

“X” es un pirata informático, con una amplia presteza para la configuración de *malwares*; específicamente, *Ransomware*. Su propósito es esparcir este programa malicioso mediante internet para infectar múltiples sistemas operativos de usuarios y cifrar sus datos, para hacerlos inaccesibles y, en ese marco, solicitar al desventurado cibernauta la friolera de 0.0077 BTC que, al cambio, resultan \$ 400 USD (cuatrocientos dólares americanos) a través de una pantalla emergente. Tal desembolso deberá realizarse en una billetera digital, cuyo enlace se adjuntará, disponiéndose solo del plazo de 72 horas para entregar el dinero por el rescate de la información y, a cambio, desencriptar los archivos, bajo la amenaza de hacer permanentemente inaccesibles los datos si no se cumple con dicho requerimiento. Con posterioridad, “X”, quien no resulta el propietario de la billetera digital, sino “Y”, ordenará – recibidos los \$ 400 USD en Bitcoins – que dicho monto se ramifique a otras billeteras digitales ya creadas previamente, para dotarlas de mayor seguridad. Finalmente, “A” y “B”, colegas de “X” e “Y”, utilizarán dichos Bitcoins para otras actividades afines.

Como se puede colegir, subyacen al caso tres problemas de fuste: primero, si se trata de un supuesto imputable (por autoría o participación) que cumple con las condiciones para colmar el tipo penal de lavado de activos (el hecho cuenta como lavado de activos) y ser antinormativo y que el grado de injusto y severidad de la pena responde al derecho penal con implicancias en las nuevas tecnologías; segundo, si las criptomonedas pueden ser consideradas como “bienes, objetos o ganancias”, con base en una interpretación *gramatical* de la ley penal o si, por el contrario, admitirlo implicaría una *analogía extensiva in malam partem*, proscrita bajo la lógica del principio de legalidad penal (*lex stricta*) y, finalmente, si el delito de “fraude informático” es lo suficientemente específico – en el sentido de naturaleza e intensidad de injusto – como para incluir dentro de sus supuestos a los casos de “secuestro de datos informáticos” mediante un *Ransomware* (juicio de interpretación y subsunción de un hecho a un tipo penal) – *applicatio legis ad*

*factum* – (Sánchez-Ostiz, 2008, p. 486; Hruschka, 2009, p. 15) y, por otro lado, si este mismo tipo penal podría consignarse como “delito previo” en la figura del lavado de activos.

Atiende entonces el lector que esta resultará una industria donde se conjuntarán tres elementos: dogmática penal, informática y monedas digitales. Visto y considerando que la legislación peruana – a diferencia de otras latitudes – no ha desarrollado con propiedad el tópico atinente a los delitos informáticos y posee aún solo destellos de regulación para los criptoactivos, resulta de precipua trascendencia esta investigación.

## **Análisis**

Para resolver el problema que aquí concierne, se precisará de esquematizar bajo tres interrogantes lo expuesto: primero, ¿el delito de lavado de activos, en su configuración actual, es lo suficientemente preciso como para ser regla de comportamiento para casos como los de cibercriminalidad y uso de monedas digitales?; segundo, ¿es posible incluir mediante interpretación gramatical a las criptomonedas como objeto ilícito del delito de lavado de activos?; tercero, ¿tiene el delito “fraude informático”, regulado en el artículo 8 de la Ley N.º 30096, un alcance preciso para determinar la entidad de injusto de los “secuestros informáticos” mediante utilización de *Ransomware* y, en ese marco, delitos previos para lavado de activos? A lo largo del trabajo se resolverá cada una de estas.

### ***El delito de lavado de activos: ¿preciso ante la cibercriminalidad?***

No cabe duda de que el tipo penal de lavado de activos respondió a una necesidad de orden político-criminal para desbaratar la acrecencia de la delincuencia organizada, que veía en la introducción de las ganancias ilícitamente conseguidas mediante la comisión de un delito previo un método para promover y fortalecer

económicamente a la misma actividad criminal, constituyéndose entonces como un problema de fuste en la nueva era. Ello justifica cómo es que en diversas convenciones internacionales (Viena, de 1988, donde se vincula primigeniamente las organizaciones criminales y el narcotráfico; Estrasburgo, de 1990, donde se precisa normativamente por primera vez el tipo penal de lavado de activos al someterse a escrutinio las directrices de construcción dogmáticas de este delito y extender el marco de acción a “delitos graves” y asumir una posición en la teoría de la imputación subjetiva psicológico-volitiva (Sánchez-Málaga, 2016, pp. 221, 229, 243 y 248); Palermo, del 2000, donde se establecen tres Protocolos Facultativos que inciden sobre los delitos previos, que máxime se encuentren coligados con la participación en delitos de organización, sobre el extremo de la corrupción y sobre la obstrucción de la justicia; Mérida, del 2003, etc.) (Pariona, 2021, pp. 28-34) se trata con sumo aplomo la lucha frontal contra la criminalidad y la gestación de capitales maculados, hecho no ajeno a la propia mutabilidad de los fenómenos criminógenos que, con el tiempo y el avance de la tecnología, es cada vez más intensa.

En el mundo digital, es cada vez más habitual plantearse modalidades para lavar dinero de origen ilícito; verbigracia, a través de casas de apuesta o juegos en línea, por lo cual no resulta inocente afirmar que la transnacionalización y la globalidad han aportado enormemente a proliferar mecanismos de blanqueo del lucro surgido de ciberdelitos (Miró, 2012, pp. 83 y 239).

Es más: resulta especialmente interesante esta situación, toda vez que la dogmática penal tradicional se ha visto avasallada por este cambio social, manifestando cuatro posiciones – que se pueden ver reflejadas también en el propio tipo penal de lavado de activos –: a) se ha planteado que solo se trata de un problema de orden práctico, cuando en realidad se trata de un auténtico desplazamiento *sui generis* de la forma clásica de interpretar conductas penalmente relevantes – es decir, no nos encontramos ante hechos que se puedan atribuir al agente como artífice en tanto modificador de la realidad de forma libre

de manera *directa*, sino que a través de la utilización de un medio no humano, que en ocasiones es automático (como los ataques mediante *malware*, que solo exigen la programación del pirata informático para luego infiltrarse en el sistema operativo) se generan lesiones a bienes jurídicos inmateriales, con problemas ostensibles para la teoría de la tipicidad penal (Posada-Maya, 2022, p. 75 y 84)); b) se ha considerado que esta diatriba en la cibercriminalidad por la dogmática penal es de dandis, es decir, una moda de época – sin embargo, no es de extrañar que las corrientes de este estilo posean afinidad a la Escuela de Frankfurt, que asumía una posición minimalista y nuclear del derecho penal –; debe recordarse, como hace Alpaca (2022, p. 147) que la propia concreción de los bienes jurídicos implica un concepto material que subyace a las normas de comportamiento, como efectivas razones de legitimación para su creación, por lo cual influye mucho lo ontológico – como antaño lo diría Welzel – para encontrar el marco de limitación de la libertad de acción.

Sin embargo, si entendemos que la propia definición de bien jurídico se sostiene como “propiedad que, en cuanto exhibida por una persona, una cosa, una institución o en general un objeto (lato sensu) cualquiera, es valorada positivamente, en el sentido de que esa propiedad es valorada como buena” (Mañalich, 2022, p. 64), no cabe duda de que, en tanto un usuario exponga la propiedad inmutable, personal e intransferible sin consentimiento de sus datos o sistemas informáticos en la autopista digital, la libertad de terceros, en sus ámbitos de organización, debe regirse por la máxima *neminem laedere* (deber negativo no dañar a otro) y, en consecuencia, se valorará como positivo y reconocido, por tanto, esa propiedad de los datos informáticos exhibidos por los usuarios de un ordenador. Con todo, el bien jurídico supone una específica configuración de la realidad, vista desde lo jurídico-penal, en función de valores de la vida social o como “circunstancias dadas o finalidades útiles para el individuo”, por lo cual no cabe duda de que disponer de un mecanismo interpretativo reduccionista anacrónico solo serviría para la impunidad de conductas que poseen una entidad

lesiva ostensible, infraincluyendo supuestos (Lascuraín, 2018, p. 114; Roxin; 1997, p. 56); c) se plantea la existencia de un cambio de paradigma en la dogmática penal, hecho que supusiese repensar los contenidos de la parte general al respecto de la naturaleza del injusto, los grados de intervención delictiva, la reformulación de los criterios de imputación, etc., pero sin abandonar los principios esenciales (Agustina, 2021, pp. 710-715); y d) al ser la tecnología informática una de cambios tan vertiginosos, la capacidad de rendimiento de una determinada teoría en el marco de la criminalidad deberá responder precisamente – por ejemplo, en el análisis del riesgo permitido– a las formas en que se comportan los usuarios sin alterar el objeto protegido por la norma de comportamiento sobre cibercriminalidad.

Toca delimitar, al fin, cuál es el objeto protegido del tipo penal de lavado de activos, pues dependerá en buena cuenta hasta dónde se interpreta adecuadamente un tipo penal y su objeto de protección inmediato (función de delimitación) (Lascuraín, 2018, p. 120). Sobre lo anterior, existe una avenencia más o menos marcada en la jurisprudencia; no obstante, una discrepancia insalvable en la doctrina. Así, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010-CIJ-116, esbozó que el lavado de activos tiene naturaleza pluriofensiva, esto es, tutela una variedad de bienes jurídicos, en atención de su naturaleza criminológica mutable. Autores como Pérez López (2019, p. 22) indican la razón de esta posición pluriofensiva: existe más bien un compromiso político-criminal de lucha contra la criminalidad abocada a la comisión del lavado *per se*. Otros profesores como Nieto Martín explican el motivo de cada bien jurídico tutelado: primero, la administración de justicia, en la medida que se vincula con los delitos de encubrimiento y los mecanismos de ocultación de los beneficios económicos obtenidos con la realización del delito previo que afectan la efectividad del sistema judicial. En segundo lugar, se analiza como bien jurídico el mismo que ya protege el delito previo, con lo cual se atendería a una premisa preventivo-general de la pena, mediante la que se busca desincentivar a la comisión de los injustos penales

precedentes. Con ello, se deduce, quedaría en evidencia la falta de autonomía dogmática y hermenéutica del lavado de activos, desplazándose como accesorio en función del merecimiento de pena que suponga el tipo penal precedente, siendo así que su construcción prescindiría de un objeto protegido inmediato y atentaría ostensiblemente contra el principio de lesividad (imprecisión del bien jurídico. Tercero, se proyecta como objeto protegido el orden socioeconómico y financiero. Al trasladarse cantidades de dinero o criptoactivos (en el caso de que se pueda concluir – como sí será – el alcance interpretativo de los artículos 1 y 2 del D.L. 1106) ingentes, se piensa que su comisión maniataría a sectores económicos completos o, más aún, de manejar una porción considerable de la economía de los países (Nieto, 2022, pp. 1273-1289).

Autores como García Caveró (2013, p. 75) sostienen, por su lado, que lo protegido es la expectativa normativa de un correcto tráfico de bienes a través de operaciones lícitas. La divergencia de opiniones –se puede advertir– se basa en dos factores clave: a) la comprensión de lo “protegido” por los tipos penales, y b) la naturaleza dogmática del tipo de lavado de activos.

De todo ello, se puede asumir que, cuanto menos, el objeto protegido del tipo de lavado es doble: primero, sobre la administración de justicia – tal y como en sus orígenes se constituyó, esto es, para “encubrir” otro delito y, segundo, sobre el delito precedente o previo, en la medida que dicho ocultamiento de ilicitud promueve genéricamente su masificación (Molina, 2017, p. 272), atentando solo accesoriamente al orden socioeconómico. Ambas fórmulas deben ser vistas de consuno, puesto que individualmente planteadas se enfrentarían a dificultades dogmáticas respecto de los principios limitadores del derecho penal. Tomar una posición que considere al orden socioeconómico como objeto protegido en el lavado de activos implicaría graves problemas para la inclusión de las criptomonedas como objeto ilícito del lavado, ya que se debería asumir, de buenas a primeras, que los criptoactivos se encuentran reconocidos actualmente en nuestra legislación como medio de cambio oficial; segundo, se debería reconocer de que, cuanto

menos, alguna institución financiera nacional o extranjera brinda soporte a las mismas y que, en ese sentido, la introducción de dichos criptoactivos maculados no garantiza las propiedades disposicionales exhibidas por el mercado y que el sistema jurídico valora como buenas: es decir, de competencia leal, justa, estable y libre (Villegas, 2018, pp. 254 y 256; Mendoza, 2022, p. 313).

A este efecto, resulta importante el aporte de Lamas Suárez, quien ofrece una detallada explicación del ciclo de lavado con criptomonedas: colocación de criptoactivos mediante *exchanges*, *local traders*, mineros, etc.; ensombrecimiento de las criptomonedas a través de la característica difusa de la *blockchain* y la integración de las criptomonedas mediante intercambiadores, cajeros o tecnología *P2P* de conversión con la mezcla de activos no maculados (2024, pp. 173-176), que nos termina por sugerir que, incluso en contextos de cibercriminalidad, sí se puede ensombrecer el origen ilícito de activos digitales a través de la integración de estas con otros ingresos lícitos.

Con ello, hemos arribado a la respuesta de la interrogante planteada en el análisis: el delito de lavado de activos, en su configuración actual, sí mantiene un estándar de precisión interpretativo para incluir su transferencia

### ***Las criptomonedas: ¿objetos ilícitos de lavado?***

Se define las criptomonedas, criptodivisas o criptoactivos como activos en formato digital que disponen de mecanismos de criptografía, con el fin de realizar intercambios comerciales entre personas (naturales o jurídicas) a través de internet y asegurar las transacciones o transferencias de valor de aquellos que la usen, a través de la confianza entre usuarios (Cabrera y Lage, 2021, pp. 3 y 6). Como funcionan a través de internet, es necesario conservar su existencia mediante ordenadores que determinan su base de datos con el propósito de proteger los registros que se tenga de las operaciones, a través de métodos matemáticos (Pilacúan, Espinoza, Carreño y Palacios, 2021, pp. 177-178). El método de obtención primigenia de estas criptomonedas es a través del proceso

de “minado”, que realiza en sí misma las validaciones de transacciones en una red *peer to peer* (P2P) para consignar la unicidad de cada criptomoneda a través de procedimientos matemáticos complejos para construir nuevos bloques que se añadirán a la *cadena de bloques*, esto es, que una misma criptomoneda no haya sido usada dos veces, recibiendo el “minero” una ganancia en criptoactivo de ese procedimiento; pero, además, este conjunto de operaciones complejas permite sellar el bloque de transacción (Barroilhet, 2019, p. 44).

Existen dos elementos indispensables en la configuración de las criptomonedas, esto es, el sistema de transferencia electrónica (tecnología *peer to peer*) y el registro contable (mercado *blockchain*). Sobre lo primero, brinda la facilidad de realizar operaciones entre privados sin la necesidad de una autoridad central que lo apruebe, hecho que define en buena cuenta una de sus características centrales. Además, esta red usuario-usuario también brinda las llaves privadas con las que el receptor de la criptomoneda podrá abrir el archivo cifrado que contiene la criptomoneda en sí.

Sobre lo segundo, cabe detenerse un poco más: la *blockchain* o cadena de bloques es un software de registro digital autónomo, integrado, sincronizado e inalterable, que, a través de una red de “nodos”, sirve como garantía de la autenticidad de la transacción con criptomonedas y da contenido al anonimato de estas, en la medida que toda la información de los usuarios no es revelada porque, en principio, no se solicita identificación (Pilacuán, Espinoza, Carreño y Palacios, 2021, pp. 179-180). Aunque sean estos datos ocultos, lo que sí es de carácter público es la propia transacción, ya que los mismos usuarios en conjunto pueden comprobarlas (Pérez, 2016, p. 144). Tal elemento definirá la poca trazabilidad de las transacciones con criptomonedas y, en definitiva, los riesgos penalmente desaprobados para la configuración de lavado de activos como factor criminógeno (Prado, 2019, p. 165).

Resulta importante deslindar su concepto de otras figuras como son el dinero digital (todo medio de pago en forma digital), dinero electrónico (medio de pago

digital por el que surge un deber de entrega y un derecho de cobro de dinero corriente – como si de un título valor se tratase –) y moneda virtual (medio de pago sin regulación normativa ni sucedáneo físico, pero con eficacia en transacciones vía internet); ello, porque al poseer los criptoactivos características autónomas y mayor nivel de complejidad en la seguridad de transacción, pretende estar a caballo entre una moneda digital, dinero electrónico y una moneda oficial. Tomando en cuenta esto, se infiere que la función de las criptomonedas, tanto histórica (herramienta incorpórea de pago de aceptación entre un grupo de personas) (García-Ramos y Rejas, 2022, p. 4) como actual es la de ser medios de pago. Así, por ejemplo, nos informa Pérez (2016, p. 143) que ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, es cierto que todo depende, en buena cuenta, de la postura del sistema económico donde se hable.

Las criptomonedas fungen como sucedáneos del dinero físico, aunque se diferencian del mismo por cuatro factores esenciales: a) su descentralización e independencia; b) su marcada volatilidad en el mercado; c) su anonimato o privacidad, y d) su ausencia de intermediarios.

Sobre la primera de sus características, al no hallarse respaldadas ni reguladas por una entidad bancaria internacional o nacional, no poseen un soporte regulatorio oficial, por lo cual dependen más del uso privado entre usuarios de internet (García-Ramos y Rejas, 2022, p. 3). Optar por dicha posición ha permitido a múltiples usuarios hacer ágiles las transacciones, reducir los costos de comisión y prescindir de los requisitos que los bancos establecían (Fonseca y Tacuma, 2018, pp. 6-7), lo cual deriva en una mejor oferta de desarrollo comercial, con menores tiempos y costos (Álvarez, 2019, p. 133), a diferencia de lo que es utilizar los medios tradicionales de operación económica. Esta característica es lo que hace tan atractiva a la criptomoneda; pero, a la vez, lo que ha sugerido a cierto sector de la doctrina y legislación informática decantarse por la “licencia de transacción de criptomonedas” (García-Ramos y Rejas, 2022, p. 5), para poder combatir su uso delictivo por la criminalidad cibernética.

Algunos sectores, amparándose en su falta de respaldo de instituciones financieras y que la oferta de caudal dinerario es fija y con incrementos marginales decrecientes, la han reputado como una moneda deflacionaria (Cabrera y Lage, 2021, p. 11); no obstante, esto no podría ser totalmente cierto si es que se considera, como pudo advertirse, que el precio de las criptomonedas depende del modo en que los usuarios las empleen. En todo caso, más lógico sería atribuirles una condición de medio de pago con una liquidez tendiente a la incertidumbre o la especulación, en una relación triádica entre usuario, producto y valor relacionado con alguna divisa legalmente admitida, y basada también en cierta medida en los hitos históricos suscitados por la humanidad.

La segunda de las características también trae consigo múltiples consecuencias; la central: las criptomonedas son inequívocamente volátiles y, en consecuencia, no son índice seguro de referencia monetaria estable. Todo ello, visto desde la experiencia: en sus inicios, entre el 2009 y 2010, el valor promedio anual en el mercado de la criptomoneda más conocida, Bitcoin (BTC) era de \$ 0.001 y \$ 0.1 USD (dólares americanos); en el 2017, su valor ascendió vertiginosamente hasta los \$ 19 798 USD; con el inicio de la pandemia histórica del COVID-19 (marzo 2020 – enero 2023), se registró en su cierre un decrecimiento al valor de \$ 6438.64 USD; luego, en octubre de 2021, alcanzó su ascenso histórico en dicho periodo con un valor de \$ 61 318.96 USD<sup>2</sup>. Así, el gran atrenzo con las criptomonedas es la probable constitución de una burbuja especulativa en sus valores de cambio, toda vez que no hallan soporte ni en un metal precioso, valor específico real o por una entidad gubernamental (Egaña, 2018, p. 11).

Respecto de la tercera característica, al ser la transferencia de criptomonedas generada mediante criptografía que no exige a los tenientes de estos activos

---

2 Los datos aquí presentados fueron extraídos de la página dedicada al análisis bursátil de las criptomonedas “Yahoo! Finanzas”, que posee registros de las alteraciones en la conversión de Bitcoin (BTC) a divisa estadounidense de distintos años. Véase: <https://es-us.finanzas.yahoo.com/quote/BTC-USD/history/?period1=1577836800&period2=1729382400&interval=-1mo&filter=history&frequency=1mo&includeAdjustedClose=true>.

digitales datos, se dificulta abiertamente la identificación o rastreo informático de autores de ciberdelitos (Prado, 2019, p. 166) que utilicen este medio para generar provechos; como dice, entonces, Pérez López, las criptomonedas se adecuan a estos caracteres de la delincuencia digital (2017, p. 177). Esta cualidad también afecta a los deberes de cuidado que impone el Grupo de Acción Financiera, en su Recomendación 10, a los usuarios digitales y las empresas para identificar la procedencia de los activos que ingresan al patrimonio pasibles de lavado o blanqueo.

Finalmente, su cuarta característica reconocida es una consecuencia del propio hecho de trabajar en los márgenes de instituciones bancarias: no se necesita de un tercero para validar la transacción. En sí, esta cualidad también dota a las operaciones con criptoactivos de su carácter irreversible, ya que, para suplir la ausencia de un tercero, se generan “paredes blindadas” para evitar la reversión de estas, incrementando su anonimato e “irrastreabilidad” (Lamas, 2024, p. 173).

Respecto del análisis dogmático-penal que se pretende hacer, es relevante advertir las dificultades que encauza su anonimato y nivel de regulación ya explicados *supra*. Como expresa Prado Saldarriaga (2019, p. 166), la vinculación entre criptomonedas y derecho penal pueden acarrear tres factores criminógenos: anonimato en transacciones, dificultad en el rastreo para las operaciones vía internet y la regulación normativa lábil por parte de los países donde se registran operaciones con criptoactivos. No por nada una buena parte de países ha optado por la adopción de una tolerancia pasiva a este tipo de cambio, es decir, la no-adopción de medidas prohibitivas, pero sí de una política de desincentivo para transar con criptomonedas – como, por ejemplo, ha venido a postular el Banco Central de Reserva del Perú –. Sobre lo primero, debe considerarse que las criptomonedas trabajan a través de billeteras electrónicas; estas se pueden transferir como archivo y con una llave digital encriptada a otra billetera.

A través de esta puede advertir solamente el usuario receptor cuánto recibió y, si este desea enviar posteriormente a otra billetera un nuevo monto,

deberá generarse otra llave encriptada, que recibirá con el correspondiente archivo el novísimo usuario (Barroilhet, 2019, p. 41). Se genera así una cadena de transferencias privadas, cuyo rastreo es sumamente complejo, y aviene la posibilidad de ramificar un monto de criptomonedas de una sola billetera a otras, ensombreciéndose el camino por el cual transita. Todo esto sirve para analizar si una criptomoneda puede ubicarse dentro de los supuestos de “bienes, objetos o ganancias” como objeto ilícito, bajo un marco de interpretación gramatical del principio de legalidad.

Primero, debe decirse que, aun cuando no tengan un respaldo jurídico estricto, se puede colegir que estos activos poseen un valor económico referenciado en una moneda aceptada como divisa de cambio oficial por instituciones financieras (por ejemplo, el dólar) que, en cuyo caso, cuenta como medio de cambio para los usuarios que con ella transen y, en ese marco, puede generar provechos del cual se favorezcan los sujetos. Aquí se parte de una interpretación literal del término “ganancias”, sostenida por el juego del lenguaje que los propios hablantes en su normatividad hacen del uso del término.

Segundo, tal posición se sostiene desde una perspectiva de la pragmática del lenguaje, que define los usos correctos e incorrectos a través del seguimiento de una regla implícita a partir de un compromiso de los hablantes con dicha regla, con base en la práctica social. Así, la interpretación consistiría en, básicamente, sustituir el contenido proposicional de la regla por otra que contenga lo mismo (Wittgenstein, 2014, p. 183) y, naturalmente, quienes realizan los contenidos de corrección de esta interpretación son los propios hablantes como seres sociales en comunidad, es decir, a través de la intersubjetividad.

Así, la interpretación literal podría definirse como la razón que— por práctica social — todos los hablantes sostienen en un contexto bajo un compromiso intersubjetivo que corresponde a las *formas correctas* de sustituir el contenido de una regla, sin que se tenga que pedir dicha razón por hallarse implícita en su propio uso por dominar la misma técnica. Sin embargo, cabe decir que la práctica

no se trata de una mera regularidad de actividades (el propio Robert Brandom (2005, p. 68), en su *Hacerlo Explícito*, descartaba la idea del *regularismo* porque, en todo caso, no habría sentido en la naturaleza *ontogenética* del hablante en potencia es decir, en la comprensión de lo que se hace), sino más bien de un “hacer” como una forma de vida (p.ej. un hablante que apunta con un arma a otro en la cabeza y aprieta el gatillo da una razón para que un hablante afirme que, intencionalmente, quiere que se produzca la muerte a otro y, en consecuencia, se activa la razón excluyente de la norma de comportamiento en tanto *evitar* dicha acción para cumplir la norma) (Mañalich, 2010, p. 173) que hace a la normatividad como “normalidad” (Cabanchik, 2015, p. 22).

Esa es la naturaleza por la que el principio de legalidad penal se constituiría como una regla de uso de la interpretación, por lo que sirve también como su límite. Por eso, la adscripción de un sentido para las palabras depende, en buena cuenta, de cómo usemos la expresión cotidianamente, es decir, si al decir dicha palabra esperamos una reacción concreta de los demás como acto perlocucionario. Lo último se refleja en que, para los filósofos analíticos, que algo sea “común” (y, por ende, “literal”) se sostiene en su común aceptación por todos y en su funcionalidad comunicativa (esto es, su efectividad, lo que se quiere causar en terceros es lo que al final ocurre – justamente la definición de acto perlocucionario de John Austin –) (Camps, 1976, p. 63). Así, menciona Wittgenstein, en *Investigaciones Filosóficas*, en el párrafo 340, sugiriendo que la forma de descubrir cómo funciona una palabra dependerá, en buena medida, de dar examen a su forma de aplicación y aprenderla (2014, p. 241), y eso se sujeta, obviamente, al uso de esta *para* sus hablantes.

Sin embargo, quizá podría ser necesario disponer de ciertos criterios para llegar a una conclusión sobre el uso literal del término criptomonedas. Así, Matthias Klatt, apelando a un juicio pragmático del lenguaje, ofrece el siguiente estándar argumentativo: se trata de apelar a relaciones inferenciales que llevan la siguiente premisa general: “para todos los objetos x es válido que: si x tiene las propiedades

M, entonces x ha de subsumirse bajo el concepto legal t” (2012, p. 241). Esto, naturalmente, debe poseer su basamento en los distintos principios limitadores del derecho penal, como son la proporcionalidad, culpabilidad, mínima lesividad, etc., es decir, ser una *razón correcta* en el marco de la normatividad de los intérpretes de la ley penal<sup>3</sup>.

En tercer lugar, para interpretar si las criptomonedas pueden incluirse dentro de un objeto ilícito constitutivo de lavado de activos dependerá, en buena cuenta, de preguntarse por cómo se usa la criptomoneda en la comunidad de hablantes. Tal y como se dijo, se dispone de la misma como un *sucedáneo* del dinero, esto es, como un medio de pago para múltiples transacciones, mediante la *blockchain*, es decir, como una forma de efecto o ganancia para contratos. Así, los criptoactivos se han integrado de manera flexible a las actividades financieras de múltiples empresas alrededor del mundo en el mundo virtual (Álvarez, 2019, p. 131), transformándose bajo normatividad su uso como el propio de un medio de pago a través del hacer financiero cotidiano. Bajo esa premisa, la definición que ofrece el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1106, de lavado de activos, no debe ser vista desde una lógica anacrónica, sino referenciada en el contexto de las tecnologías de la información digital que hoy nos envuelven. Gana más peso el argumento cuando se advierte que múltiples instrumentos internacionales ofrecen descripciones amplias y flexibles de la figura de los bienes, efectos o ganancias (Prado, 2019, p. 174).

Ahora bien, la mayor objeción que se puede efectuar a este respecto es que la interpretación de “efecto o ganancia” no podría alcanzar a las criptomonedas, puesto que, en todo caso, cualquier tipo de resultado, incluso indirecto, de un delito fuente, sería pasible de encajar en él, sobrepasando el “sentido literal posible” del mandato de *lex stricta*. Ello se alega desde la premisa de que el

---

3 Tal premisa se define en función de que estos principios sirven, en el plano del derecho penal, como límites para el poder punitivo, restringiendo determinadas medidas o interpretaciones que puedan vulnerar derechos constitucionales. No por nada buena parte de estos tienen su origen en el Estado social y democrático de derecho, de ribetes liberales.

límite de interpretación de un texto es el propio texto, olvidándose que no se puede encontrar en cualquier proposición  $x$  los criterios de interpretación de  $x$ : básicamente supondría, como se niega al respecto de las normas, que la forma de aplicación de una de ellas se encuentra en sí misma (principio de no autorreferencialidad de las normas). Por ello, el límite debería ubicarse, en principio, en aquello que *sujeta* discursivamente a todos los *intérpretes* (quienes dan y exigen razones para actuar) dentro de las reglas de juego del lenguaje (jurídico), es decir, en aquello que los hace *convenir* que un término tiene un significado. Y, para ello, recordando que la legalidad es una *regla constitutiva* del sistema de usos lingüísticos jurídico-penales, no habría de limitar la interpretación literal a un uso único, sino a la forma en que los hablantes podrían disponer de ella (para significarla) (Flores, 2022, p. 276) en una cadena emisor-receptor-emisor<sup>4</sup> *justificada* en normas implícitas (basadas en el compromiso discursivo sobre la significación de  $x$  en el mundo lingüístico, por el que uno se hace responsable ante sí propio y ante los demás) (Brandom, 2005, pp. 254-255). Así, el juez penal – que hace las veces de intérprete de la contenido enunciativo de la norma penal como *acto perlocucionario*, esto es, asignador de significados – debe sujetarse al *telos* (esto es, al fin) de una decisión legislativa para poder adjudicar un sentido propio al texto, puesto que existe una relación asimétrica de reconocimiento recíproco entre el intérprete y el legislador. Esto significa que solo con arreglo a lo que *el texto* legislativamente producido se *puede* interpretar, lo que da legitimación a la interpretación, mas no atribuye significados (primer

---

4 La estructura triádica que se expone viene dada por una relación de lenguaje donde todos los agentes han pasado, primero, por introducir a un hablante en las reglas de uso de un sistema lingüístico concreto a través de la práctica (esto es, cómo usan dichos hablantes el término en su cotidianidad y cómo asignan a los objetos sensibles o no sensibles significados) y, en segundo lugar, que al “nombrar” algo se siga expresamente aquello ya aprendido. Ello debe seguir los criterios de: a) intención (lo que el “emisor” quiere enunciar al receptor, produciéndole un concreto efecto, según esas reglas aprendidas, reconociendo dicho receptor lo que busca provocar en él, haciéndolo nuevamente emisor de dicha intención) y b) convención (aquello que se toma por “cierto” del efecto buscado con la emisión de un acto lingüístico, según el contexto de uso – como intención del hablante dentro de los actos de habla –, por el principio de expresabilidad de todo hablante) (Camps, 1976, pp. 70-96)

reconocimiento del juez al legislador). De allí que el legislador haya de atender a que las convenciones de interpretación judiciales son variables en el tiempo, dependientes del uso del término propuesto, y corregibles entre sí (Mañalich, 2024, pp. 75-77). Así, entonces, para aprehender un correcto enfoque de la finalidad legislativa en la semántica de los términos usados por el legislador es aquel que entiende a la literalidad como *significado convencional*, es decir, los usos consolidados y admitidos por quienes, en el momento de la interpretación, dan a las expresiones, teniendo en cuenta reglas semánticas, convenciones de otros lenguajes y contextos específicos de uso (Iturralde, 2014, p. 64).

Parece ser, entonces, que las criptomonedas tienen las propiedades de un bien, ganancia o efecto, por lo cual aquellas podrán considerarse como auténticos objetos ilícitos de lavado de activos. Si reparamos en la definición que ofrecen, por ejemplo, profesores nacionales como García Caveró (2016, p. 95) o Gálvez Villegas (2016, pp. 48-56), atenderemos que la mayoría de supuestos de uso de criptomonedas para lavar activos se pueden ubicar en el marco de “efectos o ganancias”, ya que estas vienen a ser producidas con posterioridad al acto delictivo; en el caso de esta investigación, al mismo acto de “secuestro informático” (si se trata de la recepción del criptoactivo a la billetera digital o si se trata del uso de este criptoactivo en una actividad económica posterior que generará, por ensalmo, rédito económico). De igual sentido también es Mendoza Llamacponcca, al enunciar a los efectos del lavado como “[...] objetos producidos mediante la acción delictiva (producto *sceleris*)” (2016, p. 306) y a las ganancias como “[...] ventajas patrimoniales o utilidades conseguidas a través del dinero, cualesquiera que fueran las transformaciones que hubieran podido experimentar” (2016, p. 303).

Con esto en mente, la presuposición de que las criptomonedas, como sucedáneos del dinero en la autopista digital, puedan ser ganancias o efectos – no bienes, dado que, como entendemos, se trataría de una asignación estrictamente normativa, basada en lo que el Código Civil reconozca, luego, como tal – no

establecería una vulneración a la prohibición de *analogía in malam partem*, toda vez que, en tiempos hodiernos, el uso que hacemos de “ganancias” se referiría a todo aquello que acrece el patrimonio personal, esto es, todo aquello que posea un valor específico intrínseco, sea o no reconocido como lícito, pertenezca esta o no a medios no físicos (véase, si se alega que el uso de dinero virtual en casas de apuestas puede ser pasible de reconocerse como objeto ilícito de lavado de activos, nada obsta a que lo no regulado por una entidad bancaria tampoco lo sea – una suerte de argumento *a fortiori* –). Esta definición también podría verse avalada con otra como la que ofrece Blanco Cordero, al acogerse a una postura de las *ganancias brutas* como objeto material de blanqueo de capitales, que propone bajo la idea de los tratados internacionales la asignación de sentido “producto” a “todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito”, en virtud de que no se tiene derecho respecto de bienes que no han sido obtenidos de forma lícita (Blanco, 2012, pp. 252 y 262).

En nuestro país, no obstante, existe una suerte de escepticismo socavante respecto de la evolución criminógena de todos los activos virtuales, dado que, incluso con las modificaciones del Decreto Legislativo N.º 1106, no se priorizó un tratamiento específico de esta clase de formas para acrecer el patrimonio. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con Prado Saldarriaga (2023, p. 103) cuando sostiene que, *en principio* los activos virtuales (entre los que encuadran las criptomonedas) no podrían ser objeto de lavado de activos – ni bienes, efectos, dinero o ganancias –, puesto que no son monedas FIAT, cuando líneas posteriores reconoce el impacto negativo sobre una falta de regulación expresa de estas manifestaciones de activos digitales. Lo que sucede, en todo caso, es que existe una malcomprensión de la *legalidad penal* y de los límites de interpretación literal que, *ut supra*, se ha intentado esbozar con otra perspectiva líneas arriba. Desde la lógica del *convencionalismo semántico* y los *compromisos lingüísticos* que recaen sobre los juzgadores, no hay duda de que se puede llegar a cumplir con

las características de “ganancias” o “efectos” para las criptomonedas en tono de lo exigido por este elemento normativo del delito de lavado de activos.

Hay otro argumento que también sostiene la presente tesis, y es la que concierne al bien jurídico tutelado por este delito, que ya se pudo evaluar, supra, no es el orden socioeconómico (como bien jurídico instrumental), sino la administración de justicia – como un tipo especial de encubrimiento – y, conjuntamente, la evitación de masificación del delito fuente de lavado (que no es lo mismo que el bien jurídico tutelado por el propio delito fuente); así, como acuciosamente distingue Molina Fernández, el nivel de desvalor no se puede sostener única y exclusivamente en lo que al orden socioeconómico concierne (competencia igualitaria, tráfico de bienes adecuado o reglas regulativas de las mismas) o trae, sino más bien lo que, en lo profundo, termina por generar el propio acto de lavado, es decir, la proliferación de actividades criminales de índole lucrativa (2017, pp. 262-263), como en el caso que concierne al presente trabajo es la cibercriminalidad.

Se puede considerar, finalmente, que la pregunta base del presente apartado ha sido respondida afirmativamente: sí se puede tomar, dentro del alcance de objetos ilícitos constitutivos del tipo penal de lavado de activos, a las criptomonedas o criptoactivos.

### ***Ataques Ransomware: ¿supuestos dentro del alcance de los delitos informáticos actualmente regulados y auténticos delitos previos?***

Para entender la naturaleza de los *Ransomware*, debemos aclarar qué es un *malware*. Este último es un tipo de programa informático malintencionado que puede generar daños al sistema informático o a los datos contenidos en este que pertenecen a un usuario o, en otros casos, controlar lo modificar el propio sistema informático (Miró, 2012, p. 59). Su funcionamiento, en los más de casos, se da a partir de la apertura o ejecución de un programa infectado (véase, ejecutables

o archivos) (Mata y Guevara-Juárez, 2010, pp. 58-59) o, en otros casos, tener varios vectores de ataque, como son correos electrónicos – esparcimiento masivo por cuentas –, conexiones USB, plataformas web incorporadas con el programa malicioso, entre otras; de esto se desprende que el atacante posee una lista interminable de medios para dar acceso al programa maligno (Osorio-Sierra, Mateus-Hernández y Vargas-Montoya, 2020, p. 133).

De este género, se puede hablar del *Ransomware*, que es una especie de *malware* que tiene como principal objetivo secuestrar los datos informáticos del usuario y, en consecuencia, hacerlos inaccesibles. Sin embargo, esta modalidad de ataque se puede separar en dos. En primera línea, los Cripto-Ransomware disponen de un proceso de encriptación para cifrar datos informáticos, lo que va más allá de la propia accesibilidad del sistema informático que se use, es decir, en caso de que se logre eliminar el malware, los archivos seguirán encriptados porque dicho estado es autónomo de cualquier programa. En segundo término, aparecen los locker-Ransomware, que apuntan estrictamente a anular las terminales del arranque del sistema informático, bloqueando el acceso integral al dispositivo por parte del usuario. A diferencia de su similar, el estado de inaccesibilidad al sistema depende estricto de la presencia del *malware*, por lo que, si se le elimina, se volverá a conseguir dominio de este o, en su defecto, bastará con la sola traslación del dispositivo de almacenamiento a otro equipo para hacer ineficaz la extorsión de la que se vale el pirata informático (Ávila, 2023, pp. 97-98). Se ha precisado de forma general los tipos de Ransomware; sin embargo, existen otros más que se van distinguiendo por su modo de ataque, la exigencia del atacante o el dispositivo al que se dirige (Ávila, 2023, p. 100).

Tal clase de ataques partió, se sabe, de pequeña a gran escala; del usuario informático común a grandes empresas o instituciones públicas contra las que se dispone un ataque *Ransomware* para poder obtener ganancias estratosféricas por su amplia capacidad operativa. No por nada, como bien menciona Pérez López, existió durante el año 2012 un cúmulo de más de 1000 denuncias vinculadas

a ataques Ransomware con resabios de otros mecanismos como *phishing* obtuvieron múltiples códigos prepago de proveedores de dinero electrónico que luego distribuían mediante “mulas” para retirar dinero en cajeros (2017, pp. 184-185), siendo así un problema de ciberseguridad prioritario para los Estados, con necesidades marcadas de inversión económica para su prevención (González, 2010, p. 94). No obstante, quizá el caso más famoso de un ataque *Ransomware* fue el producido contra la empresa Telefónica por el conocido “WannaCry” en el año 2017, y que también se propaló por más de 170 países. Este malware se aprovechaba de una vulnerabilidad del sistema operativo Windows (de amplio uso en el mundo). En la actualidad, las formas de utilizar estas herramientas maliciosas han mutado, hasta el punto de crear modelos de negocios denominados *Ransomware-as-a-Service* (RaaS), que consiste en contratar los servicios de operadores de Ransomware para efectuar ataques a víctimas y lograr el cifrado de archivos, como afiliados, enviando comisiones a dichos propietarios del RaaS (10 % a 30 % de la ganancia) (Paniagua, 2022, p. 14) como parte de un servicio.

Habida cuenta de estas problemáticas que afectan tanto a usuarios, instituciones, estados o, también, a escala global, fue celebrado en Budapest, en el año 2001, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, con el propósito de integrar y brindar a todos los países miembros lineamientos para una legislación contra la ciberdelincuencia, así como establecer regímenes de cooperación internacional. (Kiefer, 2018, p. 315). El Perú adoptó estos lineamientos y sirven como base para jueces y fiscales que tienen en sus manos casos vinculados a este orden.

Ahora bien, ¿qué distingue al *Ransomware* de otros *malware*? En estricto, la solicitud dineraria que se hace para revertir el estado de inaccesibilidad de los datos informáticos o de todo el sistema informático secuestrado. Habitualmente, se exige un pago (Bitcoins u otra moneda digital) a una billetera digital, con el fin de obtener el rédito económico mediante actos de transformación a dinero físico o mediante adquisiciones. Ya habiendo desentrañado que las ganancias mediante criptomonedas son definidas como “objeto ilícito” de lavado de activos,

y las conductas de conversión, transferencia o recepción de estos “bienes, efectos o ganancias”, constitutivas de lavado, queda desentrañar en qué tipo penal se puede subsumir el “secuestro extorsivo” de datos informáticos y si este es ubicable como “delito fuente” de lavado.

Las dos primeras aproximaciones sobre el baremo de medición que hay que utilizar se ubican en los artículos 3, 4 y 8 de la Ley N.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, publicada el 22 de octubre de 2013. Así, la caracterización típica de ambos es:

“Artículo 3. Atentado a la integridad de datos informáticos

El que deliberada e ilegítimamente daña, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, [...]”

“Artículo 4. Atentado a la integridad de sistemas informáticos

El que deliberada e ilegítimamente inutiliza, total o parcialmente, un sistema informático, impide el acceso a este, entorpece o imposibilita su funcionamiento o la prestación de sus servicios, [...]

“Artículo 8. Fraude informático

El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante [...], alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos, [...] o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, [...]

[...].»

Cada uno de estos tipos penales recurren, para su configuración, a las modalidades “deliberada e ilegítimamente”, esto es, sin autorización o consentimiento del titular del objeto protegido, que es la intangibilidad informática como propiedad exhibida por el usuario al hacer uso de dichos datos o sistemas informáticos en su control (Espinoza, 2024, p. 79), que pueden ser desglosadas en otras cualidades más precisas, conforme el Convenio de Budapest:

“confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos” (Elías, 2014, p. 13). Sin embargo, el interés tutelado varía en el supuesto del artículo 8, ya que se puede considerar su pluriofensividad al afectar tanto a la misma intangibilidad informática (como medio) como el patrimonio del usuario, en la medida que el sistema o datos informáticos tengan un valor patrimonial autónomo o que, producto de dicho medio típico, se consiga un provecho económico (Pérez, 2019, p. 158). Tal apreciación resulta de importancia bentónica, toda vez que una ciberextorsión ataca de manera directa o intencionada a un usuario mediante su propalación (esto es, conocimiento de la situación típica que le determinaba en el momento relevante para la decisión su no-acción u no-omisión por la concreción pragmática de la norma de comportamiento –dolo–), impidiendo accesos que sin ella serían comunes (Lamas, 2024, p. 151).

Autores como Villavicencio Terreros, en el Perú, ha catalogado el artículo 3 como uno de mera actividad (puesto que no exige para su configuración un cambio de estado de cosas jurídico o material [cibernético] que vaya más allá de la conducta de borrado, daño, alteración o inaccesibilidad de los datos), mientras que a los artículos 4 y 8 materia de comentario, como de resultado (esto es, que para la realización del tipo no solo se debe inutilizar o perturbar la actividad del usuario, sino que esta actividad debe resultar en un cambio de estado de cosas avenido al impedimento del acceso o imposibilidad del funcionamiento, como ocurre en el ataque *Ransomware*; pero, además, en el fraude informático del artículo 8 se requiere la producción de un perjuicio patrimonial a tercero) (2014, pp. 292-293 y 297). Sin embargo, ya desde este punto, podemos observar que ni el tipo regulado en el artículo 3 y 4, ni tampoco el del artículo 8, copan las condiciones de realización antinormativa que deja exhibir un “secuestro informático”.

De aquí surgen los primeros problemas cuando atendemos a las cualidades específicas de un ataque *Ransomware*: como se dijo, se hace inaccesible el dato (Cripto-Ransomware) o el sistema informático (locker-Ransomware) mediante el programa maligno, pero se exige, vía una amenaza de inaccesibilidad permanente

unido a un plazo para el envío de las criptomonedas. Estos casos terminan por emparejarse insólitamente a casos de extorsión, solo que ubicadas en el mundo digital: así como en este tipo penal los elementos de la conducta típica (Robles y Pastor, 2018, p. 280) se desglosan en el uso de violencia o intimidación (advertencia de bloqueo permanente de los datos), coacción sobre el sujeto pasivo (usuario) para un hecho fuera de su voluntad libre (dar criptomonedas) y la ejecución del mismo titular del bien jurídico de un acto jurídico con efectos patrimoniales que implican una idónea conducta de perjuicio (envío de criptomonedas como medio de cambio).

Sin embargo, nadie se atrevería a subsumir estas conductas como constitutivas de extorsión en un sentido estricto; básicamente, porque la naturaleza de este tipo penal es entendida desde su materialidad: amenazas o violencia contra la persona *de* forma directa o indirecta en el mundo real, mas no en la digitalidad. Aunque el propio artículo 8 utilice una figura de amplia extensión interpretativa cuando dice cualquier interferencia o manipulación (Espinoza, 2024, p. 97), el ataque *Ransomware* tiene cualidades lesivas especiales que no se pueden encuadrar específicamente allí. Sin embargo, es interesante cómo otra parte de la doctrina, bajo la premisa de que se trata de un *medio* para la comisión de extorsión, ubica la conducta del ataque informático como parte de su *iter criminis*, apelando a un concurso de leyes (Kiefer, 2018, pp. 341-342). Esta también se resolvería como una solución, pero se encontrará ante cuestionamientos vinculados a la naturaleza casi común en doctrina sobre lo que representa “violencia o intimidación” en sentido estricto.

Si como dice Sánchez-Ostiz (2008, p. 472) el juicio de aplicación de la ley al hecho es un juicio de carácter realizativo, porque afirmamos que *x* constituye *y*, por principio de legalidad, no sería enteramente competente decir, por defecto, que solamente se trata de un fraude informático, sino de un “probable” concurso de fraude, atentado a la integridad de datos informáticos o de sistemas informáticos y coacciones (artículo 151 del Código Penal peruano). Sin embargo,

como bien enuncia García Cavero, el fundamento del concurso es permitir al juzgador determinar que la(s) conducta(s) del agente en la situación concreta definen una concreción o adecuación a tantos otros tipos penales aplicables al mismo tiempo, siendo una especial forma de aparición del hecho punible (García, 2019, p. 862); por lo cual, se puede deducir que entre cada tipo penal existe una autonomía que otro tipo penal, por especialidad, absorción o accesoriedad, no conduce. Asimismo, si se asumiese como adecuada la postura de concurso entre los delitos de atentado a la integridad de datos o sistemas informáticos (arts. 3 y 4, Ley N.º 30096) y extorsión, también se suscitan problemas de subsunción: si la extorsión en sí se caracteriza por ejecutar un acto violento o intimidatorio sobre otra persona para realizar un desprendimiento patrimonial (Serrano Gómez et. al., 2017, p. 292), el atentado contra datos o sistemas informáticos termina más bien convirtiéndose en una modalidad del tipo, por lo cual se estaría sancionando dos veces el hecho de provocar el desprendimiento patrimonial (por la intimidación y por la propia inaccesibilidad), vulnerando el principio de ne bis in ídem (Velásquez, 2023, p. 94). Aquí nos encontramos ante un caso de tales ribetes, que tal y como va regulado, no respeta los contenidos de proporcionalidad cardinal que von Hirsch postulaba para definir la severidad de las penas en función de la gravedad del hecho lesivo (expresión de desaprobación por la comunidad como razón fuerte para sancionar), es decir, si se admitiese la sanción que, por ejemplo, plantean cada uno de los delitos aquí analizados, diríase que el marco de anclaje punitivo con otros tipos penales de la parte especial del Código Penal no se encuentra debidamente coligado, porque el ataque *Ransomware* genera un estado de zozobra en el usuario que ve en la incertidumbre del estado de sus datos informáticos el motivo medular por el que accede a la exigencia del atacante informático (1998, pp. 45-46), considerando entonces un mayor desvalor de la acción (la conducta extorsiva digital) y de resultado (el perjuicio patrimonial) siendo pluriofensivo (Mayer y Oliver, 2020, pp. 174-175). Así, la única solución –más o menos– a largo plazo estimable es la de construir un tipo penal derivado

del fraude informático que establezca los supuestos concretos de “secuestro informático”, para definir de forma precisa la entidad lesiva de su comisión y pueda encontrarse una armonización con las bases de la legalidad penal y la interpretación.

Existen problemáticas en el ámbito de la tipicidad de los ataques *Ransomware* con el delito de “fraude informático”, como actualmente se regula. Así, la pregunta que fue formulada al inicio del trabajo no puede ser respondida con total certeza de manera afirmativa, aunque no quepa la menor duda de que, por su naturaleza, el propio tipo penal de fraude informático es un delito que puede generar ganancias ilegales, como bien exige el artículo 10 del propio Decreto Legislativo N.º 1106, sobre lavado de activos.

## **Propuesta de solución**

Con todo lo expresado, las soluciones se pueden ampliar en dos frentes generales: primero, de *lege lata*, la interpretación literal desde una perspectiva pragmática y analítica del derecho penal permite incluir a las criptomonedas dentro de los supuestos de “bienes, efectos o ganancias” constitutivos de lavado de activos, incluso aunque no sean estas reconocidas. Asimismo, el tipo penal de lavado de activos, así tipificado, no genera problemas sustanciales de tipicidad para adecuarse a los nuevos entornos de cibercriminalidad y posee una capacidad de rendimiento admisible desde criterios de dogmática penal. No obstante, el problema de configuración típica del delito de fraude informático para los ataques *Ransomware* produce una incertidumbre en los criterios para utilizar dichos supuestos como *delitos previos* de lavado, aunque

De *lege ferenda*, sin embargo, tal y como, por ejemplo, ya efectuó Europa a través del Reglamento de Mercado de Criptoactivos [MiCA] – puesta en marcha desde el 2023 –, debe pensarse a futuro en una regulación nacional sobre las formas de transar con las criptomonedas existentes o por existir, partiendo de sus peculiaridades y modos de obtención. Para ello, quizá, podría atenderse a

la Resolución N.º 02648-2024, de la SBS, como primera aproximación a una regulación sectorial para una de índole nacional.

Finalmente, sobre el aspecto vinculado a la tipicidad de los ataques *Ransomware*, lo más preciso será que el legislador peruano apele a un juicio de tipificación necesario en este contexto de los “secuestros informáticos” en la Ley N.º 30096, sancionando con una pena privativa de libertad que se encuentre a caballo entre el tipo penal de extorsión (no menos de 10 ni más de 15 años) y el fraude informático (no menos de 4 ni más de 8) al que, mediando amenaza de hacer inaccesibles los datos o sistema informáticos del usuario a través de un ataque *Ransomware*, obligue a otro a otorgar un provecho económico, a través de cualquier sistema o plataforma de pago y con cualquier activo (sea digital o físico).

## **Conclusiones**

No cabe duda de que la inmersión de la sociedad contemporánea en las nuevas tecnologías de la información, la actividad digital y la globalización han iniciado disquisiciones intensas en la dogmática penal; sobre todo, porque implican una mutación conceptual de las reglas de imputación y valoración o medición que debe realizar el intérprete de la ley. Asistimos como espectadores privilegiados a una nueva forma de entender el derecho penal, no solo desde lo meramente teórico o formal, sino también desde las formas pragmáticas de comprender la cibercriminalidad. Tales retos requieren, por supuesto, respuestas desde ambos flancos – como bien se ha propuesto –: de *lege lata*, para manejar con correctitud la interpretación de los tipos penales de que ahora disponemos para adscribir responsabilidad penal por la utilización de *Ransomware* con la finalidad subjetiva de medrar patrimonialmente al usuario informático – a través de una interpretación ciertamente insuficiente, pero necesaria, por ahora, del artículo 8 (fraude informático) de la Ley N.º 30096 que se constituiría como delito fuente de lavado de activos; de *lege ferenda*, una apuesta normativa por incluir de forma

taxativa a las criptomonedas como medios de pago con respaldo financiero, que deslinden cualquier posibilidad de negación interpretativa y, además, la configuración de un tipo penal autónomo de “secuestro informático” que permita delimitar con precisión la dimensión de injusto que esta conducta traería para los intereses merecedores de tutela en la era digital. Valgan verdades, este ya no se puede considerar un problema del futuro, pues ya es un gran atrenzo del presente, y la legislación peruana no puede negarse (ya) al cambio de paradigma.

## Bibliografía

- Agustina, José. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad: ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? *Estudios penales y criminológicos*, 42, 705-777. <https://doi.org/10.15304/epc.41.7433>
- Alpaca Pérez, Alfredo. (2022). *Teoría de las normas e injusto penal*. (1° ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Álvarez Díaz, Luis. (2019). Criptomonedas: Evolución, crecimiento y perspectivas del Bitcoin. *Población y Desarrollo*, 25(49), 130-142.
- Ávila Niño, Fredy (2023). Ransomware, una amenaza latente en Latinoamérica. *Intersedes. Revista electrónica de las sedes regionales de la Universidad de Costa Rica*, 24(49), 92-119. <https://doi.org/10.15517/isucr.v24i49.50765>
- Barroilhet Díez, Agustín. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 8(1), 29-67. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-25842019000100029](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842019000100029)
- Brandom, Robert (2005). *Hacerlo explícito: Razonamiento, representación y compromiso discursivo*. (1° ed.). Barcelona: Herder.
- Blanco Cordero, Isidoro. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. (3° ed.). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Cabanchik, Samuel. (2015). La gramática de la acción: Wittgenstein y el pragmatismo. En P. Quintanilla & C. Viale (Eds.), *El pensamiento pragmatista en la actualidad: Conocimiento, lenguaje, religión, estética y política*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 15-26
- Cabrera Soto, Marian, & Lage Cordorniu, Carlos. (2021). Criptomonedas: ¿Qué son y qué pretenden ser? *Economía y Desarrollo*, 166(1), 1-21. [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0252-85842022000100008](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0252-85842022000100008)
- Camps, Victoria. (1976). *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*. (1° ed.). Alicante: Ediciones Península.

- Egaña Huertos, Javier. (2019). *Criptomonedas: Pasado, presente y ¿futuro?* [Trabajo de fin de grado Universidad de Sevilla]. Sevilla: Depósito de Investigación Universidad de Sevilla.
- Elías Puelles, Ricardo. (2014). Luces y sombras en la lucha contra la delincuencia informática en el Perú. *Hiperderecho*, 2-24. <https://hiperderecho.org/2014/07/luces-y-sombras-de-la-delincuencia-informatica-en-peru/>
- Espinoza Calderón, Victor. (2022). *Delitos informáticos y nuevas modalidades delictivas*. (1° ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Fonseca Pérez, Robinsson, & Tacuma Amador, John. (2018). El impacto de las criptomonedas en el Perú. En *Fundación Universitaria de la Cámara de Comercio de Bogotá* (pp. 1-19). <http://hdl.handle.net/11520/26876>
- Flores Zerpa, Allen. (2022). La legalidad como regla constitutiva para la aplicación de la ley penal. En A. Flores Zerpa & J. Urquizo Olaechea (Dir.), *Código Penal del Bicentenario: Estudios de derecho penal actual*. (Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- García Cavero, Percy (2013). *El delito de lavado de activos*. Lima: Jurista Editores.
- García Cavero, Percy (2019). *Derecho Penal: Parte general*. (3° ed.). Lima: Ideas Solución Editorial.
- García-Ramos Lucero, Miguel, & Rejas Muslera, Ricardo (2022). Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón. *Revista de los estudios de Derecho y Ciencia Política*, 35, 1-13. <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n35-garcia-ramos>
- Gálvez Villegas, Tomás (2016). *Autonomía del delito de lavado de activos: Cosa juzgada y cosa decidida*. (1° ed.). Lima: Ideas Solución Editorial.
- González Cussac, José. (2010). Estrategias legales frente a las ciberamenazas. En: Ministerio de Defensa. *Ciberseguridad: Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. (Núm. 149), 85-127.
- Hruschka, Joachim. (2009). *Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación*. (2.ª ed.). Montevideo/Buenos Aires: BdeF.
- Iturralde Sesma, Victoria. (2014). *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Klatt, Matthias. (2012). El límite del tenor literal. En J. P. Montiel (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons.
- Kiefer, Patricia. (2018). Daño informático. En D. Dupuy (Dir.) & M. Kiefer (Coord.), *Ciberdelitos: Aspectos de Derecho penal y procesal penal, cooperación internacional, recolección de evidencia digital, responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*. (Tomo I). Montevideo/Buenos Aires. BdeF.

- Lamas Suárez, Gerardo. (2024). *Lavado de activos y criptoactivos*. Lima: Instituto Pacífico.
- Lascuraín Sánchez, Juan. (2018). *Pena, principios y empresa: Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*. Lima: A&C.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo. (2010). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia*, 12, 169-190. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126658>
- Mañalich Raffo, Juan Pablo. (2022). ¿La salud pública como bien jurídico colectivo? Una (nueva) contribución a la teoría general de la parte especial. En A. Flores Zerpa & J. Urquiza Olaechea (Dir.), *Código Penal del Bicentenario: Estudios de derecho penal actual*. (Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo. (2024). La interpretación de la ley penal bajo la “prohibición de analogía”. Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 51, n.º 3, 63-91.
- Mata Villalpando-Becerra, Isaac, & Guevara-Juárez, Oscar. (2010). Virus informáticos, todo un caso, pero no perdido. *CienciaUAT*, 4(4), 56-61.
- Mendoza Llamapconcca, Fidel. (2022). *Lavado de activos y criminalidad empresarial*. (1º ed.). Lima: Jurista Editores.
- Mendoza Llamapconcca, Fidel. (2016). El delito fuente en el lavado de activos. En J. Hurtado Pozo (Dir.) & F. Mendoza Llamapconcca (Coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y Compliance. Anuario de Derecho penal 2013-2014*, n.º 19, Fondo Editorial PUCP, 293-358.
- Nieto Martín, Adán (2022). Blanqueo de capitales: Extraterritorialidad y doble incriminación. En V. Gómez Martín et al. (Dir.), *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1273-1289.
- Osorio-Sierra, Andrés, Mateus-Hernández, Milton, & Vargas-Montoya, Hector. (2020). Proceso para la identificación, clasificación y control del comportamiento de familias Ransomware. *Revista UIS Ingenierías*, 19(3), 131-142. <https://doi.org/10.18273/revuin.v19n3-2020013>
- Paniagua Soza, Ramón. (2022). *Anatomía del Ransomware*. [Trabajo de fin de máster en Seguridad de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, Universitat Oberta de Catalunya]. Repositorio Institucional Universitat Oberta de Catalunya. <http://hdl.handle.net/10609/145831>
- Pérez López, Jorge. (2019). *Delitos regulados en leyes penales especiales*. (1º ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez López, Xesús. (2017). Las criptomonedas: Consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la Unión Europea y española. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época (18), 147-181. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24454>

- Pilacuán Cadena, Johana, Espinoza Herrera, Xavier, Carreño Llaguno, Steven, & Palacios Alcivar, Baltazara. (2021). Criptomonedas: Funcionamiento, oportunidades y amenazas. *Res non verba: Revista científica*, 11(2), 174-193. <https://doi.org/10.21855/resnonverba.v11i2.604>
- Posada-Maya, Ricardo (2017). El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: De una realidad física a una realidad virtual. *Revista Nuevo Foro Penal*, 13(88), 72-112.
- Prado Saldarriaga, Víctor. (2019). Lavado de activos mediante criptomonedas en el Perú: Problemas y alternativas. *Lex*, 24, 161-178. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1815/1983>
- Prado Saldarriaga, Víctor. (2023). *Lavado de activos virtuales. Nueva tipología del crimen organizado en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal: Parte general*. (Tomo I, 1º ed.) (3º reimpresión). Madrid: Civitas.
- Robles Planas, Ricardo, & Pastor Muñoz, Nuria. (2018). Tema 12. Delitos contra el patrimonio (III). En J. Silva Sánchez (Dir.) & R. Ragués i Vallés (Coords.), *Lecciones de derecho penal: Parte especial*. (5.ª ed.). Barcelona: Atelier.
- Sánchez Málaga, Armando. (2016). *Una teoría para la determinación del dolo: Premisas teóricas e indicadores prácticos*. (1º ed.). Montevideo/Buenos Aires. BdeF.
- Sánchez-Ostiz, Pablo. (2008). *Imputación y teoría del delito: La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. (1º ed.). Montevideo/Buenos Aires, BdeF.
- Serrano Gómez, Alfonso et al. (2017). *Curso de derecho penal: Parte especial*. (4º ed.). Madrid: Dykinson.
- Velásquez Velásquez, Fernando. (2023). *Fundamentos del derecho penal: Parte general*. (4º ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villavicencio Terreros, Felipe. (2014). Delitos informáticos. *Revista Ius et Veritas*, 49, 284-304. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13630>
- Villegas Paiva, Elky. (2018). Determinación del objeto de protección (bien jurídico penal) en el delito de lavado de activos. En: Urquiza Olaechea, J. et al. *El delito de lavado de activos*. Lima: Gaceta Jurídica, 225-262.
- Von Hirsch, Andrew. (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.
- Wittgenstein, Ludwig. (2014). *Investigaciones filosóficas (Die philosophische Untersuchungen)*. Madrid: Gredos.



## **Principales directrices del análisis económico del contrato, en el marco del derecho contractual peruano**

### ***Main guidelines for the economic analysis of the contract, within the framework of peruvian contract law***

Diana Marin Abanto<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El objetivo fue desarrollar las principales directrices del Análisis Económico del Contrato (AEC), en el marco del derecho contractual peruano, tomando pautas del Análisis económicos de Derecho. Para lo cual, se abordó el carácter económico del contrato según el artículo 1351° del Código Civil peruano; la eficiencia contractual considerando los costos de transacción, la asignación de recursos y el beneficio social; el error como vicio del consentimiento desde una perspectiva económica y los riesgos en la toma de decisiones; y el cumplimiento óptimo y la ruptura eficiente del contrato, con énfasis en las cláusulas penales y

1 Universidad Privada del Norte, Cajamarca, Perú. Abogada, especialista en derecho civil, inmobiliario, notarial y registral. Miembro de “Derecho & empresa” y “Ius Civilis “de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en derecho civil empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego.

Especialista en metodología de la investigación jurídica con IA. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6221-9953> Correo: [marinabantodiana97@gmail.com](mailto:marinabantodiana97@gmail.com)

la distribución de riesgos. En el contexto de la informalidad y la masificación de servicios y productos, se analizaron los contratos por adhesión, que son eficientes al reducir costos en transacciones masivas, pero riesgosos por posibles abusos. Se concluye que el AEC ayuda a equilibrar la libertad contractual, pero, con protección, promoviendo seguridad jurídica sin sacrificar eficiencia.

**Palabras clave:** Economía, Derecho, Informalidad, Contrato de adhesión, Perú

## **Abstract**

The objective was to develop the main guidelines of the Economic Analysis of Contracts (AEC) within the framework of Peruvian contract law, using guidelines from the Economic Analysis of Law. To this end, the economic nature of the contract was addressed according to Article 1351 of the Peruvian Civil Code; contractual efficiency considering transaction costs, resource allocation, and social benefit; error as a defect in consent from an economic perspective and the risks in decision-making; and optimal performance and efficient breach of contract, with emphasis on penalty clauses and risk distribution. In the context of informality and the massification of services and products, adhesion contracts were analyzed. These are efficient in reducing costs in massive transactions, but risky due to potential abuses. It is concluded that the AEC helps balance contractual freedom, but with protection, promoting legal certainty without sacrificing efficiency.

**Keywords:** Economy, Law, Informality, Contract of adhesion, Peru.

## **I. Introducción**

Con miras a lograr un desarrollo integral de la sociedad, y siendo el Derecho el encargado de brindar normas para lograr una armonía en la convivencia de toda sociedad, hoy en día se requiere de enfoques multidisciplinarios para evaluar con mayor profundidad la eficacia de sus instituciones y normas que conforman las distintas ramas jurídicas. En este contexto, el Análisis Económico del Derecho (AED) surge como una herramienta fundamental que, desde la economía,

permite verificar si las normas jurídicas generan incentivos adecuados para su cumplimiento o si, por el contrario, resultan ineficientes para sus destinatarios. Es decir, que no solo respondan a principios jurídicos, sino también a criterios de eficiencia económica. De esta manera, el Derecho no solo cumple su función normativa, sino que también contribuye a mejorar la vida de las personas en diversos ámbitos, entre ellos, el mercado, bajo principios de legalidad y eficiencia.

Aunque esta corriente se originó en sistemas de tradición anglosajona del *Common Law*, su aplicación se ha extendido a países de tradición romano-germánica, como el Perú, caracterizado por altos niveles de informalidad y frecuente incumplimiento normativo -tanto por ciudadanos como por autoridades-, que afecta negativamente al mercado y el desarrollo económico. En ese tenor, el uso del AED se torna especialmente relevante para contribuir al fortalecimiento del mercado y, en consecuencia, para el desarrollo económico y la calidad de vida de la población.

Así, en el presente trabajo, se planteó como objetivo desarrollar las principales directrices del Análisis Económico del Contrato (AEC), en el marco del derecho contractual peruano. Asimismo, se planteó como objetivos específicos: determinar el carácter económico del contrato, tomando como referencia el Artículo 1351° del Código Civil peruano. También, analizar la eficiencia contractual, considerando costos de transacción, asignación de recursos escasos y maximización del beneficio social. Igualmente, examinar el error como vicio del consentimiento desde una perspectiva económica, así como los riesgos asociados a la toma de decisiones en la contratación. Y explicar el cumplimiento óptimo y la ruptura eficiente de los contratos, destacando el rol de las cláusulas penales y la distribución de riesgos.

Todo lo cual, se buscó desarrollar en torno a un marco teórico que incluye las definiciones, características y teorías fundamentales del AED, sustentadas en estudios de autores como Richard Posner, Rodrigo Lehmann, Alfredo Bullard y Anglas Domingo, que sustentan la relación entre Derecho y economía en

obras claves como «*Contrato e intercambio económico*» y «*Teoría del Análisis Económico del Derecho*», entre otros; que han sentado las bases de esta disciplina.

Por lo expuesto, este estudio no solo tiene relevancia académica, al integrar perspectivas jurídicas y económicas, sino también utilidad práctica, pues el AEC ofrece herramientas para diseñar contratos más eficientes, reducir litigiosidad y mejorar la seguridad jurídica en el mercado. Es decir, ayuda a comprender mejor las normas, su aplicación y el razonamiento jurídico que las sustenta. Esto es especialmente útil para la comunidad estudiantil, en donde el enfoque económico del Derecho permite analizar críticamente las instituciones jurídicas, considerando no solo su dimensión normativa, sino también sus efectos económicos en la vida de las personas y de la sociedad, a la cual se orienta el ejercicio de la abogacía. Por lo que, ello es esencial para la formación de juristas capaces de analizar críticamente las instituciones legales, considerando sus efectos económicos en la sociedad.

A su vez, esto se justifica en el hecho que, el Perú es un país donde reina la desconfianza en el sistema legal y la alta informalidad, que limitan el crecimiento económico, por lo que, el AEC se presenta como un enfoque necesario para promover contratos que equilibren legalidad, equidad y eficiencia. Es así que, través de este trabajo, se busca contribuir a la discusión sobre cómo el Derecho puede adaptarse a las demandas del mercado sin sacrificar sus principios fundamentales.

## **II. Doctrina del análisis económico del derecho**

### ***2.1. Origen y definición de Análisis Económico del Derecho***

Entre los trabajos académicos que se orientan a explicar su origen, se tiene a los trabajos de Posner (2002), quien precisa que; aunque no hay una fecha exacta sobre su origen, se puede decir que se gestó por primera vez en los estudios de Jeremy Bentham en los siglos XVIII y XIX. En tanto, Bullard Gonzáles (2018)

explica que el AED, tal como hoy se conoce, se gestó por primera vez en la segunda mitad del siglo XX, en el año 1946, cuando un Aaron Director, un profesor de la Universidad de Chicago se reunía con docentes de la facultad de Derecho para hablar sobre la relación entre economía y derecho. Lo cual, poco a poco, fue introducido en académicos jurídicos en las ramas del derecho antimonopolios, laboral, corporativo, etc. Y aunque, tal profesor no publicó sus estudios como tal, es sabido que el AED se gestó en la facultad de Derecho de la citada universidad. Seguidamente, el AED se fue desarrollando con mayor profundidad por diversos economistas, donde destaca el premio nobel en economía Ronald Coase, creador del teorema de Coase. El cual, ayuda a explicar, entre muchas cosas, la importancia de los contratos y su eficiencia desde la visión de la economía, como se detalla líneas más abajo.

Como se aprecia, el AED es una corriente o disciplina académica originada en las ciencias económicas e importada al Derecho por diversos economistas y juristas extranjeros, en países del *Common Law*. No obstante, dicha corriente se fue expandiendo entre los diversos países latinoamericanos de tradición del Civil Law, entre ellos, en el Perú. Y en donde, se atribuye su origen a los estudios de Hernando de Soto y Enrique Ghersi, como los inicios del AED en el Perú, exactamente, en el libro “El otro sendero”, del año 1986 (Núñez del Prado, 2003). Luego de lo cual, le siguen las contribuciones académicos más contemporáneas de Alfredo Bullard y que incluso se han expandido hasta entidades estatales como el Indecopi, que viene utilizando un razonamiento jurídico de AED en sus resoluciones.

Ahora bien, en cuanto a su definición, se cita a Posner, para quien el AED clásicamente es visto como una disciplina que busca explicar que, la ley opera como un regulador de incentivos o motivaciones de las personas, que son entes racionales. Y en virtud al cual, el objetivo o fin de la ley es, mediante la generación de incentivos, modificar el comportamiento real de las personas, para lograr resultados deseables o eficientes en términos económicos (Rubio y Arjona, 2002)

En tanto, para el maestro Bullard Gonzáles (2018), quien menciona una definición actual del AED como una corriente que busca aplicar la microeconomía al Derecho, a través de sus diversas teorías como la teoría de la empresa, consumidor, costos de transacción, racionalidad, eficiencia, etc; a fin de que, se determine la eficiencia de las instituciones jurídicas y normas, en términos de costos – beneficios. Es decir, para que se pueda explicar las motivaciones o incentivos que orientan el actuar de las personas, en base a lo cual se pueda saber si las reglas legales ayudarán o no a la eficiencia del mercado. Consecuentemente, se logre reforzar, corregir o completar un sistema legal a la luz de un mercado eficiente.

Es decir, es concebido desde varias perspectivas. Pero, en líneas generales, se dice que el AED busca vincular a la economía con el derecho, por medio de la aplicación de las diferentes teorías y métodos de la ciencia económica al ámbito jurídico, a efectos de analizar determinados fenómenos sociales que interesan al derecho. Es decir, es una corriente con perspectiva de variados enfoques, donde la economía trata de explicar el derecho para así obtener resultados diferentes, a los que se lograría con un análisis tradicional o desde un enfoque jurídico.

Por lo cual, el AED puede ser concebido, dentro del terreno jurídico, como una herramienta que ayuda a explicar los efectos y la eficiencia de las leyes y demás instituciones jurídicas, desde una perspectiva económica, logrando así que estas puedan ser estudiadas para establecer su utilidad en el mercado. Es decir, por medio del AED, se puede determinar a partir de sus postulados económicos trasladados al ámbito jurídico, cuando es que una la ley opera como un incentivo o no del cumplimiento de las reglas legales por las personas y por ende de la utilidad de las mismas, a fin de que se modifiquen o no por el legislador.

## ***2.2. Características del Análisis Económico del Derecho***

Para Anglas Castañeda (2008, p. 23) las principales características del AED son:

(...) El AED puede ayudarnos a entender los fenómenos económicos frente al Derecho, a la administración de la justicia, así como a los criterios para estructurar la ley (...). A partir del AED, la función del sistema jurídico es reducir los costos de transacción y cuando no pueda reducirlos, debe decidir la cuestión, según el mercado (...).

(...) Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente.

Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultado genera (...).

A la luz de ello, se advierte que, las características que distinguen al AED son:

- El AED ayuda a entender y analizar a las instituciones jurídicas, no solo desde argumentos legales o desde un enfoque jurídico tradicional, sino complementándose con un enfoque económico para considerar los efectos económicos de las instituciones o normas jurídicas en la vida de las personas. Bajo esta idea, el derecho no puede actuar aislado de otras disciplinas, como en este caso de la economía, el cual estudia por su lado los fenómenos sociales atribuyéndoles un carácter económico que es de mucha ayuda en el derecho, al permitir un análisis de las instituciones jurídicas que las enriquece y genera que la aplicación o su cumplimiento en la sociedad, no solo efectivice los fines jurídicos, sino económicos, útiles para el desarrollo multidimensional de un Estado.
- El AED, al buscar una vinculación entre el derecho y la economía, posibilita que sus postulados son factibles de ser aplicados a las diferentes ramas jurídicas como el derecho penal, civil, constitucional, comercial, procesal, entre otros; con el objetivo de que el funcionamiento de las normas e instituciones jurídicas sean analizadas con los métodos que propone el AED.

- El AED se fundamenta en que, entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia, es decir los métodos económicos ayudan al derecho a determinar cuándo es que una norma es eficiente, es decir cuando se convierte en un incentivo para las personas cumplan las normas e instituciones jurídicas. Entonces, la eficiencia está dada, por cuan útil es una norma para las personas, en términos jurídicos y económicos (costos, riesgos, etc.), pues dependiendo de ello, los beneficios se convertirán en los motivadores de su cumplimiento. Por ende, el AED tiene como fin último ayudar a que, las instituciones jurídicas y normas lleven a un mejor aprovechamiento de los recursos hacia sus fines más deseados y adecuados en el mercado. Y es así como existe dicha relación derecho y economía.
- El derecho tiene la tarea, con ayuda de la economía, de reducir lo más posible los costos de transacción y externalidades. Y que cuando ello no le sea posible, debe decidir respecto de la distribución de los costos y beneficios, asignándolos incluso a la parte que le sea más valioso o beneficioso un recurso; es así que, si bien es cierto el derecho regula conductas, orientándolas a los fines de bien común y en atención a la persona, en tanto fin supremo del Estado y la sociedad, se hace otra tarea más del derecho, hacer uso de la economía, para que alcanzar dichos fines, sean concordes, no solo con exigencias jurídicas, sino económicas, en tanto estas también son conductas que le atañe al derecho, además que las instituciones jurídicas tiene un grado de generar beneficios y no solo de ordenar conductas.

## **Derecho y economía**

### ***3. 1. Teorías doctrinarias de vinculación del Derecho y la Economía***

Existen ciertas posiciones doctrinarias que buscan explicar dicha conexión. Estas corrientes son explicadas por Anglas Castañeda (2008), de la siguiente manera:

**3.1.1 Las relaciones de causalidad.**— Corriente defendida por el materialismo histórico de Marx, donde la economía es la causa de todo y el derecho es uno de sus efectos, (Anglas Castañeda, 2008, p. 11).

Para dicho autor, esta teoría parte de la justificación de la concepción del materialismo de Marx y americano, que indica que la economía puede incluso ser generadora o creadora del derecho, es decir que sin la economía el derecho no existiría. Es una justificación que implicaría considerar que el derecho encuentra su razón de ser en dicha disciplina, por lo tanto, no se evidenciaría una complementariedad, dada por los aportes postulados de cada uno.

En tanto, para la corriente americana existiría una estrecha relación entre el derecho y economía, pero de manera diferente a la concepción de Marx, en el sentido que en esta concepción americana el AED es una rama de la jurisprudencia general, siendo que su relación es tan íntima que la economía no puede negar al derecho. Bajo ello, se advierte en el presente estudio que, si bien se puede llegar a una relación de tal magnitud, ella no puede negar que el derecho, también tiene fundamentos o bases propias y que solo cuando evidencia un vacío, encuentra su plenitud con la economía.

**3.2.2. Las relaciones de integración.**— “Esta corriente sostiene que lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan formando un bloque único. Su representante es Rudolf Stammler (p.12).

Sobre esta teoría, dicha autor da a entender que, es la más acertada para explicar la relación entre derecho y economía, pues con ella no se excluye absolutamente una de la otra, sino que ambas se necesitan en la medida de lo posible, partiendo de la idea de que al unirse formarían un todo único; y por tanto, los aportes de cada una llenarían los vacíos de cada disciplina. Su representante, Rudolf Stammler, ha intentado indicar que la vinculación entre el derecho y la economía se basa en la complementariedad que una tiene para con la otra, es decir existiría la economía complementa al derecho, de tal manera que ambas forman un cuerpo

único, siendo entonces ello una postura que permite entender que la economía no es aislada del derecho.

**3.2.3. Las relaciones de interacción.-** Explicada a través del paralelismo con el principio físico de acción y reacción. Niega totalmente una denominación del factor económico sobre el jurídico y de éste sobre aquel. Así, las dos ramas de las ciencias sociales interactúan separadamente sobre el mundo social (p.12).

Para el citado autor, la corriente del paralelismo, explica que la relación existente entre la economía y el derecho deviene del principio físico -acción y reacción-, por el cual se indica que a toda acción le contrapone una reacción, siendo que consideramos que al trasladar dicho postulado a la vinculación entre las referidas derecho- economía, entonces la economía le proporcionaría al derecho un conocimiento multidimensional acerca del funcionamiento de la economía, la cual es de interés para el derecho, toda vez que busca controlarla y regularla, porque muchos de los fenómenos sociales, culturales, económicos, etc. objeto de estudio de derecho requieren de un análisis no solo jurídico, sino desde otras ciencias, como la economía. En tanto las normas inciden en los ciudadanos, pues son aspectos inmersos en toda sociedad, más cuando, sobre las bases de ellas el beneficio económico mueve a las personas y bajo esa lógica, las normas también deben seguir dicho ritmo, claro está que con sus límites.

Sin embargo, llevar a entender o asimilar a esta teoría, supondría que el derecho se mueve en la sociedad y la economía, pero ninguna esta sobre o encima de la otra, por cual uno podría cuestionarse: ¿Ambas forman un todo unitario, al igual que en la anterior teoría? Se entendería que se complementan.

Lo cierto es que, a partir de ambas teorías, se apunta a buscar una justificación que explique la vinculación entre la economía y derecho, más allá de los argumentos de cada una. Y lo más acertado es ver a disciplinas distintas del derecho, como en este caso a la economía, como una herramienta para mejorar o perfeccionar las instituciones jurídicas hacia el fin última del Derecho, que es la persona y la sociedad.

## **IV. Doctrina del análisis económico del contrato**

### ***4.1. Definición del Análisis Económico del Contrato***

Ahora bien, al entrar al campo del Derecho de los contratos, es preciso indicar que el empleo del AED ha proporcionado valiosa información que ha permitido el mejor funcionamiento de las instituciones contractuales, en donde se tiene al contrato por excelencia como la herramienta jurídica preminente en el derecho civil patrimonial y contractual. Así, con respecto a esta, el AED ha facilitado la comprensión de su enorme importancia como mecanismo de vinculación jurídica y facilitador del intercambio patrimonial en el tráfico económico. En esa línea, Bullard Gonzáles (2003) explica claramente:

Para que el mercado funcione requiere de una asignación inicial de los recursos de manera que el titular de cada uno esté en capacidad de excluir a los demás de su uso y disfrute. Esto se logra, primordialmente, a través del sistema de propiedad. Pero se requiere adicionalmente que dichos recursos cuenten con cierta movilidad que le permita dirigirse a sus usos más valiosos. Esta función está asignada al sistema contractual, que presta las garantías para una fluida circulación de los recursos y para impedir la aparición de fenómenos anómalos que distorsionen la función que se le ha asignado (p. 42).

Bajo ello, en esencia, el contrato es el mecanismo jurídico en el que se perfecciona el intercambio patrimonial, es decir el intercambio oneroso o no de bienes y servicios. De ahí que, se evidencie su carácter económico, a través de una función económica, que incluso se proyecta en forma indirecta del propio ordenamiento civil, cuando al recurrir al Código Civil (1984) se lo considera como un acuerdo entre dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones de contenido patrimonial (artículo 1351).

Al respecto, Malpartida Castillo (1996) citado por Calderón De los Santos (2022) precisa que el derecho contractual tiene como objetivo facilitar el intercambio de recursos entre las partes involucradas, garantizando que estos se distribuyan de manera eficiente hacia los fines más valiosos. De esta forma, se busca optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos, lo cual contribuye a generar un mayor beneficio social.

Es importante tener presente que, el contrato un medio para facilitar el intercambio de bienes y servicios. En términos económicos, ello se traduce en hacer menos costoso su celebración, así como incentivar el cumplimiento del mismo por sus agentes. Pues, parte de la idea de que, las actividades que se busca efectivizar con el contrato siempre implicarán costos de transacción que deben soportar las partes, sino recurrirían a medios como el contrato. Y que, al celebrar el contrato se podría reducir, al ser un documento escrito o acuerdo verbal, donde está proyectado con claridad los términos y condiciones de la transacción, dejando de lado incertidumbres ante situaciones futuras que podrían presentarse en el transcurso del contrato y sobre todo, siendo un mecanismo legal al cual el derecho le brinda protección, por lo cual las partes pueden exigir su cumplimiento ante vías legales.

Pero, no debe dejarse de lado que, si bien esta figura es por excelencia un medio para reducir costos de transacción, cuando es mal usada puede generar efectos contrarios o distintos a los buscados por las partes. Es ahí, donde el AED es muy útil para explicar cuándo un contrato puede resultar viable y eficiente para las partes; así como, cuando no. Es decir, sirve para ser un medio que facilite la toma de decisiones de las personas, en torno a la celebración o no de una transacción u operación económica, como es el contrato, a partir del previo análisis de costo – beneficio, u otros parámetros económicos.

## ***4.2. Principio de eficiencia contractual***

Al respecto, desde una concepción clásica del AED, sobre este principio, Polinsky (1985) citado por Sierralta Ríos (1996) que ha sido uno de los primeros en definir a la eficiencia desde la perspectiva del AED. Y así señala que es la relación entre los beneficios totales generados por una situación y los costos totales asociados a la misma. En el contexto del Derecho, esto se puede ejemplificar diciendo que: si una empresa es capaz de producir un bien de alta calidad, pero sus costos de producción son excesivos, el precio de venta será tan alto que los consumidores no estarán dispuestos a comprarlo. En este caso, la empresa no sería eficiente, ya que los elevados costos impedirían que la relación entre el precio y el valor para el consumidor fuera favorable. Esto podría, explicar el contenido de eficiencia en términos básicos.

Como se aprecia, la eficiencia en términos sencillos y concretos es un beneficio esperado o alcanzado a base del empleo de costos más o menos equilibrados y capaces de ser soportados por las partes en relación directa al beneficio buscado. De acuerdo con el principio de eficiencia, se pueden distribuir las responsabilidades de tal forma que se logre la mayor satisfacción social posible. Esto implica asignar tareas y cargas a quienes puedan realizar una acción de manera más efectiva, generando así el mayor beneficio social con los recursos disponible (Rodríguez Chávez, 2011).

Sobre la base de ello, el principio de eficiencia contractual o en los contratos establece una relación directa entre los costos de transacción que impliquen la celebración del contrato y los beneficios que se obtengan de este; siendo así que quienes deseen celebrar un contrato se abstendrán de hacerlo si los costos para llevar a cabo dicha celebración son mayores que los beneficios que se obtendrán. Bajo ello, se aprecia que el fundamento de este principio es precisamente que, la parte contratante no se vea perjudicada con la celebración del contrato, sino por el contrato que obtenga ventajas o beneficios de este, sean personales o sociales.

### **4.3. Costos de transacción en los contratos**

Los costos de transacción no son otra cosa que, los costos de información, identificación, inversión de dinero, tiempo y esfuerzo que tienen que tolerar los particulares si su deseo es llevar a cabo alguna relación contractual. Pues, como dicen algunos doctrinarios, llevar a cabo un contrato tiene costos. De aquí, la enorme importancia que cumplen los costos de transacción durante toda la secuencia del contrato, durante la fase preparatoria, y desde que existe hasta que se extingue (Bullard Gonzáles, 2003). Según destacan otros autores, la viabilidad del contrato y su posterior concreción, dependerá de cuán significativos sean los costos de transacción originados en la identificación, reunión, posterior negociación y efectivo cumplimiento de lo acordado, costos que las partes tienen que soportar para poder llevar a cabo la celebración del contrato (Calderón De los Santos, 2022).

Bajo ese entendimiento, los costos de transacción son aquellos factores que influyen directamente en la posterior existencia de un contrato; ello debido a su estrecha relación con el principio de eficiencia contractual. Entonces, si los costos de transacción no pueden ser soportados por las partes contratantes, lo lógico es quien iba a contratar decida no hacerlo y, consecuentemente, no se lleve a cabo la celebración del contrato.

A partir de los postulados del Teorema Coase, el contrato representa la evidencia más clara de que los costos de transacción han sido lo suficientemente bajos que han permitido a las partes llegar a un acuerdo, con prescindencia de alguna regulación jurídica (Bullard Gonzáles, 2003). Lo cual, permite indicar que los costos de transacción son los gastos necesarios para celebrar un contrato si, en ciertas circunstancias, éstos resultan demasiado elevados podrían evitar que el acuerdo se perfeccione o pudiendo perfeccionarse, no se realizaría bajo el principio de eficiencia contractual; mientras que si estos costos no superan los beneficios, o no son tan elevados, el contrato puede llegar a celebrarse bajo el principio de eficiencia contractual.

#### **4.4. Externalidades en los contratos**

Al respecto, Jean- Jacques Laffont citado por Vázquez Manzanares (2014), brinda una definición de uso común, al indicar que una externalidad es una situación en la que los costes o beneficios de producción y/o consumo de algún bien o servicio no se reflejan en su precio de mercado. En otras palabras, las externalidades son aquellas actividades que afectan a otros sin que estos paguen por ellas o sean compensados. Existen externalidades cuando los costos o los beneficios privados no son iguales a los costes o los beneficios sociales. Los dos tipos más importantes son las economías externas (externalidades positivas) o las deseconomías externas (externalidades negativas).

Bajo esa visión, se puede decir que, una externalidad es un efecto negativo o positivo frente a una persona distinta de las que celebraron el contrato. A manera de ejemplo se puede citar como una externalidad positiva el hecho de vivir frente a una residencial donde tienen vigilancia las 24 horas del día, lo cual le permitirá tener mayor seguridad y bienestar a los habitantes de aquella zona. Pero, una externalidad negativa podría ser el hecho de vivir cerca a aun un grifo, pues implicaría una serie de peligros como el de exponerse a una explosión, el constante ruido por los vehículos, entre otros, ya que la atención son las 24 horas del día. Como se asimila, en ambos ejemplos, a los habitantes de dicha zona las personas que han contrato la vigilancia o que han instalado un grifo no les han requerido el consentimiento para ello; por cuanto los habitantes de dichas zonas aledañas son terceros ajenos a las transacciones económicas que conllevó tales actividades. No obstante, tal transacción o contrato generó efectos positivos o negativos que, se adquieren o asume por los terceros sin ser solicitado y pagados o compensados a estos.

#### ***4.5. Los vicios del consentimiento en la celebración de los contratos***

Tanto los vicios del consentimiento, como la incapacidad civil han sido ampliamente estudiadas por el análisis económico. Al respecto, trae a colación lo regulado en el Código Civil (1984) en lo relativo a los vicios de la voluntad en el Título VIII Del Libro II, donde obran el error, el dolo, la violencia y la intimidación. Entendiéndose por vicios del consentimiento a aquellos factores que influyen negativamente en el elemento esencial del acto jurídico denominado “voluntad”. Sin embargo, dentro del AED se ha considerado al error como un vicio del consentimiento, en tanto en la violencia o fuerza no existe contrato por lo que no existe distinción entre el análisis económico y el tradicional. Cuando un acto adolece de violencia produce una redistribución desde la víctima al victimario. Pero, esta redistribución no es eficiente y disminuye el bienestar social. Si se aceptara como válidos este tipo de actos, crecerían los costos de transacción ya que toda la comunidad estaría obligada a adoptar medidas de protección excesivas (Barcia Lehmann, 1998).

Corresponde entonces definir qué se entiende por error, y cómo repercute en el AEC. Es visto como la falta de concordancia entre la voluntad deseada y la voluntad declarada. El error es el falso conocimiento. Es la concepción no acorde con la realidad (Machicado, 2013). En cambio, bajo el enfoque económico, para otros los vicios en los contratos se clasifican como unilateral cuando lo padece una sola parte, o bilateral cuando ambas partes lo experimentan

En esa línea, se puede asimilar que el error está relacionado con la información con la que cuentan las partes, al momento de la celebración del contrato, por ello si ambas partes tenían información errónea o desconocían cierta información respecto de algún elemento del contrato, entonces se entenderá que el error es bilateral; mientras que si solo una de ellas es quien tenía la información errónea o insuficiente, será unilateral. Así, se aprecia la importancia que tiene contar con información suficiente y correcta, así como ser diligentes en este aspecto

para la celebración del contrato, puesto que ello reduce el margen de error en la manifestación de voluntad.

#### ***4.6. Cumplimiento óptimo de los contratos***

Una legislación eficiente sobre contratación requiere, para asegurar que el cumplimiento de los contratos, que el deudor al establecer su conducta tenga en cuenta los efectos de ésta sobre el acreedor. Dicho de otra manera, una legislación eficiente sobre contratación debe internalizar en el deudor los efectos que el cumplimiento o el incumplimiento de su conducta tienen sobre el acreedor; es decir, debe internalizar los efectos externos de la conducta del primero. Esto generalmente se consigue estableciendo algún tipo de compensación por los perjuicios causados al acreedor si el deudor incumple el contrato (Jaime, 2008).

Es decir, un contrato tiene fuerza vinculatoria, lo idóneo es que sea cumplido en todos sus extremos por ambas partes; y justamente buscando ello es que nuestra legislación ha penalizado el incumplimiento de contratos, en tanto representa una falta de compromiso respecto de la parte que incurrió en ese incumplimiento, buscando así una forma de motivar a las personas para que antes de celebrar un contrato o antes de incumplirlo piensen dos veces si están dispuestos a cargar con las consecuencias que ello puede representar, tales como por ejemplo el pago de una indemnización por daños y perjuicios a la parte afectada.

#### ***4.7. El riesgo y los contratos***

Es pertinente aclarar lo que debe entenderse por riesgo, es así que se define bajo nuestra perspectiva como una situación jurídica que se presenta cuando las partes de un contrato o una de ella, se encuentra en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones o prestaciones debido a una causa ajena a su voluntad. Asimismo, para otros se dice que, en toda celebración de los contratos existen ciertos riesgos, principalmente en la toma de decisiones. Sin embargo, existen los denominados

contratos perfectos, que son aquellos en donde se pueden prever todos los posibles riesgos de incumplimiento que pueden afectarlo (Anglas Castañeda, 2008).

Entonces, existe una manera de prever todos estos riesgos, por medio del contrato perfecto, el cual es la herramienta donde las partes van a asumir esos riesgos que pueden afectarlos; pero estos ya estarán previstos y con un acuerdo de reparación, en caso una de las partes incumpliera su obligación. También, existen contratos en donde las partes pueden estar propensas al riesgo, estar excluidos o las partes que no sienten ni inclinación ni hostilidad al riesgo, sino simplemente creen que estos riesgos pueden suceder.

Entonces, teniendo como precedente estas clases de riesgos, se advierte que al celebrar un contrato las partes estarían pagando por no estar expuestas a dichos riesgos o para no ser afectados por ellos, como lo indican algunos autores. Así, se puede advertir lo que se conoce como propensión al riesgo, esto es, cuando las partes que celebran un contrato pueden tener una actitud propensa, neutral o adversa al riesgo. Las personas propensas al riesgo son aquellas que tienden a asumirlo y no consideran probable que ocurra un siniestro o daño. Las personas neutrales al riesgo no tienen una inclinación ni hacia el riesgo ni hacia su evitación, sino que creen que el riesgo puede materializarse. Por último, las personas adversas al riesgo son aquellas que evitan asumir cualquier tipo de riesgo (Anglas Castañeda, 2008).

#### ***4.8. Análisis económico del riesgo***

Los problemas del riesgo, en la asignación de los riesgos en el contrato, afectan a las obligaciones que nacen de éste, por ejemplo: en la compraventa, si el comprador asume todos los riesgos del contrato debería comprar a un precio menor; en cambio, si es el vendedor quien asume todos los riesgos, entonces es el comprador debe pagar un alto precio. O como dicen otros, los casos en que las partes no poseen toda la información y solo una parte dispone de un incentivo fuerte que lo motive a tener un comportamiento oportunista en dicha relación contractual, frente a

lo cual el Estado debe regular y desincentivar dichos comportamientos (Barcia Lehman, 2004), para evitarlos riesgos de un contrato en dichas circunstancias en desmedro de la otra parte, es decir, del mercado y su dinamismo.

Bajo esa línea, en un contrato las obligaciones traen consigo riesgos. A manera de ejemplo, considere a aquella persona que adquiere un producto en la calle. Ante la inseguridad de su origen y la falta de garantía que este producto acarrea, se advierte que al comprar en la calle evidencia que estará dispuesta a pagar un precio menor, más allá de los riesgos de la informalidad del productor, es decir, paga un precio proporcional a todos estos riesgos que se expone, pero, lo asume porque considera más beneficios por diversos motivos personales. En un segundo ejemplo, considere a una constructora que adquiere un terreno, que va a ser objeto de una recalificación de suelo, en dicha transacción se reflejará esta inseguridad en el precio de compra. Pero, tanto el precio, como los riesgos que estén dispuestos a asumir una parte del contrato, dependerán del riesgo que tenga cada contratante.

#### ***4.9. Ruptura óptima de los contratos***

A pesar de que lo óptimo es que, los contratos se cumplan por ambas partes, en el plano fáctico sucede, muchas veces, que una vez celebrado el contrato una de ellas no puede cumplirlo, pues de hacerlo representaría una pérdida o un menoscabo de su situación, por lo que decide no cumplir con el contrato. No obstante, como sucede normalmente, una opción sería añadir en el contrato una cláusula de compensación, (Bullard Gonzáles, 2018), para que la parte que no cumpla con su obligación tenga que pagarle a la otra, una indemnización por daños y perjuicios, equivalente a los beneficios que se habrían obtenido si el contrato se hubiese cumplido correctamente.

De ahí, se evidencia la gran importancia de las cláusulas penales o de las penalidades en los contratos, ya que brindan las partes un soporte para posibles afectaciones en caso de incumplimiento, pero, sobre seguridad jurídica ante

situaciones de futuros incumplimientos contractuales que pueden afectar al correcto desenvolvimiento del mercado, generando incertidumbres y altos costos de transacción o que no se celebren muchos contratos. Así, con dichas cláusulas las partes pueden tener mayor fiabilidad de celebrar un contrato, vistas también como un medio de protección y amparo legal.

## **V. Análisis económico del contrato en el ordenamiento jurídico peruano: Contratos de adhesión**

Este contrato encuentra su origen en la masificación de los servicios y productos, propios de las eras industriales, sobre todo, hoy en día en donde impera la cultura de la inmediatez, las tecnologías emergentes y modelos económicos individualistas. Tal cual, como refiere Rodríguez Chávez (2011), los avances científicos, tecnológicos y demográficos, así como el cambio a modelos económicos capitalistas, como en el caso peruano donde se estableció una economía social de mercado, fueron los factores de la denominada “sociedad de masas”, en donde hay una producción masiva o en serie de bienes y servicios. Por lo que, ello genera un consumo masico o por múltiples individuos a la vez. En ese escenario, las formas de contratación masiva como los contratos de adhesión se presentaron como la herramienta más adecuada para propiciar con celeridad y eficiencia, en la adquisición de estos bienes y servicios masivos.

A efectos de adentrarse en el análisis económico de este contrato, es preciso indicar que es definido clásicamente por Messine, citado por Barcia Lehman (2004), como aquel contrato que tiene cláusulas establecidas por una de las partes o de forma unilateral, de manera que el otro no puede modificarlas, tan solo aceptarlas o rechazarlas, por lo cual, no hay una colaboración conjunta en la formación del contenido contractual.

Igualmente, en la moderna actual se lo define como un tipo contractual que tiene dos elementos básicos, por un lado, la determinación unilateral de su contenido mediante el recurso llamado condiciones generales, lo cual se usa para

casos donde se celebrarán un número indeterminado de contratos o cuando son inmodificables. Por otro lado, tiene como elemento la única opción de aceptarlo o rechazarlo por la otra parte, de lo contrario, no hay contrato.

A partir de ello, se advierte que, en los contratos por adhesión se caracterizan por la imposibilidad de cambiar o negociar sus cláusulas, las cuales son impuestas por una de las partes que comúnmente es el oferente–acreedor, es decir el que está en primera posición de ofrecer un producto o servicio, frente al cual, su destinatario solo tiene la opción de rechazarlas o aceptarlas, sin mayor negociación que la referente al producto o servicio.

En ese sentido, en el derecho peruano también se ha optado por regular a este contrato. Así, a partir del artículo 1390 del Código Civil peruano (1984) se entiende que, se presenta cuando una de las partes, solo tiene la opción de aceptar o rechazar las cláusulas establecidas en su totalidad por la otra, por lo que, se considera celebrado cuando estas son aceptadas por su destinatario.

Asimismo, dicha norma regula los tipos de cláusulas que, podría contener un contrato de adhesión. Así, se tienen las cláusulas generales de contratación, reguladas en el artículo 1392 de la norma antes citada, como cláusulas elaboradas de forma previa y unilateral por una persona o entidad que contienen aspectos generales y abstractos sobre un determinado servicio o producto dirigido a una multiplicidad de personas, y por ende son usados para la celebración de futuros contratos particulares. Ahora bien, estas cláusulas pueden ser aprobadas o no por una entidad administrativa.

A continuación, analizamos los aspectos positivos y negativos de estos contratos desde el AED y el AEC, a fin de identificar si sus beneficios son mayores que sus desventajas, para arribar a una explicación de por qué el legislador peruano ha previsto la exigencia de supervisión estatal, mediante la exigencia de cláusulas aprobadas por entidades administrativas en estos contratos en ciertos casos.

Ahora bien, visto desde el AED y AEC, advierto que, estos contratos son una herramienta revolucionaria que combina eficiencia y seguridad jurídica, debido a que presenta algunas peculiares características. Así, una de esas características, es su redacción anticipada y unilateral, a cargo de una sola parte que normalmente es el acreedor o proveedor de un producto – servicio, lo cual, es un adecuado desde el AEC; porque, supone un ahorro de costos de transacción en operaciones masivas. Esto es, cuando el producto o servicio está dirigido o tiene el potencial de ser adquirido por una multiplicidad de personas a la vez, que son indeterminadas y con las cuales podría ser difícil acordar una por una los términos del contrato.

Es decir, será más costoso en términos de tiempo, dinero, logística, etc. celebrar un contrato personalmente con cada consumidor y ello puede, a su vez, generar que los servicios o productos también sean más costosos. Así, esta forma de contratación implica un ahorro de tiempo y dinero, al simplificar en un acto unilateral la celebración de muchos contratos a la vez. Es decir, aquí se evidencia la aplicación del AED y el AEC, mediante diversos principios, siendo que en este caso se hace énfasis en el de eficiencia contractual.

Sobre el particular, Polinsky, citado por Rodríguez Chávez (2011) refiere que, la eficiencia contractual parte de la premisa que, toda transacción debe ser eficiente en términos de que, su celebración no sea más costoso que los beneficios o utilidad que se obtendrán dentro de límites máximos de gastos en cuestiones de tiempo, dinero y esfuerzo. Siguiendo este principio, es preciso partir, como ya se explicó, precisando que en casos de múltiples operaciones a la vez se tornaría muy costoso celebrar un contrato de forma personal con cada usuario. Frente al cual, se puede decir que la contratación masiva, mediante los contratos de adhesión, ayudan a cumplir con la eficiencia contractual, pues permite reducir los costos de celebración al reducir a un solo acto la creación del contenido del contrato y su celebración con la sola aceptación o rechazo por parte del destinatario. De seguro, uno se preguntará, ¿En qué etapa del iter contractual se presentarían los altos costos de transacción en el caso de servicios o productos masivos? ¿Y

qué aspectos de la autonomía privada de una de las partes se ve limitada con la finalidad de lograr tal eficiencia con estos contratos?

Sobre lo primero, claramente, se puede decir que, ello se presenta en la etapa de la negociación, exactamente luego de que, el oferente lanza su oferta a muchas personas, es decir cuando se espera la respuesta del destinatario a la oferta y en virtud al cual se presenta la necesidad de que este acepte el contrato, donde normalmente se tendría que negociar el contenido del contrato con una contraoferta. Es aquí, que bajo el principio de eficiencia, en servicio o productos masivos, el hecho de esperar una negociación o contraoferta en una negociación personal o individual con cada usuario podría implicar altos costos en logística, personal, tiempo y esfuerzo, es decir los costos serían más altos que sus beneficios. Frente a ello, los contratos por adhesión serían una expresión de eficiencia al estandarizar contratos para muchas personas que reduce el tiempo, logística, personas, etc. necesarios para su celebración, lo cual, se traduce en menos dinero y esfuerzo, de tal forma que aquí la negociación solo se ciñe a aceptar o no los términos ya preestablecidos por una parte. Y es esto, lo que hace menos oneroso su celebración en términos de eficiencia para las partes, por consecuente, esto es su principal beneficio que justifica su uso.

Ahora bien, la segunda pregunta está dirigida a saber los derechos de laguna de las partes que se limitarían con este contrato, a fin de obtener el beneficio antes explicado, es decir en pro de su eficiencia contractual. Para ello, es preciso partir de que, en la Constitución Política del Perú (1993), en su artículo 58, se regula la iniciativa privada libre y la economía social de mercado. Y como parte de ello, se reconoce la libre contratación o libertad de contratar.

Sobre este, en el artículo 2 inciso 14 de citada norma constitucional, se refiere que toda persona tiene el derecho a contratar con fines lícitos. Lo cual, es precisado en el artículo 62 de la misma norma, al indicar dos aspectos claves: i) garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al

tiempo del contrato; ii) los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones (Asamblea Constituyente, 1993).

Al respecto, la norma asegura a las partes que intervienen en un contrato privado estar protegidos de dos condiciones necesarias para una negociación. La primera, la libertad contractual, que permite llenar el contenido y fijar voluntariamente las previsiones que regulen sus intereses, esto se complementa con el artículo 1354 del Código Civil, donde se establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato siempre que no sea contrario el marco legal imperativo. Y la segunda, la libertad de contratar, que habilita las partes a decidir con autonomía sí contratar o no, cuándo, cómo y con quién (Avendaño, 2007).

Bajo lo citado, se puede responder a la pregunta precedente indicando que, en el contrato de adhesión, cuando una de las partes (oferente) establece unilateralmente las cláusulas, se evidencia una limitación a la otra parte (destinatario) en cuanto a su derecho a la libertad de contratación en su vertiente de libertad de configuración interna o libertad contractual, es decir, a su derecho a establecer el contenido del contrato. A la vez, cuando el destinatario solo tiene la posibilidad de aceptar o no las cláusulas establecidas por el primero, ello advierte una limitación a dicho derecho en su vertiente de la libertad de contratar, es decir a su derecho a sí contratar o no, cuándo, cómo y con quién. Todo lo cual, enfatiza una limitación clara a su autonomía de la voluntad que se justifica, desde el AED y el AEC, en el beneficio de esta forma de contratación en términos de menos costos de transacción en comparación con los riesgos de su celebración, que en principio son menores. Además, en comparación con la celebración de contratos individuales en términos generales, se enfatiza más los altos costos de transacción de estos y con ello sus beneficios de ahorro de costos en tiempo, dinero, esfuerzo, entre otros; según lo explicado líneas arriba.

Pero, no se debe dejar de lado que, como toda actividad, los excesos o su uso abusivo podría generar efectos adversos o no deseados para alguna de las

partes, lo cual, no se encontraría dentro de los cánones del AED, pues bajo este enfoque también existen límites en todo accionar humano, cuando se adviertan más costos que beneficios no solo en términos monetarios, sino, en la afectación de valores elementales como son los derechos de las personas.

Así, los contratos de adhesión pueden implicar un riesgo paradójicamente a lo que se creía en un inicio, según lo expuesto en los primeros párrafos de este trabajo, pues la imposición unilateral del contrato sin opción de modificarlo puede propiciar abusos y con ello afianzar más la asimetría entre las partes en tanto, solo una de las partes tiene la mejor posición o capacidad, sobre todo por el aspecto económico y la información que tiene el oferente en virtud al cual impone su voluntad (Barcia Lehman, 2008), que claramente representa una desventaja para el destinatario de dichos contratos, ya que el primero (oferente) valiéndose de que su mejor posición en la relación contractual, al poseer mejor y más información sobre el bien o servicio, y por su condición económica mayor, puede imponer cláusulas contractuales que lesionen derechos de sus destinatarios. Así, como el destinatario está en una posición por debajo de aquel, puede ser proclive a que sea víctima, sin saberlo, de la celebración de contratos de adhesión abusivos, es decir con cláusulas demasiado onerosas para esta parte en términos de mayores riesgos, afectaciones a sus derechos, fraudes, calidad del producto o servicio, etc.

En atención a ello, desde el AED y AEC, se ha advertido que en algunos casos es importante evaluar los efectos adversos de las instituciones jurídicas ante posibles situaciones de excesos; pues, ello puede incidir negativa o positivamente en el mercado, llevando a efectos no deseados como las fallas de mercado y falta de dinamismo. En el caso de los contratos por adhesión, en principio no habría muchos riesgos como se ha dicho. Pero, existirán algunas excepciones, es decir, en algunos casos especiales de productos o servicios masivos que, cuando el oferente los usa mal o en detrimento de la otra parte, podría conllevar efectos adversos en el mercado y por ende en el mundo jurídico.

Por ello, en el derecho peruano se explica que, hoy en día, se tengan cláusulas generales de contratación autorizadas por entes administrativos, que implica una supervisión estatal previa por entidades en casos de contratos de adhesión de ciertos productos o servicios, donde existen mayores riesgos de su uso abusivo, es decir que se produzca una lesión injustificada en los derechos de la otra parte y que no se logre la tan ansiada eficiencia contractual.

Como en la norma civil citada no se delimita en qué servicios o productos, los contratos materia de este trabajo deben tener cláusulas aprobadas, entonces se debe recurrir a normas como el Código de Consumidor, donde se exige que en el contrato de consumo de productos y servicios masivos se usen contratos por adhesión deben contener cláusulas generales aprobadas previamente por entidades como La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), en virtud a la Ley N° 28587 y la Resolución N° 1765-2005. Bajo ello, puede sancionar, corregir y aprobar cláusulas generales de contratación elaboradas por las entidades financieras bajo su supervisión.

## **VI. Conclusiones**

El AED es una herramienta muy importante para explicar la necesidad de la existencia de una vinculación entre la economía con el Derecho, sobre todo, en el ejercicio de la profesión. Así, el estudio de la instituciones jurídicas y su aplicación se ve enriquecida por la aplicación de las diferentes teorías y métodos de la economía al ámbito jurídico, que ayudan a analizar determinados fenómenos sociales y obtener resultados diferentes, de los que se lograría con un análisis tradicional desde un enfoque jurídico; más aún, cuando una la ley no solo debe operar como ordenador de conductas hacia los fines de la ciencia jurídica, sino que debe operar como un modificador de incentivos o impulsador en las personas respecto del cumplimiento de las normas.

Para entender el análisis económico del contrato, en el presente trabajo fue importante reflexionar sobre el principio de eficiencia contractual, el cual

se encuentra vinculado a los costos de transacción y permite que se celebre un contrato en condiciones óptimas; debido a que, bajo este principio los costos de transacción son bajos para la celebración del contrato. De tal forma que, la parte que lo va a celebrar puede soportarlos y bajo ello decide llevar a cabo o no el contrato.

Asimismo, se encontró que tanto el principio de eficiencia, como los costos de transacción se relacionan con las externalidades de los contratos, que son aquellas que pueden provocar efectos frente a terceros sin que estos lo hayan requerido, pudiendo ser estas positivas, si representan de alguna manera un beneficio; o negativas, si por el contrario los efectos que generaran son pérdidas o gastos individuales.

Si bien es cierto, lo óptimo es que los contratos se cumplan por ambas partes, muchas veces esto no sucede, lo cual se relaciona con los riesgos que se pueden asumir en cuanto a las obligaciones de un contrato; es decir, exponerse al incumplimiento de la otra parte sin su voluntad; sin embargo, se han dispuesto soluciones como lo es el contrato perfecto, pues en este se prevé todos los riesgos y existen acuerdos de reparación si en caso dichos incumplimientos se suscitaren.

Por ello, es importante que las partes, al momento de la celebración del contrato, tengan clara la información respecto de este, pues de esa manera se evitará que cualquiera caiga en error, originando así un vicio en la voluntad o consentimiento.

Por otro lado, un ejemplo de AEC son los contratos por adhesión, los cuales implican la celebración de un conjunto de términos y condiciones preestablecidos, por una parte, el oferente, sin posibilidad de ser modificados por el destinatario. Este contrato es ventajoso en casos de bienes y servicios dirigidos a una multiplicidad de personas indeterminadas, al reducir los costos de celebrar contratos individualmente, ya que los costos de transacción y las externalidades son variables críticas en el diseño contractual que, cuando son

elevados desincentiva la celebración de contratos o se generan efectos negativos para terceros.

Por ende, los contratos de adhesión —pese a sus riesgos de asimetría— resultan eficientes en contextos de masificación, al reducir gastos de negociación, pero, solo cuando sean supervisados por una entidad estatal, como lo sería la Superintendencia de Banca y Seguros; teniendo cuidado de limitar en exceso la libertad contractual y afectar la eficiencia. En el Perú, el AEC ofrece un marco valioso para modernizar la práctica contractual, especialmente para atacar la alta informalidad o asimetrías que existe en la realidad peruana, pero, son dejar de lado la intervención estatal —vía Indecopi o la Superintendencia de Banca— para equilibrar libertad contractual y la protección contra posibles cláusulas abusivas en desmedro de los destinatarios finales en los contratos por adhesión, sin sacrificar la eficiencia.

## **Bibliografía**

- Anglas Castañeda, D. (2008). *Teoría del análisis económico del derecho*. UNMSM. <https://cvperu1.files.wordpress.com/2011/07/analisis-economico-del-derecho.pdf>
- Avendaño, J. (2007). La libertad de empresa y la libertad contractual en la constitución peruana. *Advocatus*, (016), 177-180. <https://doi.org/10.26439/advocatus2007.n016.2912>
- Barcia Lehmann, R. (1998a). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis*, 4, 2, 149 – 176. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740209>
- Barcia Lehmann, R. (2004b). Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Cuadernos de análisis jurídico: Colección derecho privado*, 1, 127. [https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/efectos\\_barcia.pdf](https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/efectos_barcia.pdf)
- Bullard Gonzáles, A. (2003a). *Contrato e intercambio económico*. Palestra Editores.
- Bullard Gonzáles, A. (2018b). *Análisis Económico del Derecho. Colección lo esencial del Derecho 35*. Fondo Editorial PUCP.

- Calderón De los Santos, G. (2022). La relación entre el Derecho Económico y el Análisis Económico del Derecho. *Revista Omnia*, 5(2), 24-42. <https://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO/article/view/399>
- Código Civil (1984). *Por el cual se aprueba el Código Civil*. 24 de julio de 1984. Decreto Legislativo N° 295. Diario Oficial El Peruano.
- Constitución Política del Perú (1993). *Por el cual se aprueba la Constitución Política del Perú*. 1993. Diario Oficial El Peruano.
- Jaime, V. (2008). *Introducción al análisis económico del derecho*. Universidad de Valencia. <https://www.uv.es/vjaime/Analisis%20derecho/Temas%20finales/Tema9final.pdf>
- Ley N° 28587. (2005). *Por el cual se aprueba la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros*. 21 de julio de 2005. Diario Oficial El Peruano. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28587.pdf>
- Machicado, J. (2013). *Vicios del Consentimiento*. Apuntes Jurídicos. <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2013/03/vco.html>
- Polinsky, A. M. (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Editorial Ariel.
- Posner, R. (2002). *El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker*. *Themis*, 44, 37-53. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10057>
- Resolución SBS N° 1765-2005. *Por el cual se aprueba el Reglamento de Transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero*. 29 de noviembre de 2005. Diario Oficial El Peruano. <https://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/ResolucionSBS1765-2005-SBS.pdf>
- Rodríguez Chávez, R. Y. (2011). La función económica de la contratación masiva. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6(6/7), 189-228. <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.201>
- Rubio, M., y Arjona, A.M. (2002). El Análisis Económico del Derecho. *Precedente Revista jurídica*, 2, 117-150. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9015800>
- Sierralta Ríos, A. (1996). *Introducción a la Juseconomía (Segunda ed.)*. Fondo Editorial PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/e4f85f4a-e6db-4718-8b1b-a3898138c24f>
- Vázquez Manzanares, V. M. (2014). Externalidades y medioambiente. *Revista Iberoamericana de Organización de Empresas y Marketing*, 2, 1- 15. [https://scholar.google.com/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=es&user=T2ZWbRoAAAAJ&citation\\_for\\_view=T2ZWbRoAAAAJ:eQOLeE2r-ZwMC](https://scholar.google.com/citations?view_op=view_citation&hl=es&user=T2ZWbRoAAAAJ&citation_for_view=T2ZWbRoAAAAJ:eQOLeE2r-ZwMC)



## **¿Qué se esconde detrás del testimonio? La búsqueda de la verdad más allá del discurso**

### ***What lies behind testimony? The search for truth beyond speech***

José Andrés Alday Pumaricra<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El artículo analiza críticamente los límites de las técnicas actualmente empleadas para evaluar la credibilidad del testimonio en el proceso penal, cuestionando la confianza excesiva en la intuición, el lenguaje no verbal y otras prácticas pseudocientíficas sin respaldo empírico. Desde una perspectiva filosófico-jurídica y mediante análisis documental crítico de literatura científica, jurisprudencia y fuentes doctrinarias, se examina la validez epistémica de herramientas como el polígrafo, la neurociencia y la psicología del testimonio. El autor concluye que ninguna de estas técnicas permite detectar de forma fiable la mentira, y que la valoración del testimonio debe centrarse en la fiabilidad del contenido —no en la credibilidad subjetiva del declarante—, con apoyo en evidencia empírica contrastable, para evitar errores judiciales derivados de sesgos o intuiciones no racionales.

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Privada del Norte. Miembro académico del Instituto de Investigación Jurídica Quaestio Iuris – INVEQ. Abogado del área penal del estudio jurídico Alva, Galván & Asociados. Correo electrónico: andresalday03@gmail.com. Link del ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-3739-4213>

**Palabras clave:** Testimonio, razonamiento probatorio, psicología del testimonio, ciencia

## **Abstract**

This article critically analyzes the limits of the techniques currently used to assess the credibility of testimony in criminal proceedings, questioning the excessive reliance on intuition, nonverbal language, and other pseudoscientific practices lacking empirical support. From a philosophical and legal perspective and through critical documentary analysis of scientific literature, case law, and doctrinal sources, the author examines the epistemic validity of tools such as the polygraph, neuroscience, and the psychology of testimony. The author concludes that none of these techniques reliably detects lies, and that the assessment of testimony should focus on the reliability of the content—not on the subjective credibility of the declarant—with support from verifiable empirical evidence, to avoid judicial errors arising from biases or irrational intuitions.

**Keywords:** Testimony, evidentiary reasoning, psychology of testimony, science

## **Introducción**

No resulta necesario extenderse demasiado sobre la relevancia que revisten las declaraciones de imputados, víctimas, agraviados y testigos dentro del proceso cognitivo del juez o de convicción en caso de jurados. En efecto, gran parte del proceso penal se estructura en torno a los testimonios de quienes estuvieron involucrados en los hechos materia de investigación. Estas manifestaciones, constituyen una de las principales fuentes de información para la construcción de las hipótesis a lo largo del proceso, y deberán ser corroboradas en juicio oral.

En ese contexto, el examen del testigo -propio o impropio- encuentra uno de sus pilares en la entrevista personal o interrogatorio. En este espacio, el relato del examinado adquiere un papel protagónico. Los abogados, fiscales, jueces, psicólogos, psiquiatras, policías y otros actores del sistema de justicia penal nos

desenvolvemos en un entorno rodeados de relatos que pretenden reconstruir los hechos del pasado.

Cuando estos relatos son de buena fe, dependen de los recuerdos de las personas. Sin embargo, incluso cuando el declarante no tenga la intención de mentir, sus testimonios pueden no ajustarse a la realidad de los hechos. Por estas consideraciones, resulta esencial que a lo largo del proceso judicial se evalúe si una declaración refleja fielmente los hechos, y en caso de que exista una discrepancia entre el relato y la realidad, debe analizarse si dicha divergencia obedece a una intención deliberada de mentir o, por el contrario, a un error involuntario del declarante. En consecuencia, el análisis de la credibilidad debe considerar tanto el posible engaño consciente como las equivocaciones no intencionales.

En el Perú, se ha tratado de dar algunos alcances sobre este tema, aterrizando en el famoso Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, el cual ha adoptado como referencia la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo Español desde finales de la década de 1980 (particularmente en la STS 10437/1988), con la finalidad de intentar racionalizar el proceso de valoración de los jueces frente a la prueba testimonial, dejando de lado criterios tasados o de íntima convicción, sino más bien, centrándose en la suficiencia probatoria que debería tener una hipótesis incriminativa para poder desvirtuar la garantía y derecho de la presunción de inocencia. Sin embargo, en la práctica judicial actual, estos criterios han sido convertidos en una plantilla deductiva que reemplaza el análisis argumentativo complejo por una verificación mecánica.

Lastimosamente, en un sistema procesal que aún no termino por consolidarse, se le pretendió exigir racionalidad y -al mismo tiempo- utilizar un método adversarial para el desarrollo del proceso. Creo que, si hubiéramos apuntado hacia el desarrollo de un método racional en vez de centrarnos tanto en los discursos y la retórica, hubiéramos podido evitarnos tantos problemas de motivación. Las técnicas de litigación deben diseñarse con el objetivo de contribuir a la formación racional y fundada de la convicción judicial.

Desde una perspectiva procesal, la fiabilidad actúa como una garantía epistémica. La existencia de corroboración externa proporciona un mecanismo de control, que obliga al juez a fundar su convicción en evidencia objetiva, no en impresiones personales guiadas por la intuición. Este principio tiene también implicancias estratégicas en la litigación oral. En el interrogatorio directo, se debe procurar no solo mostrar la espontaneidad del testigo, sino también extraer datos susceptibles de verificación. A su vez, en el conainterrogatorio, debe buscarse revelar ausencia de corroboración o contradicciones relevantes. Finalmente, en el alegato, debe subrayarse que la convicción judicial no puede basarse en intuiciones o empatías, sino en la capacidad del testimonio para resistir el contraste con el resto del acervo probatorio.

En esa misma línea, el uso adecuado de las técnicas de litigación oral puede ser una herramienta muy eficaz para identificar inconsistencias en el relato de un testigo durante el interrogatorio, lo cual resulta clave para evaluar la solidez de su declaración. Sin embargo, es importante destacar que la presencia de contradicciones no implica automáticamente que el testigo mienta o que su testimonio deba ser descartado; las incoherencias pueden ser resultado de factores que pueden influir en la exactitud de la memoria, como el estrés del juicio o de detalles secundarios mal recordados. A pesar de ello, existen dos problemas frecuentes en la enseñanza y práctica de estas técnicas.

Conforme lo indica Elías Puelles, R. (2021), en primer lugar, se tiende a interpretar la incoherencia narrativa desde los propios esquemas mentales del litigante, lo que introduce prejuicios subjetivos en la valoración de la prueba. Es decir, se proyecta una idea personal de «coherencia» que no necesariamente se ajusta a la realidad psíquica del testigo. Segundo, en lugar de utilizar el conainterrogatorio como un mecanismo para esclarecer los hechos, se lo emplea con una intención manipulativa, buscando confundir o desestabilizar emocionalmente al testigo. Esta desviación convierte una herramienta epistémica

en un instrumento de presión, desnaturalizando el propósito del proceso como espacio racional de búsqueda de la verdad (p. 20).

En ese sentido, el presente artículo lo que busca es analizar las herramientas que utilizamos para detectar cuando una declaración no se ajusta a la realidad y evidenciar que dicho resultado va más allá de la dicotomía de verdad-mentira.

## **Metodología**

De forma general, la metodología de la presente investigación es filosófica-jurídica pues se encarga del estudio de la mente humana y los factores que influyen en ella, asumiendo una posición crítica respecto a ello. Se busca analizar el testimonio como un proceso cognitivo en donde el declarante construye su conocimiento sobre un hecho ocurrido en el pasado, lo que implica una reflexión epistemológica a través de las siguientes preguntas: ¿lo que recordamos es verdad? ¿Qué límites tienen nuestra memoria? ¿Qué tan exacto es lo que recuerdo?

En ese sentido, la presente investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, ya que privilegia el análisis interpretativo y crítico de fuentes teóricas y doctrinarias vinculadas al objeto de estudio vinculado al testimonio judicial. Como señala Piza Burgos, Amaquema Márquez y Beltrán Baquerizo (2019), la investigación cualitativa se distingue por su carácter fenomenológico y comprensivo, privilegiando la observación de realidades subjetivas y la exploración de experiencias y representaciones compartidas (p. 457).

El diseño adoptado es epistémico, en tanto parte de una reflexión crítica sobre los fundamentos del conocimiento jurídico y la construcción de verdad en el proceso penal. De acuerdo con Tantaleán Odar (2016), esta orientación permite reconstruir de forma interdisciplinaria los límites y sentidos del conocimiento en el campo jurídico, propiciando un enfoque abierto y revisable de las diversas disciplinas jurídicas (p. 21).

Asimismo, es necesario volver a indicar que, se enmarca dentro de una investigación filosófico-jurídica, por cuanto problematiza críticamente las bases

normativas, sociales y cognitivas sobre las que se sustenta la valoración del testimonio. En palabras del propio Tantaleán Odar (2016), este tipo de estudio articula el análisis teórico-práctico del derecho positivo con su justificación desde una visión de justicia (p. 20).

Como técnica principal se utilizó el análisis documental crítico, aplicado sobre una muestra intencionada de literatura científica y jurisprudencial relevante (jurisprudencia nacional e internacional, doctrina especializada), seleccionada en función de su pertinencia temática que aborda el testimonio desde la psicología, la epistemología y el derecho. El objetivo fue identificar, comparar y cuestionar los enfoques predominantes en torno a la detección del engaño, prestando atención especial a los métodos que se basan en la intuición, las pseudociencias o criterios no verificables.

En suma, esta metodología permitió estructurar un enfoque argumentativo que integra fundamentos filosófico-jurídicos, conocimiento empírico y una perspectiva crítica sobre las prácticas actuales de valoración del testimonio en el proceso penal.

## **El mito del detector humano de mentiras**

¿Alguna vez nos hemos detenido a reflexionar sobre cómo nuestra intuición puede llevarnos a creer firmemente en algo, aun cuando no tengamos pruebas que lo respalden? Es decir, no tenemos ni idea de cómo llegamos a saber “algo” pero estamos convencidos que ese “algo” es cierto. Esto se asemeja a situaciones cotidianas, como cuando una madre reprende a su hijo menor por haber tomado dinero de su cartera, sin contar con ningún tipo de prueba sobre su responsabilidad, pero guiada por una corazonada o una sensación interior de certeza, termina castigando al pequeño.

Algo parecido pasa en el sistema de justicia, por más descabellado que parezca, a veces los fiscales y los jueces suelen actuar guiados por su propia intuición, por más que intentemos dotar de parámetros objetivos o estándares probatorios

para racionalizar las decisiones, sigue siendo un tema subjetivo que dependerá del criterio de cada juez o fiscal al momento de valorar la prueba, sobre todo la personal. Al respecto, Sánchez & Manzanero (2023) indican que la credibilidad del testimonio no es más que una valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo que surge como resultado de un proceso cognitivo teniendo en cuenta las circunstancias del hecho delictivo, las características personales del testigo, el respaldo con la evidencia disponible, y por supuesto, los sesgos y conocimientos que posee el juez al momento de analizar el caso en concreto (p. 7).

La pregunta que deberíamos hacernos es ¿Qué tanto debemos fiarnos de nuestros instintos? ¿podemos detectar las mentiras con tan solo nuestros instintos? Sobre esto, Mazzoni (2010) indica que existirían técnicas, no tan simples, para saber cuándo una persona está mintiendo, por ejemplo, prestar atención al comportamiento del testigo, si actúa de forma dubitativa, si desvía la mirada, si cambia el tono de voz, etc. (p. 136).

Estas creencias están mucho más arraigadas en la práctica forense de lo que comúnmente se piensa. La experiencia comparada así lo demuestra, siendo ilustrativa al respecto la STS 119/2019 de fecha 06 de marzo del 2019, donde la Sala de lo penal del Tribunal Supremo Español ha desarrollado once criterios esenciales para ponderar la credibilidad de la declaración de la víctima en sede judicial. Estos lineamientos no deben entenderse como requisitos aislados, sino como componentes interrelacionados entre sí que, permiten al juzgador o colegiado evaluar si el relato es coherente, verosímil y completo. Entre los aspectos más destacados se encuentran la precisión y claridad en la narración de los hechos, la ausencia de contradicciones relevantes, la estructuración lógica del relato, así como la disposición de la víctima para declarar tanto lo que le resulta favorable como aquello que podría perjudicar su posición. Sin embargo, un elemento especialmente relevante en este desarrollo jurisprudencial es la atención que se otorga a los indicadores gestuales y comportamentales durante

la declaración, tales como el lenguaje no verbal, la expresividad emocional y la actitud expositiva. Es increíble como la sentencia del Tribunal Español reconoce que estos gestos o signos, aunque no constituyen una valoración aislada, pueden reforzar o debilitar la credibilidad de un testimonio. En ese entender, lo que nos quiere decir el Supremo Tribunal Español es que se debe valorar si el testimonio va acompañado de gestos congruentes, si se expresa con convicción y seriedad, y si -desde la percepción del juez- el testigo relata con autenticidad y seguridad.

Al respecto, Sánchez & Manzanero (2023) indican que estos criterios no solo desafían la lógica, sino que son contrarios a las evidencias científicas, pues la seguridad con la que relata un hecho el testigo puede deberse a diversos factores de la personalidad, como lo sería las habilidades sociales, la confianza en sí mismo, la experiencia para declarar, etc. (p. 8). En ese mismo sentido, Mazzoni (2010) refiere que las investigaciones realizadas han demostrado que no es fiable aplicar este método para detectar mentiras:

De ellas se desprende que la gente, no es muy sagaz para entender cuando una persona miente o trata de engañar. Es cierto que, si conocemos bien a la persona que miente, nuestra pareja, por ejemplo, la presencia de comportamientos que manifiestan un cierto embarazo puede representar una especie de indicio. En este caso, la media de reconocimientos correctos oscila en torno al 60%. Señalemos que no se trata de una media elevada, dado que, en los estudios de los que se extraen estos datos, las personas que mienten puede ser identificada “por puro azar” en el 50% de los casos. En otras palabras, que la gente reconoce las mentiras de su pareja sólo el 10% de las veces. Y cuando ya se trata de reconocer la mentira en un extraño, entonces los fallos son estrepitosos. Sólo el 45% de los reconocimientos es correcto, es decir, un 5% menos de lo que sucedería si las personas adivinasen al azar (p. 136).

En la realidad peruana, a pesar de tener un sistema racional, sigue utilizándose la intuición para valorar la prueba, pues sigue quedando a

discrecionalidad del juez el crédito que otorga a la prueba o en su defecto su inhabilitación para el proceso valorativo. Por ejemplo, tenemos el caso recaído en el Exp. N° 002822-2019-90-1401-JR-PE-03 donde el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica siguiendo los criterios del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 termina descartando la declaración de la víctima debido a que a pesar de haber tenido una relación de amistad entre el imputado y la agraviada, si existirían indicios de un interés afectivo no correspondido por parte de esta última, lo que pudo haber influido para que declare en la forma como lo hizo (fundamento 36.1). Por tanto, aunque no se afirma que haya mentido, se advierte que su declaración podría estar condicionada por ese vínculo personal, afectando su objetividad.

Como se aprecia, el Colegiado termina invalidando la declaración de la víctima por no ser creíble, pues detecta un móvil espurio que para la percepción de los jueces penales terminaría condicionando su versión.

Por otro lado, el Colegiado descarta la inexistencia de consentimiento por parte de la agraviada, basando su conclusión en una supuesta contradicción entre la personalidad atribuida a la víctima (tímida), pues no guarda relación con la prenda íntima<sup>2</sup> que utilizó el día de los hechos. A partir de máximas de experiencia, el tribunal sostiene que ese tipo de prenda suele utilizarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo que el Colegiado infiere que la agraviada se habría preparado o mostrado disposición para mantener relaciones sexuales con el acusado (fundamento 35).

Si bien es cierto, dicha sentencia absolutoria fue anulada por el Tribunal Revisor, no es menos cierto que este caso evidencia con claridad como algunos jueces aún se apoyan en juicios de valor personales o en intuiciones no sustentadas empíricamente, reproduciendo sesgos y prejuicios que terminan afectando a los justiciables.

---

2 Trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna.

## **Herramientas para detectar el engaño**

En plena cuarta revolución industrial, podemos afirmar con certeza que hemos ingresado a la era de la digitalización, siendo importante analizar como estos avances científicos influyen tanto en la percepción como en el análisis de la memoria. En el presente acápite desarrollaremos cuatro herramientas más utilizadas en el ámbito de la ciencia forense —o, por qué no decirlo, propias de la ciencia ficción—, ya que parecen extraídas de un mundo ficticio donde sería posible contar con una fórmula infalible para detectar la mentira.

### ***Comportamientos no verbales***

Según Puente-López, Pina & Arce (2023) el comportamiento no verbal se reviere al lenguaje a través de gestos o posturas corporales que permitirá diferenciar si un testigo esta diciendo la verdad o está mintiendo. Algunos expertos sostienen que sus métodos de análisis cuentan con respaldo científico, aunque esta afirmación aún genera debate en la comunidad académica (p. 43).

Algunos autores, como Ángel Anta (2012), utilizan la entrevista cognitiva junto con el comportamiento no verbal para detectar indicios de engaño y veracidad a través de incongruencias entre la comunicación verbal y corporal en tres niveles: i) comportamiento natural, ii) emocional, y, iii) comunicación. Si el resultado de dicha entrevista arroja incongruencias (indicios de engaño) en esos tres niveles entonces sería posible detectar las mentiras (pp. 40-44).

Al respecto, sostengo que sigue siendo intuitivo detectar “indicios de engaño” a través de la percepción del comportamiento humano basándose en la relación entre la comunicación verbal y la corporal (en cualquiera de los tres niveles), pues como se indicaba anteriormente, existe múltiples razones relacionadas con la personalidad del examinado que puedan arrojar falsos indicios. Inclusive, Ángel Anta (2012) indica que, aunque deseemos contar con una herramienta infalible para detectar el engaño de forma objetiva y universal, esto resulta muy difícil debido a la complejidad de la conducta humana. Si en una ciencia considerada

más exacta como la medicina hay márgenes de incertidumbre, es poco realista exigir mayor precisión en el análisis del comportamiento verbal y no verbal para detectar mentiras (p. 46).

Considero que, a la luz de la escasa fiabilidad de dicha técnica, sería imposible pretender introducirla en el proceso penal como una herramienta que coadyuve al juez en la credibilidad del testigo, pues si en la actualidad ya se ha evidenciado que se utiliza la intuición para valorar la prueba, sería aún más subjetiva pretender utilizar el comportamiento no verbal o el análisis verbo-corporal para afirmar que un testigo está mintiendo. En esa línea de ideas, Sánchez & Manzanero (2023) sostienen que recientemente, un grupo de cincuenta y un expertos en psicología forense y del testimonio a nivel mundial, han manifestado que estas técnicas de aparten rigor científico, no están avaladas por la comunidad científica, denunciando que la pseudociencia que utilizan algunos supuestos especialistas para detectar la mentira mediante la comunicación no verbal tiene un margen de error considerable, pues la ciencia ha evidenciado que no es posible detectar la veracidad o engaño del relato a través del lenguaje gestual (p. 9).

Como se observa, emplear esta pseudociencia en un proceso penal podría suponer cometer errores en la mayoría de casos, con repercusiones tan graves como lo sería una condena errónea basada en la intuición del juez para detectar si el testigo/imputado miente o dice la verdad.

### ***Polígrafo***

El polígrafo ha sido popularmente y de manera romántica asociado con la detección de mentiras, especialmente a través de programas televisivos de entretenimiento y farándula. Sin embargo, lo curioso es que esta herramienta no detecta ni mentiras ni verdades, sino que registra cambios fisiológicos en el organismo, tales como la presión arterial, el ritmo cardíaco, la respiración y la conductancia eléctrica de la piel del examinado.

Podríamos explicar el funcionamiento del polígrafo -de forma simplificada- en tres etapas: i) primero, se le explica al entrevistado en qué consiste el test y el tipo de preguntas que se le harán; ii) luego, se registra su actividad fisiológica ante preguntas de control para establecer una línea base; y iii) finalmente, se le realiza una entrevista con preguntas cerradas (de “sí” o “no”) mientras se monitorean nuevamente sus reacciones fisiológicas. Según sus variaciones fisiológicas observadas entre los distintos momentos del test, se puede concluir que el sujeto miente, dice la verdad o que los resultados son inconclusos (Ángel Ante, 2012, p. 39).

Aunque se vea con simpatía al uso del polígrafo para detectar las mentiras, lo cierto es que su uso es de escasa fiabilidad, pues las variaciones fisiológicas pueden deberse a muchos factores. En ese sentido, Zazzali, (2006) sostiene que “el polígrafo tiene en su contra el hecho de que personas entrenadas pueden disimular o controlar expresiones corporales, o que en ciertos psicópatas fríos de ánimo la repercusión emocional de los estímulos es mínima” (p. 130).

En efecto, el principal inconveniente de este tipo de pruebas radica en que no se permite identificar con certeza cuál es la causa de las variaciones fisiológicas que presente el examinado. No podemos saber si dichas alteraciones responden al nerviosismo del examinado, a una reacción emocional provocada por el propio entrevistador, o si realmente son consecuencia de una mentira; por ejemplo, imaginemos que una persona siente atracción por su entrevistador, sin duda el examinado presentaría cambios en su respiración o en su ritmo cardíaco. Del mismo modo, el examinado podría alterarse simplemente por la percepción de que no se le cree, lo que generaría ansiedad y reacciones fisiológicas similares. En ambos escenarios, resulta imposible determinar si las alteraciones obedecen al estrés o a una declaración falsa (Ángel Ante, 2012, p. 39).

Por lo tanto, no es posible asignarles un significado definitivo, y mucho menos cuando se trata de asuntos tan delicados como determinar la credibilidad de un testimonio.

## ***Hipnosis***

La hipnosis es una técnica utilizada por muchas civilizaciones como una técnica terapéutica para lograr reacciones sanadoras en el cuerpo y en la mente. Se trata de una técnica de sugestión que lleva al hipnotizado a altos niveles de relajación, perdiendo la autodeterminación, quedando en merced de lo más profundo de su subconsciente. Este estado de relajación profunda genera una especie de “hiperconcentración” que facilita notablemente el aprendizaje, apoyadas principalmente en el poder de la sugestión (Cabrera Macías & otros, 2013, p. 538).

Sin embargo, esta técnica ha recibido serias críticas en cuanto a la fiabilidad de los recuerdos del hipnotizado, pues son producto de la sugestión, inclusive se han descrito dramáticos casos de implantación de falsos recuerdos (Zazzali, 2006, p. 131). Desde una perspectiva ética, la hipnosis genera controversia debido a que la persona hipnotizada carece de control consciente sobre el contenido de su testimonio.

Por lo tanto, es cuestionable su uso en la práctica forense como una herramienta que pueda ser de utilidad en la valoración de la prueba testimonial debido a sus serias críticas en el campo de la psiquiátrica y psicología. Además, resulta incompatible con las garantías y derechos que ostentan tanto al testigo como al imputado, y es el hecho de que toda persona tiene derecho a declarar libre (por propia voluntad) y espontáneamente.

## ***Neurociencia***

La neurociencia es un campo científico de carácter multidisciplinario que se centra en estudiar el desarrollo, la organización y el desempeño del sistema nervioso. Asimismo, la neurociencia integra diversas áreas del conocimiento, tales como la neuroanatomía, neurofisiología, neuroquímica, neurofarmacología, neurogenética, biología molecular del sistema nervioso, técnicas de neuroimagen y neuropsicología, a efectos de dar una comprensión integral del sistema nervioso

y su relación con el entorno y el cuerpo humano (Almanza Altamirano, 2024, p. 103).

La neurociencia aporta significativamente en el campo de estudio del comportamiento humano, pues nos permite entender de manera más profunda cómo el cerebro y el sistema nervioso afectan nuestras acciones, emociones, decisiones y vivencias. Es por ello que diversos estudios han utilizado estas técnicas neurocientíficas para profundizar en la difícil misión de detectar el engaño.

Aunque tradicionalmente los estudios que utilizan el polígrafo son los más referenciados al momento de hablar de la detección del engaño mediante herramientas de medición neurofisiológica, en la actualidad el electroencefalograma se ha convertido en la técnica más empleada. Supongo que podría deberse a que esta técnica permite analizar tanto el funcionamiento cerebral como los procesos psicológicos implicados en el acto de mentir. En esa línea, la mayoría de investigaciones para detectar el engaño se enfocan principalmente en medir la actividad del cerebro, seguidas por el uso de la respuesta galvánica de la piel, que -según algunos estudios- también puede identificar indicios de engaño en ciertos casos. En estos estudios, las variables dependientes más comúnmente evaluadas incluyen la actividad eléctrica cerebral, los niveles de oxigenación, la concentración de hemoglobina y la actividad cerebral en general (Builes & Gutiérrez de Piñeres, 2018, pp. 77-81).

Por otro lado, tenemos los Potenciales Relacionados con Eventos (ERP), los cuales muestra la actividad del sistema nervioso central relacionado con la forma como procesa la información ante determinados estímulos. El p300, por ejemplo, es uno de los más frecuentemente utilizados en estos estudios y se relaciona con la onda eléctrica producida a los 300 milisegundos después de presentado un estímulo que posee cierto significado para la persona (Builes & Gutiérrez de Piñeres, 2018, p. 77).

Sin embargo, una de las principales debilidades en relación a la fiabilidad de estas técnicas radica en el contexto en el que se realizan estos estudios, los cuales

suelen desarrollarse en entornos controlados de laboratorio. Esto quiere decir que estos estudios no reflejan con precisión las dinámicas complejas de situaciones reales, como las que ocurren en un juicio, donde las emociones, el estrés y las presiones externas pueden influir en las respuestas fisiológicas de una persona.

Al respecto, Sánchez & Manzanero (2023) cuestionan estas técnicas, ya que pueden activarse por razones distintas al reconocimiento real por parte del examinado, por ejemplo, si el examinado conociera el arma real del crimen de algún delito, y se lo presentaran de forma reiterada, junto con otras armas de descarte, el método de la P300 presentaría indicadores de cuando el testigo o culpable reconociera el arma del crimen, sin activarse al momento de observar las demás armas. Sin embargo, el problema radica en los procesos atencionales que presente una persona y el estímulo que representa ante una determinada situación. Me explico con otro ejemplo, si al momento de presentar todas las armas de fuego al examinado, hubiese una que llamase su atención -por cualquier razón- veríamos como la P300 arrojaría indicadores cuando el examinado observa dicha arma, y no necesariamente el arma del crimen (p. 20).

Tampoco se encuentra garantía que estas herramientas puedan diferenciar entre un recuerdo real y uno falso. Por lo tanto, se evidencia la necesidad de ir desarrollando investigaciones más robustas y multidimensionales que permitan afinar los criterios y reducir los márgenes de error en la detección del engaño.

Otro punto importante es como podemos introducir estos métodos científicos en un proceso penal cuando el imputado goza de garantías y derechos procesales que lo protegen de la autoincriminación. ¿Acaso sería posible someter al imputado a algunas de estas técnicas? Este es un punto importante, pues, en el hipotético caso, de que podamos extraer un resultado fiable de dichas técnicas, la prueba sería ilícita por contravenir derechos fundamentales. En ese entender, un antecedente internacional importante es el proyecto de ley en Argentina donde busca modificar el Código Procesal Penal Federal y la Ley 24.660 para incorporar los neuroderechos en el ámbito judicial, esta reforma introduce cambios en el

Código Procesal Federal, permitiendo el uso de técnicas de imagen cerebral como medio de prueba, siempre y cuando, haya sido aprobada por el juez competente y se cuente con el consentimiento explícito del imputado. Asimismo, este proyecto de ley resalta la importancia de respetar los derechos y garantías constitucionales de las partes procesales, evitando vulneraciones a la integridad mental y la privacidad.

Al respecto, creo que las pruebas neurocientíficas pueden ser herramientas complementarias para analizar la fiabilidad del testimonio, pero no pueden servir como un detector de verdades o mentiras, y mucho menos, se pueden convertir en criterios absolutos para la atribución de responsabilidad, ya sea civiles, administrativas, penales, laborales, etc. Aún es una ciencia, sin protocolizar en el campo judicial, por lo tanto, se debe estudiar con más profundidad.

## **La psicología del testimonio como una técnica para detectar el engaño**

Antes de empezar a desarrollar el presente acápite debo indicar que no creo que la psicología del testimonio sea una respuesta en el problema para detectar el engaño, pues en la actualidad, aun con tantas maquinas sofisticadas en el mundo, sigue siendo un sueño pensar que podemos fiarnos de alguna técnica o método que pueda ilusionar al mundo para detectar mentiras. En primer lugar, porque la ciencia no es exacta, a pesar de su innegable aporte a las investigaciones forenses, no está conformada por enunciados seguros y definitivos (Vargas Meléndez, 2021, p. 311). Lo que puede hacer la ciencia, como la psicología del testimonio, es analizar tanto el testimonio como al testigo para determinar si existen factores que puedan haber alterado su memoria.

En efecto, toda mentira implica siempre un engaño, pero ¿un engaño implica siempre una mentira? La respuesta es no necesariamente, porque no es lo mismo «decir la verdad con no mentir» que «no decir la verdad con mentir» (Reyes Ruiz, G. & García Vargas, M., 2017, p. 216). Les explico esto con un ejemplo, en una

avenida muy transitable en plena hora pico, Juan intenta abordar un taxi para lo cual hace el gesto de levantar la mano (con la intención de parar algún taxi); en ese momento, al otro lado de la avenida, se encuentra Luis —amigo de Juan—, quien al verlo levantar la mano en su dirección asume que lo está saludando, por lo que Luis inmediatamente levanta la mano con la intención de devolverle el saludo y decirle que lo espere para tomar un taxi juntos, sin embargo en dicho momento aparece un heladero con una música en particular que capta la atención de Luis. Después de algunos minutos, Luis vuelve a centrarse en Juan, quien ya se había ido.

En ese ejemplo, si le preguntamos a Luis sobre la actitud de Juan, seguramente nos dirá que es un maleducado por no haberlo esperado, pero lo cierto es que Juan ni siquiera se había percatado de él. Al respecto, ¿podemos afirmar que Luis está mintiendo? Es obvio que no, porque está respondiendo conforme a lo que él creyó ver. Ahora, si nos preguntamos si Luis está siendo sincero con lo que acaba de responder, pues la respuesta es afirmativa debido a que Luis si cree que Juan decidió deliberadamente marcharse.

Ahora, ¿creen que, si a Luis se le sometiera a alguna de las técnicas antes examinadas, podría detectar que se trata de alguna mentira -en el hipotético caso que eso fuera posible-? Pues obviamente que no, debido a que Luis está siendo sincero, a pesar de que los hechos no sucedieron conforme a lo que él manifiesta. Es aquí, donde entra la psicología del testimonio, pues su objeto de estudio es el recuerdo y los múltiples factores que pudieran intervenir en el proceso cognitivo, tales como el grado de atención, la duración del evento delictivo, la presencia de violencia en el hecho, entre otros (García Márquez, 2021, p. 38).

Resulta realmente necesario dedicar un pequeño espacio para analizar la mentira, tal vez, incluso su concepto e historia, sin embargo, por motivos metodológicos solo puedo dedicarle unas pequeñas líneas.

La relación de la mentira y el testimonio, están entrelazadas, ya que el comportamiento humano tiende, por defecto, a inclinarse hacia el engaño;

irónico, ¿no? Desde los tiempos de la cristianización hasta las civilizaciones más avanzadas se ha catalogado a la mentira u el engaño como uno de los pecados capitales en el mundo, tal vez por ello es que las personas nos hemos obsesionado tanto en saber cuándo alguien nos está mintiendo. Efectivamente, tanto la mentira como la verdad son dos conceptos muy complejos, no solo para la filosofía, sino también para la jurisprudencia. En el proceso, se suele juramentar al testigo y exhortarle que debe decir la verdad y nada más que la verdad, ya que la facilidad con la que una persona puede mentirse a sí misma y a los demás ha despertado el interés de numerosos estudiosos sobre como detectar el engaño, quienes han escrito extensamente al respecto y, con seguridad, continuarán haciéndolo (Mazzoni, 2019, p. 35).

Sin embargo, no todos los casos se reducen a la simpleza de verdadero y falso. Puede que el testigo termine declarando de forma incorrecta u errónea producto de causas externas a su decisión. En ese mismo sentido, Mazzoni (2010) indica que el testigo puede codificar la información que percibe a través de sus sentidos del mundo real, pero esa información no entra a formar parte del sistema cognitivo de la misma forma y con los mismos detalles con que se da en la realidad (p. 49). En efecto, la información que canalizamos a través de nuestros sentidos no siempre va ser la misma que se materializa en el mundo real, pues la percepción que tenemos del mundo siempre va estar sujeta a interpretación conforme a nuestras creencias, juicios, estereotipos o sesgos; a esto debemos sumarle los factores externos que puedan afectar nuestra percepción de la realidad.

Esa información se transforma y modifica desde el primer momento, es decir, el contenido de la memoria difiere de la realidad. En la memoria de corto plazo, por ejemplo, es útil para conservar la información, pero solo durante un breve tiempo, pues su capacidad de conservar la información es muy limitada. Existen investigaciones que demuestran que la cantidad de material que puede ser retenido es solo temporal (Mazzoni, 2010, p. 49).

Es así, que el juez no puede dejarse llevar o influir por criterios subjetivos o experiencia personal, lo que debería importarle al juez al momento de valorar el testimonio es la relevancia de dicha información ponderándolas con la sana crítica, la imparcialidad u objetividad del testigo, la capacidad de poder contextualizar los hechos, la fuente de su conocimiento, la coherencia y solides de su relato; junto con los demás hechos y pruebas disponibles al momento de realizar la valoración judicial. En sentido contrario, el juez debe prestar aun más atención a los indicios que presente el testigo que puedan afectar su credibilidad, como lo sería las contradicciones de su relato, no identifica las fuentes de información -sobre todo en caso de testigos de referencias o indirectos-, posibles móviles espurios, brinda información impertinente para esclarecer los hechos; pero, sobre todo, entra en contradicción con otros medios de prueba (González Coulon, 2021, p. 227).

Dadas las limitaciones de la memoria, propias de la capacidad limitada del ser humano, y a los procesos atencionales, únicamente un especialista en memoria de testigos y análisis de credibilidad está en las condiciones adecuadas para evaluar si, en el caso en cuestión, resulta más o menos riesgoso confiar en el recuerdo de dicha persona. En todo caso, se debe priorizar la búsqueda de evidencias externas que sirvan como respaldo. Por lo tanto, incorporar información contextual en la valoración judicial contribuye a mejorar la precisión en la toma de decisiones y a reducir los márgenes de error. Estas pruebas adicionales, que servirían para la corroboración objetiva, pueden ser evidencia física, como huellas, muestras de sangres y otros datos que puedan verificarse a la luz del conocimiento científicos y las leyes naturales, así como declaraciones de testigos de referencia (Sánchez & Manzanero, 2023, p. 21). Por lo tanto, se puede concluir que la psicología del testimonio no es una herramienta para detectar el engaño, sino que sirve para analizar los recuerdos del testigo y su capacidad para recordar, pues dicho proceso cognitivo no es reproductivo, sino reconstructivo.

## **Discusión**

Haciendo una recopilación, inicie el presente artículo indicando que el análisis del testimonio va más allá de la dicotomía verdad-mentira, pues pareciera que el objetivo al momento de analizar la prueba testimonial es determinar si su contenido es veraz. No intento disminuir la importancia de encontrar la verdad de los hechos, pero siendo realistas, distinguir entre la verdad y mentira sigue siendo un trabajo casi imposible para el conocimiento humano, al menos no sin una suficiente evidencia que pueda corroborar la versión de un testigo. Pensar que pudiera existir algún método, técnica, aparato o herramienta -científica o no- que pueda detectar las mentiras, es aún propio de la ciencia ficción, pues se ha demostrado que las principales técnicas para detectar el engaño carecen de fiabilidad, inclusive, de rigurosidad científica.

Considero que la importancia al momento de analizar el testimonio radica en verificar si dicho testimonio no ha sido afectado por factores internos o externos que puedan modificar la percepción de la realidad. En consecuencia, determinar qué tan fiable es formar un criterio en base al recuerdo de dicho testigo. Asimismo, debemos de entender que un testimonio puede ser incorrecto o no corresponder con la realidad, debido a que el testigo -por algún motivo- deliberadamente ha decidido mentirnos, o ya sea porque el testimonio es producto de algún error en la percepción. Veamos esto con un ejemplo:

Park Joon-ho, ciudadano de Corea del Sur, es un empresario que se dedica a la venta de repuestos de auto, quien en el año 2002 inició una relación comercial con Rolando, ciudadano peruano, quien decidió establecer en el 2002 una empresa denominada “Autopartes SAC” en Lima, producto de la buena demanda del mercado que había en ese momento. En el año 2023, a Rolando le empiezan a investigar por el delito de lavado de activos desde el periodo del 2002 hasta el 2006 debido a que presentaba un desbalance patrimonial considerable. En ese sentido, Park Joon-ho es citado a declarar para que explique desde cuándo empezó a trabajar con Rolando a efectos de

poder justificar su fuente de ingreso económico. Sin embargo, Park Joon-ho en plena declaración indica que su relación comercial empezó en el 2001.

En el ejemplo citado podemos tener dos alternativas para justificar porque Park Joon-ho indico que su relación comercial con Rolando empezó en el 2001, cuando en realidad había iniciado en el 2002; la primera, que Park Joon-Ho haya decido mentir deliberadamente para apoyar a Rolando en justificar su actividad económica un año antes del periodo de investigación; la segunda, que Park Joon-Ho tenga una mala memoria o una memoria corta y se haya confundido en las fechas.

Como sea, el testimonio de Park Joon-Ho no se ajusta con la verdad. Ahora, imaginemos que a Park Joon-Ho se le someta a cualquiera de las técnicas examinadas en el presente artículo ¿podría detectarse si la declaración es mentira?, pongamos las cosas más difíciles, imagínense que el Juez, quien es el encargado de valorar la credibilidad del testigo, no tiene ni idea de cuando es la fecha real de cuando se inició la relación comercial entre el testigo y el imputado, ¿acaso el juez debería fiarse del resultado de estas técnicas? No creo que eso sea una alternativa, pues los estudios del polígrafo han demostrado que las variaciones fisiológicas pueden deberse a muchos factores (Zazzali, 2006; Ángel Antes, 2012); el análisis del comportamiento no verbal es un método no avalado por la comunidad científica (Puente-López, Pina & Arce, 2023; Sánchez & Manzanero, 2023); la hipnosis es una técnica que ha recibido serias criticas debido a su método de sugestión (Zazzali, 2006; Cabrera Macías & otros, 2013); por último, las técnicas neurocientíficas no ofrecen garantías absolutas para el reconocimiento preciso de la evidencia o los hechos, debido a sus falsos positivos (Sánchez & Manzanero, 2023; Vargas Meléndez, 2021).

Entonces, ¿el juez debería resolver esta situación en base a su intuición? Tampoco creo que eso sea una opción. En este dilema, ¿sería la psicología del testimonio una respuesta? Considero que, si tomamos a la psicología del

testimonio como único criterio para valorar la credibilidad de una declaración sería un error, pues los resultados de dicha evaluación únicamente indican que tan probable es que el testigo esté recordando el hecho sin la influencia de factores internos o externos que puedan distorsionar su percepción de la realidad. Para obtener un resultado más acertado, se tendría que contar con evidencia externa que pueda justificar el razonamiento probatorio del juez. En el ejemplo anterior, si echamos mano a las pruebas disponibles, se podría encontrar boletas de venta que puedan delimitar el marco temporal de la relación comercial entre el testigo y el imputado, o, inclusive verificar la fecha de inicio de actividades económicas de la persona jurídica Autopartes SAC.

La respuesta más acertada para encaminarnos a la dichosa búsqueda de la verdad es apoyarnos de la ciencia junto con las evidencias empíricas que puedan coadyuvar en el proceso racional del juez para tomar una decisión en relación a la credibilidad del testimonio. En ese entender, considero que si el Art. 158 inc. 1 del Código Procesal Penal te permite valorar la prueba con criterios de lógica, de ciencia y de las máximas de la experiencia, sin duda deberíamos preferir la ciencia junto con el razonamiento lógico. No quiero dar a entender que descartemos, a priori, las máximas de la experiencia, pues eso sería una tarea imposible ya que las utilizamos constantemente en nuestros razonamientos cotidianos. El problema, si es que nos avocamos un poco en su análisis, es que las máximas de la experiencia en algunos casos no están bien justificadas.

Es por ello que resulta importante que el juez se base en criterios objetivos y verificables. Si en algo le tengo que dar la razón al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 es que avalo la corroboración objetiva como uno de los requisitos de certeza del testimonio; ahora, si utilizamos esta corroboración con los criterios científicos debidamente aplicados por un profesional, entonces reduciremos los márgenes de error que existirían al momento de determinar la responsabilidad de una persona, sobre todo, cuando se basa en declaraciones de testigos o de un único testimonio.

Cabe señalar que, inicialmente, las directrices establecidas en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 estaban orientadas a situaciones en las que existía un único testigo de los hechos (según el fundamento 10 del citado acuerdo). No obstante, la evolución jurisprudencial ha ampliado su alcance. Así, la propia Corte Suprema, en la Casación N° 1475-2022/Selva Central, ha precisado que las pautas metodológicas del Acuerdo Plenario no deben restringirse a casos con escasa prueba, sino aplicarse siempre que la víctima rinda su declaración, a fin de valorar su credibilidad y contribuir a la formación de la convicción judicial (fundamento 4.7).

En el proceso penal, especialmente en los delitos sexuales, la valoración de las declaraciones —en particular, las de las víctimas— se debe hacer la distinción entre credibilidad y fiabilidad, pues resulta esencial para evitar decisiones judiciales fundadas exclusivamente en percepciones subjetivas del juzgador. En palabras de Gonzales Coulon (2019) “el testigo podría ser un mentiroso, pero lo que le debiese importar al proceso, epistémicamente hablando, es saber si los hechos son verdaderos o falsos, y no si el testigo es sincero o no” (p. 801).

En efecto, es indispensable diferenciar entre la fuente de la información (credibilidad) y el contenido de la misma (fiabilidad). Por un lado, la fiabilidad se configura como el eje central del estándar probatorio en el proceso penal. Mientras la credibilidad apela a la percepción o intuición del juez, la fiabilidad exige verificación racional basada en evidencia empírica. Esta precisión conceptual está recogida —aunque no siempre bien aplicada— en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, el cual establece que las declaraciones de víctimas, testigos únicos o coimputados solo pueden ser valoradas como prueba de cargo si están respaldadas por elementos periféricos objetivos. Es decir, la validez de una declaración no se define por la sinceridad aparente del declarante, sino por su capacidad de insertarse coherentemente en el conjunto probatorio del caso.

Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, en su primer presupuesto de garantía de certeza, indica que es importante analizar las

posibles sentimientos negativos o intereses particulares de la víctima respecto al imputado que puedan incidir en la parcialidad de la declaración, que por ende puedan generar dudas en su credibilidad. Con esto, podemos entender que para las Salas Penales Transitorias y Permanentes sigue siendo de su interés examinar la credibilidad del testigo, así como la verosimilitud de su relato.

Asimismo, es relevante señalar que la jurisprudencia ha establecido que los posibles móviles espurios no pueden presumirse ni deducirse automáticamente, sino que deben ser acreditados mediante la actividad probatoria. Esta posición ha sido sostenida por la Corte Suprema en la R.N. N° 139-2019-Lima Sur en su fundamento 19.

En una justicia guiada por la razón, no basta con una declaración persuasiva; se requiere un relato consistente con los hechos y respaldado por medios de prueba. Esta distinción permite estructurar una valoración probatoria fundada no en intuiciones, sino en evidencia contrastable (corroboración periférica). Sin embargo, advierto un reciente cambio en la línea jurisprudencial en relación a la concepción correspondentista de la verdad.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en su Casación N° 332-2020, Arequipa indica que la prueba periférica no busca confirmar directamente el acto sexual, sino más bien verificar los aspectos contextuales que fortalecen la credibilidad de la imputación. Por tanto, estos elementos deben ser valorados desde esa óptica, exigiéndose un análisis no solo aislado, sino principalmente conjunto, conforme a lo establecido en el artículo 393.2 del Código Procesal Penal, y considerando la consistencia, coherencia y verosimilitud del testimonio de la agraviada (fundamento 1.7).

En esa misma línea, la Corte Suprema en su Recurso de Casación N° 1125-2022, Cusco indica que las declaraciones que requieren corroboración son aquellas provenientes de testigos de referencia, testigos impropios, coimputados, colaboradores eficaces, arrepentidos o testigos protegidos. A diferencia de estos casos, la víctima de un delito constituye una fuente de prueba directa, ya sea

por haber experimentado corporalmente el hecho o por haberlo presenciado en primera persona. En tal sentido, su testimonio no está sujeto a las mismas exigencias de corroboración, y si supera el test de logicidad (coherencia, veracidad y relevancia), tiene suficiente valor probatorio para sustentar una condena, siempre que no exista evidencia que desvirtúe su relato (fundamento 6 y 7).

Cabe señalar que la jurisprudencia española también respalda, en cierta medida, este criterio, como se aprecia en la STS 4307/1996 de fecha 12 de julio de 1996, cuando indica que “el hecho de que, en ocasiones, el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho” (fundamento primero).

Según esta visión, una afirmación es verdadera si se presenta como internamente coherente dentro de su propio relato. Así, si el testimonio de una víctima es lógicamente estructurado, libre de móviles espurios y persistente, se presume su veracidad. No obstante, esta lógica resulta inadecuada para el proceso penal, donde no basta con que una historia “suene bien”, sino que debe corresponderse con los hechos reales.

Al respecto, esta posición se puede explicar mejor en las corrientes epistémicas respecto a la justificación del testimonio: el presuntivismo y el no presuntivismo. El primero, asociado a Thomas Reid, sostiene que, en ausencia de razones para dudar, se debe asumir la veracidad del testimonio, partiendo de la premisa de que las personas, por naturaleza, tienden a decir la verdad y confiar en los demás. Bajo esta perspectiva, el testimonio goza de una presunción de veracidad, salvo que existan elementos que lo desvirtúen. En contraste, el no presuntivismo, influenciado por David Hume, afirma que no basta la ausencia de dudas para creer en un testimonio; es necesario contar con razones positivas y corroboración empírica que lo respalde. Así, desde esta postura, un testimonio no puede ser considerado fiable por defecto, sino que requiere contrastación con otras fuentes de evidencia para ser epistémicamente válido (García Márquez, J., 2021, p. 126).

En un sistema racionalista como el nuestro, lo ideal sería adoptar un enfoque de no presuntivismo respecto al testimonio. Sin embargo, con los recientes criterios jurisprudenciales se advierte la aceptación del presuntivismo, partiendo de la convicción inicial del juzgador.

## **Conclusiones**

El valor del testimonio no debe ser analizada a partir de la intuición del juez ni de métodos subjetivos, sino que debe construirse en base en criterios objetivos que pueda ser contrastables con evidencia empírica y el conocimiento científico.

El recuerdo es un proceso cognitivo no es reproductivo, sino reconstructivo sujeto a errores producto de factores internos y externos que puedan influir en la percepción de la realidad. En ese sentido, la psicología del testimonio no puede identificar mentiras, sino que analiza dichos factores para evaluar la fiabilidad del testigo.

No existe ningún método científico o técnica que pueda determinar que un testimonio es falso o verdadero y no deben ser usadas como medios determinantes para valorar la credibilidad del testimonio dentro de un proceso.

Las técnicas de litigación oral son herramientas útiles para obtener información del testigo y poder brindarle información al juez a través de ella, sin embargo, se debe tener cuidado en su aplicación cuando se distorsiona su uso bajo el fundamento equivocado de que nos encontramos en un sistema adversarial puro, pues nuestra tradición jurídica es euro-continental, por ende, es un sistema racional de la prueba.

## **Bibliografía**

- Almanza Altamirano, F. (2024). *Culpabilidad y neurociencias*. Lima: San Bernardo.
- Ángel Ante, J. (2012). Detección del engaño, polígrafo vs. análisis verbo-corporal. *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, 19, 36-46.

- Builes, J, & Gutiérrez de Piñeres, C. (2018). Instrumentos, medidas, procedimientos y procedencia de los estudios producidos para la detección del engaño a través de medidas psicofisiológicas. *Revista Criminalidad*, 60(2), 75-88. Recuperado de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S179431082018000200075&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S179431082018000200075&lng=en&tlng=es)
- Cabrera Macías, Y., López González, E., Ramos Rangel, Y., González Brito, M., Valladares González, A., & López Angulo, L. (2013). La hipnosis: una técnica al servicio de la Psicología. *MediSur*, 11(5), 534-541. Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727897X2013000500008&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727897X2013000500008&lng=es&tlng=es)
- Elías Puelles, R. (2021). Incredibilidad subjetiva, persistencia y verosimilitud del testimonio en juicio (trabajo final de master). Universidad de Girona, España.
- García Márquez, J. (2021). El análisis del testimonio desde una concepción racional de la prueba. *México: Revista Mexicana de Ciencias Penales*.
- García Márquez, J. (2021). La valoración del testimonio desde una postura racionalista de la prueba. *Revista de la escuela federal de formación judicial* (51), pp. 129-134.
- Gonzales Coulon, M. (2019). Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. *Revista Chilena de Derecho*, 46 (3), pp. 791 – 819.
- González Coulon, M. (2021). *El Testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. [Tesis para optar el grado de doctor, Universidad Autónoma de Barcelona]. Barcelona: Bosch Editor.
- Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, Exp. N.º 002822-2019-90-1401-JR-PE-03, 08 de octubre del 2020.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del Testimonio*. Madrid: Editorial Trotta.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo?* Madrid: Editorial Trotta.
- Piza Burgos, N., Amaiquema Márquez, F., & Beltrán Baquerizo, G. (2019). Métodos y técnicas en la investigación cualitativa. Algunas precisiones necesarias. *Conrado*, 15(70), 455-459. Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S199086442019000500455&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S199086442019000500455&lng=es&tlng=es)
- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ 116, 30 de septiembre del 2005.
- Puente-López, E., Pina, D., & Arce, R. (2023). Malentendidos e ideas erróneas en la aplicación del comportamiento no verbal en el contexto jurídico-forense español. *Acción Psicológica*, 20(2), 43–70. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/ap.20.2.39334>
- Reyes Ruiz, G. & García Vargas, M. (2017). Federico Di Trocchio, Las mentiras de la ciencia. *Perfiles educativos*, 39(156),

- 216-221. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S018526982017000200216&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S018526982017000200216&lng=es&tlng=es)
- Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, STS 4307/1996, 12 de julio de 1996.
- Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, STS 119/2019, 06 de marzo del 2019.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 1475 2022/Selva Central, 24 de mayo del 2024.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 332-2020, Arequipa, 11 de abril del 2022.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 1125-22022, Cusco, 07 de febrero del 2025.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.º 139-2019-Lima Sur, 03 de diciembre del 2019.
- Sánchez, N., y Manzanero, A. (2023). El engaño en contextos judiciales. *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, 1, 5-22. Recuperado de: <https://www.doi.org/10.37417/rivitsproc/1518>
- Tantaleán Odar, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 43, 1-37.
- Vargas Meléndez, R. (2021). *Los delitos sexuales y cuestiones probatorias*. Lima: Instituto Pacífico.
- Zazzali, J. (2006). *La pericia psiquiátrica*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.



## **Las condiciones individuales como elemento de la culpabilidad: Un análisis crítico de los supuestos de inimputabilidad en el Código Penal peruano**

### ***Individual conditions as an element of culpability: A critical analysis of the assumptions of non-imputability in the Peruvian Penal Code***

Noelia Jackelin Anaya Laime<sup>1</sup>

#### **Resumen**

El artículo aborda en forma crítica los supuestos de inimputabilidad previstos en el Código Penal Peruano, y evidencia que el tratamiento de la culpabilidad desde una perspectiva exclusivamente jurídica resulta hoy insuficiente. Para ese fin, primero, se hace un breve recuento sobre la culpabilidad, como categoría que engloba a la inimputabilidad. Luego, se analiza cada supuesto de este último: la minoría de edad (con la excepción prevista en la ley N°32330), la «anomalía psíquica», y la grave alteración de la conciencia; y en cada uno se plantea una delimitación en base a la doctrina, considerando los aportes que brindan las

1 Doctoranda en Derecho en la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Magister en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres, Abogada por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Se desempeña como Fiscal Adjunta Provincial adscrita a la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial Especializada en Derechos Humanos e Interculturalidad del Distrito Fiscal de Ayacucho; y ha sido defensora pública penal en la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Ayacucho. Correo electrónico de contacto: noelia.anaya.laime@gmail.com. ORCID:0009-0002-8081-8277

neurociencias y la psiquiatría; y se verifica que algunas iniciativas legislativas, así como los estragos del sistema inquisitivo, vienen generando la impresión errónea de que la inimputabilidad es un espacio de impunidad. Por ello, se plantea la necesidad de respetar con firmeza la inculpabilidad de los menores de edad, replantear los alcances de la «anomalía psíquica», y desarrollar con mayor rigor la grave alteración de conciencia.

**Palabras clave:** Teoría del delito, culpabilidad, inimputabilidad, anomalía psíquica, grave alteración de conciencia, minoría de edad, ley N°32330.

## **Abstract**

This article critically addresses the assumptions for non-imputability established in the Peruvian Penal Code and demonstrates that the treatment of culpability from a strictly legal perspective is currently insufficient. For that purpose, it first briefly reviews culpability as a category that encompasses non-imputability. It then analyzes each ground for non-imputability: minority (with the exception established in Law N° 32330), «mental abnormality», and serious alteration of consciousness. For each, a delimitation is proposed based on doctrine, considering the contributions of neuroscience and psychiatry. It also verifies that some legislative initiatives, as well as the ravages of the inquisitorial system, have generated the erroneous impression that non-imputability is a space of impunity. Therefore, there is a need to firmly respect the unculpability of minors, reconsider the scope of «mental abnormality», and more rigorously address the serious disturbance of consciousness.

**Key words:** Theory of crime, culpability, non-imputability.

## **Metodología**

La presente investigación emplea una metodología jurídico-dogmática de tipo cualitativo y analítico, centrada en el estudio sistemático de normas del Código Penal peruano, doctrina penal contemporánea y jurisprudencia nacional.

## **I.- Introducción**

La culpabilidad, dentro de la teoría del delito, ha convocado especial interés de la doctrina, con una elevada capacidad discursiva y de abstracción, que ha tornado compleja su definición y materialización, entendida esta última como la forma en que concurre en los casos penales.

En efecto, si bien se reconoce que la culpabilidad, incluida la imputabilidad, es indispensable para imponer una pena en el sistema penal; es el caso que, por la errónea o distorsionada comprensión de esta categoría, en la realidad se pretende reducirla a un mero discurso que supuestamente genera impunidad.

Así se explica el porqué persisten proyectos de ley que pretenden reducir la edad para que adolescentes asuman responsabilidad en el sistema penal ordinario, así como existe la falsa concepción de que las anomalías psíquicas o la grave alteración de conciencia son artilugios que la defensa de los imputados presenta; aspectos sobre los que es necesario reflexionar desde la doctrina, la normatividad vigente, la jurisprudencia, así como desde la real situación fáctica.

## **II.- Una aproximación a la culpabilidad**

### ***II.1. Culpabilidad como principio y como categoría sistemática***

Primero es necesario distinguir entre el principio de culpabilidad y la categoría sistemática de la culpabilidad, en tanto que la inimputabilidad se halla en esta última, a la cual nos avocamos en el presente artículo.

En efecto, el primero (principio de culpabilidad) involucra garantías diversas tales como la presunción de inocencia, el principio de responsabilidad por el hecho propio y la exigencia de dolo o culpa; mientras que el segundo (categoría de la culpabilidad) es un concepto dentro de la teoría del delito (Silva, 2025, p. 1680), cuya concurrencia legitima la intervención del Derecho penal al contener los criterios que permiten o impiden declarar a una persona culpable, por lo que

es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al ser humano por la acción típica y antijurídica que ha cometido, mediante una pena estatal.

Así, al igual que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* constituyó un pilar fundamental en la transición del absolutismo a un sistema de legalidad penal, el aforismo *nulla poena sine culpa* consolida la evolución del derecho penal hacia la afirmación plena de la dignidad humana como límite infranqueable del *ius puniendi*.

## **II.2. Evolución histórica**

Desde una perspectiva histórico-conceptual, el antecedente esencial de la noción contemporánea de culpabilidad puede hallarse en la voz latina «culpa», cuyo significado ha perdurado tanto en el lenguaje jurídico como en el uso ordinario —por ejemplo, en expresiones como «tú tienes la culpa» o «la culpa es tuya»—. Esta noción hunde sus raíces en la tradición cultural grecolatina y cristiana, y ha sido recogida y reelaborada en la dogmática jurídica a través del pensamiento iusnaturalista, articulado por el Derecho romano-canónico y consolidado sistemáticamente por la escolástica (Silva, 2025, p. 1700). En dicho contexto, la culpa adquiriría un fuerte contenido ético-religioso: no era solo infracción de una norma jurídica, sino también transgresión de un orden moral divino, estableciéndose una conexión directa entre acto, conciencia y sanción.

Con el advenimiento del pensamiento moderno, particularmente entre los siglos XVI y XVII, se produjo una ruptura epistemológica significativa. Los autores iusracionalistas protestantes —en contraste con la escolástica católica— comenzaron a concebir el Derecho estatal como un orden normativo autónomo y secular, cuya validez ya no dependía de la culpa moral del sujeto, sino de su eficacia externa y coactiva. Este cambio de paradigma supuso un desplazamiento del fundamento teológico hacia un modelo inmanentista, racional y normativo. Así, se abrió posibilidad de una visión del Derecho desvinculada de la moral, facilitando la posterior afirmación de los principios liberales que rigen el Derecho

penal moderno: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*).

En este proceso de secularización normativa se consolida la categoría de imputatio, central en el racionalismo jurídico de los siglos XVII y XVIII. A diferencia de la culpa clásica, entendida como una relación interna entre el autor y su conducta, la imputatio se define como un juicio externo, emitido por una instancia tercera —el juez penal, en representación del Estado— respecto de la atribución de responsabilidad por un hecho punible. Bajo esta óptica, el sujeto ya no es evaluado por su conciencia moral, sino en función de criterios normativos objetivos, sin necesidad de vinculación con valoraciones subjetivas. Esta transformación resulta clave para comprender la evolución de la categoría de culpabilidad como límite estructural del *ius puniendi* en el Estado constitucional.

En efecto, mientras que en modelos premodernos la culpabilidad se asociaba con el pecado o la transgresión ética, en el Estado de Derecho contemporáneo esta se concibe como un juicio normativo que permite atribuir a un sujeto —capaz de comprender y autodeterminarse conforme a Derecho— la responsabilidad por una conducta típica y antijurídica.

No obstante, a pesar de ese cambio de perspectiva, la categoría de la culpabilidad no siempre estuvo delimitada con claridad, en tanto que hubo una tendencia a confundir esta categoría con la antijuridicidad. Esta confusión comenzó a disiparse gracias al aporte de Rudolf von Ihering, quien planteó que una conducta puede ser antijurídica incluso si no es culpable (García, 2012, p. 620), lo cual fue fundamental para un derecho penal liberal, lo cual se desprende de su trabajo titulado «El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano» que data de 1867, de cuyos fundamentos se advierte el reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad (Roxin, 1997, p. 196).

Aunque originariamente concebida para el Derecho civil, esta concepción fue trasladada al ámbito penal por el sistema clásico de Liszt y Beling, que estructuró el delito como un acto típicamente antijurídico y culpable. De este modo, la

tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se consolidan como elementos indispensables del delito, cuya ausencia invalida la posibilidad de imponer una sanción penal. Así, por primera vez, la culpabilidad adquiere estatus de categoría sistemática en el Derecho penal, abordada mediante herramientas metodológicas propias de las ciencias empíricas.

A partir de esta diferenciación conceptual, se desarrollaron diversas teorías dogmáticas sobre la culpabilidad. Entre las más destacadas figuran: la teoría psicológica (Von Liszt y Beling), la teoría normativa (Frank, Goldschmidt y Mezger), el finalismo estricto (Welzel), la teoría funcionalista (Jakobs y Roxin), la teoría de la vulnerabilidad (Zaffaroni) y la teoría del sujeto responsable (Bustos).

En el desarrollo contemporáneo de la teoría del delito, la concepción normativa ha alcanzado un grado importante de consolidación. Según Luzón (2012, p. 5), esta es la perspectiva doctrinal más aceptada en el Derecho penal moderno. El finalismo, particularmente desde la influencia de Hans Welzel, introduce una reformulación profunda de la estructura del delito, concibiendo la culpabilidad como una categoría integrada por tres elementos esenciales: la imputabilidad, el conocimiento potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme al ordenamiento jurídico (García, 2012, p. 633).

Este modelo responde a un giro metodológico característico del finalismo, que marca el paso del subjetivismo al objetivismo. En dicha corriente, las categorías penales deben fundarse en estructuras lógicas-objetivas, compuestas por elementos ontológicos y axiológicos que trascienden las decisiones legislativas contingentes. Según Welzel, estas estructuras representan verdades normativas preexistentes al legislador, que permiten fundamentar, validar o criticar sus disposiciones. Sin embargo, esta orientación objetiva no excluye el análisis psicológico de la conducta: el finalismo reconoce que todo juicio penal implica necesariamente una dimensión subjetiva, pues la acción humana no puede evaluarse sin considerar sus motivaciones y su comprensión consciente. En consecuencia, el componente

psicológico permanece como un elemento inherente a la culpabilidad, aunque sea interpretado desde una clave normativa.

En este contexto, puede afirmarse que los múltiples esfuerzos por redefinir o ampliar los contenidos dogmáticos de la culpabilidad —así como por replantear la teoría de la pena— responden a una necesidad fundamental: fijar los límites legítimos de la intervención penal del Estado. Este proceso obedece a la exigencia de delimitar, con criterios racionales y jurídicamente fundados, el alcance del poder punitivo frente a los derechos fundamentales de la persona.

No obstante, pese a la importancia teórica de estas elaboraciones doctrinales, la jurisprudencia peruana aún presenta una aplicación limitada y deficiente de la noción de culpabilidad. En la práctica judicial, las sentencias frecuentemente se limitan a afirmaciones genéricas y fórmulas rituales, sin un desarrollo analítico que permita comprender la verdadera función de esta categoría como garantía de dignidad y libertad individual. Este déficit interpretativo no solo empobrece la calidad del razonamiento jurídico, sino que también debilita la legitimidad constitucional del sistema penal, en la medida en que invisibiliza uno de los fundamentos esenciales que justifican la imposición de la pena en un Estado democrático de Derecho.

### ***II.3. Concepto***

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, en materia penal la culpabilidad es el último gran elemento o requisito del delito como presupuesto de la pena que permite la atribución personal del hecho al sujeto activo, autor o partícipe, del mismo; y además señala (RAE, 2023):

«es plenamente defendible el entendimiento de la culpabilidad como posibilidad de reproche jurídico-penal subjetivo por su hecho típicamente prohibido y desvalorando de modo general al individuo que decide y actúa con libertad, con imputabilidad o circunstancias de normalidad y madurez psíquica, con accesibilidad normativa por

su imputabilidad y por su conciencia, al menos potencial, de la antijuridicidad o prohibición de su conducta, y por último por estar en condiciones de exigibilidad penal individual, es decir, por no concurrir ninguna causa de exculpación o disculpa que haga entendible el hecho por una situación de inexigibilidad penal subjetiva».

Esta acepción, que procura identificar la materialización de la culpabilidad, es la que hoy en día se ha extendido en los sistemas jurídico-penales, permitiéndonos entender que la culpabilidad no es una noción abstracta, sino que permite valorar objetivamente al sujeto procesado desde su contexto personal, social y situacional.

En esa línea, en base a los artículos 14, 15 y 20 (incisos 1, 2, 5, 7 y 9) del Código Penal peruano, se impone la necesidad de reconocer que, la culpabilidad resulta de la verificación concurrente de las siguientes condiciones:

Condiciones individuales del imputado, que le tornan legítimamente en un centro de imputación de deberes y derechos. Así nos referimos a la imputabilidad.

Condiciones de socialización del imputado, que hicieron factible su conocimiento de la prohibición. Así nos referimos a la probabilidad de conocimiento de la antijuridicidad, a partir de la vulnerabilidad del sujeto al poder punitivo.

Condiciones de normalidad de la ejecución de la conducta, que permiten inferir la válida autodeterminación del sujeto. Así nos referimos a la exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho.

En consecuencia, la imputabilidad es solo una de las condiciones de la culpabilidad del sujeto. Así, si no concurren en el justiciable las condiciones individuales que le tornan legítimamente en un centro de imputación de deberes y derechos, entonces podremos afirmar que el sujeto es inimputable, y, por lo tanto inculpable.

Por extensión, si no concurre alguna de las tres condiciones, estaremos frente a una causa de exclusión de culpabilidad o, si su concurrencia es defectuosa, estaremos frente a causas de disminución de culpabilidad, según sea el caso.

### **III.- La inimputabilidad**

La inimputabilidad constituye una condición en la que el individuo carece de la capacidad jurídica para ser responsabilizado jurídicamente por sus acciones, y, por lo tanto, incapaz de recibir imputaciones penales (García, 2012, p. 634). Esta ausencia de capacidad puede originarse en factores como la edad –cuando se trata de menores– o en alteraciones profundas del estado mental o perceptivo del sujeto.

En consonancia con esta visión, el jurista Creus sostiene que el inimputable se encuentra en la imposibilidad de dirigir sus acciones hacia el actuar lícito, por no haber tenido capacidad para conocer o no dirigir, ni aun conociéndolo, lo que hace (Reátegui, 2014, p. 716).

Resaltar este punto resulta crucial, ya que el análisis de la culpabilidad no implica una revisión de la voluntad del agente respecto al hecho cometido, sino un examen normativo de sus condiciones personales al momento de la acción, así como del entorno específico en el que esta se desarrolló. No se trata, por tanto, de centrar la atención exclusivamente en el hecho ilícito, sino en la capacidad del sujeto para ser destinatario de un juicio de reproche; por lo que se consideran supuestos de inimputabilidad la minoría de edad, la anomalía psíquica, y la grave alteración de la conciencia.

Al respecto, existe un amplio consenso en la doctrina penal en cuanto a que la base ontológica de la imputabilidad reside en la libertad humana, entendida no en un sentido absoluto, sino como una capacidad óptima pero limitada para autodeterminarse. Dicha capacidad permite al individuo elegir entre distintas opciones posibles y ejecutar la decisión adoptada conforme a dicha voluntad; opciones que, no obstante, se hallan limitadas por el entorno, el contexto y en general las condiciones individuales y de la colectividad en la que se desarrolla. Además tal capacidad debe ser óptima, en el sentido que debe concurrir en un sujeto cuya decisión el ordenamiento jurídico le reconoce validez, por lo que

se excluye a los menores de edad, y a quienes cuya elección o voluntad se halla viciada por trastornos psíquicos permanentes o transitorios.

Desde esta perspectiva, la imputabilidad puede concebirse como el conjunto de condiciones que deben concurrir en un individuo para que pueda ser considerado jurídicamente responsable de un hecho punible, a partir de su válida autodeterminación en relación al hecho.

En ese sentido, se garantiza la coherencia interna del sistema penal y afirma el principio de dignidad de la persona humana, reconociendo que el Derecho Penal no puede aplicarse sin una base racional que justifique su intervención en el plano individual.

### ***III.1.- Minoría de edad***

Por regla general, solo un mayor de edad responde por la comisión de un delito; en cambio los menores de edad, responden por la comisión de una infracción penal, cuyas consecuencias son distintas. Por excepción, desde el 10 de mayo de 2025 hasta la fecha, se tiene la Ley N°32330, la cual establece que los menores de 16 y 17 años que hubiesen cometido los delitos que estipula, son penalmente responsables. Esa excepción no aplica para la comisión de todos los ilícitos penales, sino solo para aquellos que la mencionada ley estipula, los cuales detallaremos más adelante.

Al respecto, la mayoría de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337), se alcanza al cumplir los 18 años. Este criterio es concordante con el establecido por el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual fija dicho umbral, «salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño advierte que, por su inmadurez tanto física como mental, los menores requieren cuidados y protección especiales, lo que incluye el tratamiento por parte de órganos judiciales especializados.

En esa línea, el artículo 20 del Código Penal, establece que el menor de dieciocho años, se halla exento de responsabilidad penal.

Al respecto, si bien es cierto que la edad biológica no siempre refleja el nivel de desarrollo personal, cognitivo o reflexivo efectivamente alcanzado por un individuo; sin embargo, existen diversas teorías en las que procuran estandarizar al sujeto promedio, otorgándole determinado grado de comprensión de su conducta.

En esa línea, desde la psicología, el adolescente es comprendido como un sujeto en proceso de maduración integral —biológica, psicológica y social— cuya estructura cognitiva y emocional aún se encuentra en etapa de consolidación. Esta condición lo convierte en una persona cualitativamente distinta del adulto, no solo en términos de desarrollo, sino también en cuanto a su capacidad de autodeterminación, juicio moral y control de impulsos. Así lo demuestran las investigaciones realizadas por Adelson y sus colaboradores, aceptados recientemente por Hoffman, Paris y Hall, y los realizados por Tapp y Kohlberg (Romero, s/f); que permiten concluir que desde los doce años, el individuo transita desde una comprensión concreta hacia una progresiva abstracción tanto en el plano cognitivo como en el ámbito social y jurídico. Este proceso se desarrolla en cuatro subetapas, marcadas por un creciente nivel de integración conceptual y maduración intelectual:

- Entre los doce y catorce años, el adolescente inicia la transición desde el pensamiento concreto hacia el pensamiento formal, aunque aún predomina una visión simplista y personalizada de las instituciones sociales y legales. En esta etapa, empieza a comprender que la ley cumple funciones más allá de la represión, como la organización de la convivencia y la protección social, aunque aún con una lógica limitada.
- De los catorce a dieciséis, se consolida el uso del pensamiento abstracto. El adolescente muestra mayor previsión de las consecuencias de sus

actos y comienza a emplear principios normativos para interpretar las instituciones sociales, superando las confusiones previas. La comprensión de la ley adquiere un matiz más abstracto y funcional, mientras decrece la visión puramente punitiva del derecho.

- En la franja de dieciséis a dieciocho años, se alcanza una mayor capacidad para sintetizar ideas complejas y entender la estructura sistémica del orden social. La ley es vista con mayor profundidad como instrumento regulador del bien común, y se integran en su análisis nociones como política, justicia y penalidad, aunque ya no desde una óptica restrictiva, sino como componentes articulados de la convivencia.
- Finalmente, entre los dieciocho a veinte años, culmina el desarrollo del pensamiento formal y se consolida una visión integral del derecho y la sociedad. Aunque la entrada en la adultez no se produce de forma automática, es en este periodo donde se completa la capacidad para aplicar principios morales, jurídicos y sociales con madurez, siendo la comprensión legal plenamente operativa y equiparable, en muchos casos, a la del adulto.

Bajo tales premisas, resulta lógica la barrera que la minoría de edad significa para la intervención del Derecho Penal, y justifica además la responsabilidad restringida, regulada en el artículo 22 del Código Penal peruano, en cuyo mérito los sujetos de entre dieciocho a veintinún años tienen culpabilidad atenuada.

Por otro lado, desde el ámbito científico, las neurociencias han aportado evidencias significativas respecto al desarrollo humano. Investigaciones recientes, como las lideradas por Peter Jones, neurocientífico del EpiCentre de la Universidad de Cambridge, han evidenciado que «el cerebro completa un conjunto de cambios desde mediados a fines de los 20; pero siempre está cambiando, mientras seamos capaces de experimentar eventos como novedosos y formar nuevos recuerdos» (BBC News Mundo, 2019). No obstante, según el mismo científico, aunque estos procesos pueden extenderse hasta los 30 años, la definición de adultez no puede

depender exclusivamente de criterios neurológicos, al tratarse de una categoría socialmente construida. Este dato resulta relevante para comprender que la edad legal para atribuir responsabilidad plena tiene un fuerte componente normativo y funcional: es una convención adoptada por las sociedades modernas para garantizar un orden jurídico estable y coherente. Así, la mayoría de edad permite establecer un punto de referencia uniforme para la asignación de derechos y deberes, lo cual es fundamental para el funcionamiento de cualquier comunidad política.

### *Respecto a la excepción establecida mediante Ley N°32330 en el Perú*

La Ley N°32330, publicada el 10 de mayo de 2025 en el diario oficial El Peruano, ha establecido que los adolescentes de 16 y 17 años de edad, son penalmente responsables cuando cometen determinados delitos, los cuales detallamos a continuación: Parricidio (107); homicidio calificado (108); homicidio calificado por la condición de la víctima (108-A); feminicidio (108-B); sicariato (108-C); conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato (108-D); lesiones graves (121); lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (121-B); trata de personas (129-A); trata de personas agravada (129-B); explotación sexual (129-C); promoción o favorecimiento de la explotación sexual (129-D); gestión de la explotación sexual (129-G); explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-H); promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-I); beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-K), gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-L); pornografía infantil (129-M); esclavitud y otras formas de explotación (129-Ñ); participación en pandillaje pernicioso (148-A), secuestro (152); violación sexual (170); violación de persona en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir (171); violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (172); violación sexual de menor de edad (173); favorecimiento a la prostitución (179); rufianismo(180); proxenetismo (181);

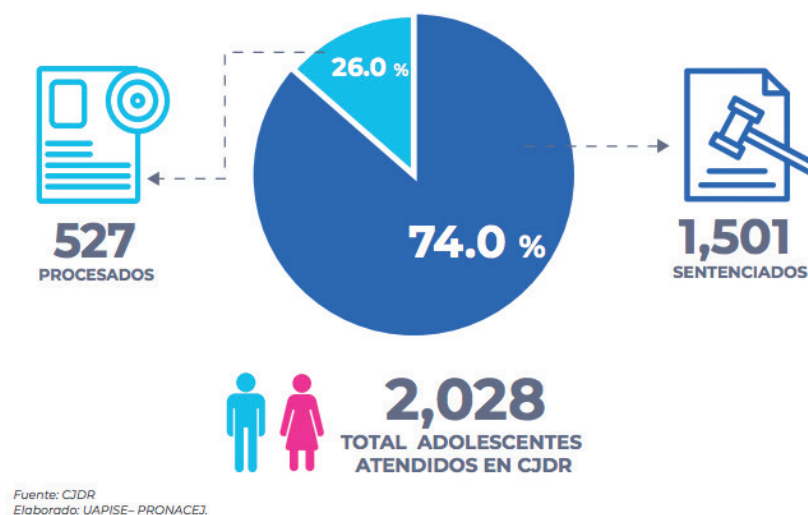
robo agravado (189); extorsión (200); fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos (279); fabricación, comercialización, uso o porte de armas (279-G); atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación (280); atentado contra la seguridad común (281); TID básico (296); comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva (296-A); TI insumos químicos y productos fiscalizados (296-B); TID agravado en los supuestos 4,5,6 (297°); 303-C reingreso clandestino o ilegal (303-C); organización criminal (317); marcaje o reglaje (317-A); banda criminal (317-B); participación en grupo armado dirigido por extranjero (326); y delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475.

Dicha ley, que modificó el Código Penal -Decreto Legislativo 635, y el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes -Decreto Legislativo 1348, tuvo lugar basada en las diversas iniciativas legislativas que plantearon la posibilidad de reducir la edad mínima de imputabilidad penal para adolescentes entre 16 y 17 años cuando se trate de delitos considerados graves. Nos referimos, entre otros, a los proyectos de ley N.º 618/2021-CR, 6080/2023-CR, 7771/2023-CR y 8166/2023-CR, los cuales fueron finalmente aprobados en segunda votación por el Congreso el 7 de noviembre de 2024 (con 44 votos a favor, 24 en contra y 21 abstenciones), abriendo la puerta a la mencionada reforma.

Esas propuestas, impulsadas desde una lógica punitivista y populista, han sido severamente cuestionadas tanto por especialistas en Derecho Penal como por la Defensoría del Pueblo, al contravenir los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, es erróneo suponer que los adolescentes no responden penalmente por sus actos. A partir de los 14 años, el sistema jurídico peruano contempla la responsabilidad penal juvenil, aplicando medidas socioeducativas que incluso pueden implicar la privación de libertad por un período de hasta diez años en casos de extrema gravedad. La finalidad de estas medidas no es sancionar bajo una lógica retributiva, sino promover la rehabilitación, la educación y la reintegración social del adolescente infractor.

Esta diferencia esencial con respecto a la pena impuesta a los adultos subraya el enfoque pedagógico y restaurativo del sistema penal juvenil.

Sobre el particular, las cifras oficiales del Programa Nacional de Centros Juveniles (en adelante PRONACEJ) indican que, al mes de abril de 2025, atendieron a 4,004 adolescentes: 2028 adolescentes fueron atendidos en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación -CJDR, lo que representa el 50.6 % de la población activa; 1,570 adolescentes participaron en los Servicios de Orientación y Atención -SOA, constituyendo el 39.2 % de la población atendida; y 406 adolescentes fueron parte del Programa de Asistencia y Seguimiento Posterior al Egreso, lo que corresponde al 10.1 % del total de la población activa. Ello significa que, en abril de 2025, es decir antes de la dación de la Ley N°32330, un total de 2,028 adolescentes se hallaron en situación de reclusión (o tratamiento en «medio cerrado»), en tanto que los CJDR (10 a nivel nacional) son lugares donde se ejecutan las medidas socioeducativas de internación e internación preventiva; de los cuales 1,501 contaban con sentencia, mientras que 527 se hallaban procesados, conforme revela la estadística de PRONACEJ:



Ahora bien, respecto al tipo de infracción, el robo agravado y violación sexual de menor de edad fueron las infracciones más cometidas (920 y 232 respectivamente); mientras que las infracciones menos cometidas fueron lesiones

leves y organización criminal (2 en cada caso). Por lo tanto, si bien algunos legisladores afirmaron que dicha ley era indispensable para frenar la ola de criminalidad organizada, la realidad demuestra que ello es inidóneo, en tanto que existía un solo caso -al menos para abril del 2025- del universo de infracciones cometidas por adolescentes.

Esto, conlleva a la necesidad de verificar las cifras sobre el sistema penitenciario nacional, en relación a la situación de reclusión por delito en el caso de mayores de edad. Al respecto, las cifras oficiales del Instituto Nacional Penitenciario revelan que, para abril del 2025, la población penitenciaria a nivel nacional asciende a 201,674 personas adultas. De ellos se hallaron 101,884 en situación de reclusión (o «intramuros»), de los cuales 63,333 contaban con sentencia; mientras que 38,551 se hallaban procesados. Por otro lado, se hallaron 99,790 en establecimientos de medio libre (liberados por semilibertad, liberación condicional y remisión condicional de la pena; sentenciados a penas limitativas de derechos; sentenciados a medidas alternativas).

Al respecto, en cuanto a los delitos específicos cometidos por adultos, se tiene que el delito de robo agravado y violación sexual de menor de edad fueron los delitos más cometidos (22,236 y 12,030 respectivamente); siendo que el delito de organización criminal tiene una incidencia de nivel regular, en tanto que involucra a 912 personas adultas, de los cuales la incidencia mayor se registra en aquellos de entre 30 a 34 años de edad (178), mientras que se registraron cero procesados o sentenciados del periodo etéreo entre 18 a 19 años de edad.

Ante este panorama, resulta insostenible afirmar que la criminalidad se solucionará ampliando el sistema penal de adultos a los menores. La evidencia antes detallada demuestra que la problemática mayor se encuentra centrada en una población adulta, a cuyo sistema de tratamiento resocializador o rehabilitador hace falta poner mayor atención. A esto se suma que el endurecimiento de penas no garantiza una reducción del delito; por el contrario, el éxito de cualquier política penal radica en su capacidad preventiva, en la inversión social y educativa, y en

la consolidación de instituciones que promuevan la inclusión y el respeto por los derechos humanos. Y, finalmente, no considera que, en cuanto a la ejecución de la pena, «la percepción del tiempo de un adolescente es diferente a la de una persona adulta» (Freedman & Terragni, p. 264).

Todo ese panorama respalda a los pronunciamientos previos de la Corte Suprema, la cual ha reafirmado que la minoría de edad constituye una causal de inimputabilidad, es decir, un factor que excluye la culpabilidad penal (Casación N.º 237-2019-Puno, de fecha 02 de setiembre de 2020), independientemente del delito. Asimismo, ha interpretado la responsabilidad restringida como una forma atenuada de culpabilidad, en reconocimiento del menor grado de madurez de los adolescentes (Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 10, de fecha 12 de junio de 2017).

En consecuencia, cualquier norma que pretenda eliminar dicha inimputabilidad de manera selectiva para ciertos delitos, colisionaría con el principio de igualdad consagrado en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, que prohíbe toda forma de discriminación arbitraria. Así lo ha sostenido también la Corte Suprema al declarar inaplicable, en casos concretos, el artículo 22 del Código Penal (Casación N.º 1947-2023, fundamentos jurídicos 12 y 13, de fecha 06 de marzo de 2024), bajo la lógica de que la responsabilidad restringida por la edad del sujeto activo, es una causal de disminución de punibilidad que incide en el ámbito de la culpabilidad; por lo que ratifica la minoría de edad como causa de inculpabilidad.

En ese sentido, la Ley N.º 32330 representa un retroceso normativo al desconocer el enfoque especializado y garantista del sistema penal juvenil peruano, introduciendo un régimen punitivo ordinario para adolescentes sin atender su menor desarrollo psicosocial; y vulnera compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en particular los derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la obligación de priorizar la reintegración social del menor infractor. Además, colisiona con el principio de culpabilidad y

el principio de igualdad, al tratar de forma desigual a los adolescentes frente a la ley, basándose en el tipo de delito y no en su capacidad de autodeterminación. A esto se suma que la jurisprudencia nacional ha reconocido de forma clara la minoría de edad como causa de inculpabilidad o disminución de punibilidad, por lo que cualquier norma que pretenda excluir esta protección por la gravedad del delito resulta abiertamente inconstitucional. Por lo expuesto, urge una reforma legislativa que derogue la Ley N°32330 o que, en todo caso, dicha ley sea excluida del sistema normativo vía control concentrado o inaplicada vía control difuso.

### ***III.2.- Anomalía psíquica***

Desde una perspectiva penal, la inimputabilidad por causa de trastorno mental —denominada en la legislación como «anomalía psíquica»— ha sido tradicionalmente interpretada bajo un enfoque mixto, que integra criterios biológicos con consideraciones normativas (Villavicencio, 2014, p. 599). Este concepto alude a la existencia de una alteración psíquica severa que, al suprimir la capacidad de comprensión de la realidad y anular la facultad de autodeterminación, impide atribuir responsabilidad penal al sujeto afectado (García, 2012, p. 644).

La utilización del término «anomalía» en el discurso jurídico-penal requiere una revisión crítica, tanto por sus implicancias semánticas como por sus efectos prácticos. De acuerdo con la Real Academia Española (2020), dicha noción alude a una desviación respecto de lo considerado «normal», lo que presupone una categoría basal de salud mental estándar desde la cual toda alteración sería necesariamente sobrevenida o patológica. Esta concepción resulta no solo clínicamente inexacta, sino también epistemológicamente reduccionista y potencialmente estigmatizante, al desconocer que numerosos trastornos psíquicos pueden tener etiologías endógenas, hereditarias o multifactoriales, como lo han demostrado la psiquiatría moderna y la genética contemporánea.

Esta visión patologizante no es un fenómeno aislado, sino que encuentra raíces profundas en la historia cultural y jurídica de Occidente. Desde la

antigüedad, los individuos catalogados como «locos», «anormales» o «enfermos mentales», han sido tratados como sujetos sin voluntad ni autonomía, reducidos a meros objetos de control institucional. Su exclusión social ha oscilado entre la reclusión forzada en instituciones totalizantes bajo el pretexto de su cura y su eliminación simbólica o material de la esfera pública. En este marco, el Derecho —y en particular el Derecho penal— ha desempeñado un papel legitimador de estas prácticas, al tipificar la inimputabilidad y asociarla sistemáticamente a la imposición de medidas de seguridad, como el internamiento obligatorio.

Así, la anomalía psíquica, como construcción jurídica, lejos de ser neutral, ha contribuido a reforzar estructuras de exclusión bajo el ropaje de una racionalidad supuestamente protectora y terapéutica, sin cuestionar suficientemente las estructuras culturales que perpetúan la marginación de quienes padecen sufrimiento psíquico, y sin reflexionar sobre la viabilidad e idoneidad de las medidas de internamiento.

Ahora bien, los estudios sobre los trastornos mentales han avanzado de modo tal que nos permiten ampliar nuestra concepción sobre la base genética de numerosos trastornos psiquiátricos. Tal es el caso del Proyecto Genoma Humano (PGH), que culminó oficialmente en 2003 y logró secuenciar la totalidad del ADN humano, sentando las bases para identificar genes asociados a diversas enfermedades mentales. Gracias a esta cartografía genética, hoy sabemos que existe una predisposición hereditaria a padecer condiciones como la esquizofrenia, el trastorno bipolar, el autismo o el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), especialmente en individuos con antecedentes familiares. Por ejemplo, se ha comprobado que alteraciones cromosómicas como el síndrome XXY, XYY, el X frágil o la deleción del cromosoma 22q11.2 están fuertemente correlacionadas con déficits neurocognitivos, conductas psicóticas, trastornos del estado de ánimo, e incluso problemas de socialización y aprendizaje (Quiroga, 2001).

Además, el PGH reveló que no existe un «gen de la locura» único, sino una constelación de variantes genéticas que interactúan entre sí y con factores

ambientales, modulando el riesgo de desarrollar enfermedades mentales. Este descubrimiento ha permitido abandonar visiones deterministas y comprender que la salud mental es el resultado de complejos procesos multifactoriales. En ese sentido, hablar de anomalía como simple desviación de una supuesta normalidad resulta no solo científicamente inexacto, sino también reduccionista desde una perspectiva jurídica.

A esto se suma que, en el glosario de las ciencias psiquiátricas, la anomalía en este ámbito es una «desviación de la normalidad que no llega a ser un trastorno o enfermedad» (Gómez, 2021). Por tanto, el uso indiscriminado de esta categoría en el ámbito legal genera dificultades de interpretación tanto para operadores jurídicos como para peritos clínicos.

En atención a ello, se propone reemplazar la expresión «anomalía psíquica» por fórmulas más precisas y compatibles con el lenguaje médico actual, tales como trastornos mentales graves (TMG) y trastornos del desarrollo intelectual crónicos (TDI), siempre que estas condiciones comprometan de forma severa la comprensión y la voluntad del sujeto, afectación que deviene en un vicio para su válida autodeterminación.

Al respecto, el primer grupo (TMG) engloba diagnósticos con sintomatología psicótica o prepsicótica que implican una merma significativa en la funcionalidad personal y social (Conejo et al., 2014; Lozano, 2017). El segundo término, anteriormente denominado «discapacidad intelectual» o «retardo mental», comprende afecciones que limitan seriamente las capacidades cognitivas, el aprendizaje, así como la conducta adaptativa (Lazcano et al., 2013), siendo los casos crónicos los de mayor severidad y persistencia.

Cabe precisar que la noción de Trastorno Mental Grave (TMG), además de tener un uso recurrente en el lenguaje clínico y forense, remite directamente a categorías diagnósticas establecidas por la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10 y CIE-11), cuya sistematización obedece a criterios científicos de reconocimiento internacional. Esta clasificación agrupa los TMG en

tres grandes categorías: Trastornos psicóticos, trastornos afectivos, y trastornos de la personalidad. A continuación detallamos sus expresiones más frecuentes, para mejor entendimiento:

- Trastornos psicóticos, como la esquizofrenia, el trastorno esquizotípico de la personalidad, las ideas delirantes persistentes, las psicosis agudas o inducidas, y los cuadros esquizoafectivos, que se caracterizan por una distorsión severa de la realidad, afectando funciones básicas como la percepción, el juicio y la autoconciencia.
- Trastornos afectivos, entre los que se incluyen el episodio maníaco, el trastorno bipolar y los episodios depresivos, los cuales alteran de manera significativa la afectividad, la energía vital y la capacidad de juicio del individuo.
- Trastornos de personalidad, como los trastornos paranoide, esquizoide y límite, que implican patrones persistentes de experiencia interna y comportamiento desadaptativo, profundamente arraigados y resistentes al cambio, interfiriendo en el funcionamiento social y laboral.

Esta estructura categorial ha sido ampliamente desarrollada por especialistas en psiquiatría y psicopatología clínica (Martín, Daza, Santiago, Garrido & Ruiz, 2020; Marín & Navarro, 2012), quienes coinciden en señalar que muchas de estas condiciones clínicas suponen alteraciones profundas del juicio de realidad, particularmente en el ámbito perceptivo y volitivo. En este sentido, su inclusión dentro del supuesto jurídico de inculpabilidad de «grave alteración de la percepción de la realidad» no solo resulta doctrinalmente coherente, sino también funcional para la determinación del grado de imputabilidad del sujeto.

Asimismo, la distinción conceptual y operativa entre Trastorno Mental Grave (TMG) y Trastorno del Desarrollo Intelectual (TDI) no es una mera cuestión terminológica. Esta diferenciación cumple una función epistémica y práctica

indispensable para la evaluación pericial y la resolución judicial de casos en los que se cuestiona la capacidad de culpabilidad. Mientras que el TMG implica una alteración psicopatológica aguda o crónica con incidencia directa en la percepción de la realidad y el control de impulsos, el TDI alude a limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en las habilidades adaptativas, desde etapas tempranas del desarrollo.

Dicha clasificación no solo mejora la precisión del diagnóstico clínico-forense, sino que además optimiza la comunicación entre los operadores del sistema de justicia penal (jueces, fiscales, defensores, peritos), al brindar un marco conceptual común que permite traducir la complejidad clínica en categorías jurídicamente relevantes. Este entendimiento compartido se traduce en decisiones más justas, congruentes con el principio de culpabilidad y respetuosas del estándar de prueba necesario para declarar la inimputabilidad o la disminución de responsabilidad penal.

En consecuencia, el reconocimiento explícito y normativo de estas categorías clínicas, así como su adecuada interpretación en el ámbito penal, representa una herramienta esencial para una justicia penal más racional, humana y científica.

En cuanto al tratamiento legal de estos casos, el artículo 71° del Código Penal peruano establece un marco normativo específico para las personas inimputables por trastorno mental, disponiendo medidas de seguridad como la internación en centros hospitalarios o el tratamiento ambulatorio, con fines terapéuticos o de protección. Sin embargo, este diseño legal se enfrenta a serias limitaciones prácticas.

A la fecha, el Estado peruano presenta una notoria deficiencia estructural para atender a esta población. Este déficit no constituye una mera omisión administrativa, sino un problema estructural que compromete principios fundamentales del orden constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Tal como ha documentado el propio Instituto Nacional Penitenciario (INPE), existe una alarmante carencia de recursos humanos especializados: A

nivel nacional, un solo psiquiatra se encuentra encargado de más de 560 personas con trastornos mentales y problemas psicosociales; además se ha identificado a 23 personas legalmente inimputables que, por falta de espacios especializados, permanecen recluidas en establecimientos penitenciarios comunes, donde no reciben tratamiento adecuado (Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N.º 008-2018-DP/ADHPD, p.161).

Esa realidad carcelaria y desatención de los inimputables, fue objeto de reproche constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 04007-2015-PHC/TC, donde se declaró el estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de salud mental en los centros penitenciarios del país. No obstante, dicho pronunciamiento –que reconoce la existencia de una vulneración sistemática y generalizada de derechos fundamentales– no ha generado mejoras sustanciales en el trato dispensado a las personas inimputables, quienes siguen siendo destinatarias de medidas de seguridad de internamiento sin que se garantice su ejecución en condiciones compatibles con los estándares de atención mental básica.

A pesar de esto, los jueces continúan ordenando internamientos psiquiátricos que no pueden materializarse por falta de plazas, generando una grave disfunción institucional: personas inimputables son privadas de libertad en cárceles comunes, sin garantías mínimas de tratamiento y expuestas a condiciones de hacinamiento, violencia y desprotección.

Desde el punto de vista jurídico-penal, esta situación vulnera no solo el principio de humanidad de las penas (artículo 139 inciso 22 de la Constitución), sino también el núcleo esencial de la culpabilidad, en tanto que la sanción penal solo puede imponerse a quien actúe con capacidad de culpabilidad, excluyéndose expresamente a quienes, por razones clínicas, carecen de imputabilidad. De igual modo, se infringe el artículo 7º de la Constitución Política del Perú, que reconoce a toda persona con discapacidad el derecho a recibir atención especializada

y rehabilitación en condiciones de dignidad, así como la protección jurídica correspondiente.

En efecto, mantener a personas inimputables en establecimientos penitenciarios comunes no solo perpetúa su marginación, sino que agrava su estado de salud, deteriora su pronóstico clínico y obstaculiza cualquier posibilidad de rehabilitación psicosocial. En muchos casos, estas personas egresan automáticamente al culminar el plazo de la medida de seguridad, sin haber recibido ninguna intervención terapéutica, lo cual constituye un riesgo no gestionado tanto para su reintegración como para la seguridad pública.

Ante este panorama, urge una reformulación integral del tratamiento institucional hacia las personas con TMG y TDI involucradas en procesos penales. Tal reforma debe partir del reconocimiento de esta población como grupo en situación de vulnerabilidad, y plasmarse en una política pública intersectorial que incluya: La ampliación sustancial de los servicios de salud mental dentro del sistema penitenciario; el fortalecimiento de las redes de atención comunitaria y residencial especializadas; y el diseño e implementación de medidas alternativas al internamiento, en clave de justicia restaurativa y enfoque de derechos humanos.

No se trata de un mero imperativo administrativo, sino de una obligación jurídica derivada del bloque de constitucionalidad y de los tratados internacionales ratificados por el Perú, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que impone al Estado el deber de asegurar ajustes razonables, accesibilidad y atención sanitaria adecuada a las personas con discapacidad en todos los contextos, incluido el penal.

En suma, la efectividad del principio de inimputabilidad como límite material del poder punitivo del Estado no solo requiere una correcta calificación normativa y una terminología coherente con los avances científicos actuales, sino también una respuesta estatal integral, sostenida y articulada.

### ***III.3.- Grave alteración de la conciencia***

En el ámbito del derecho penal, ciertos estados transitorios que comprometen de manera profunda la conciencia del individuo han sido objeto de atención doctrinal y jurisprudencial, al punto de ser considerados causas eximentes de responsabilidad penal. Diversos autores han conceptualizado estos fenómenos como alteraciones pasajeras de la conciencia que suprimen de manera sustancial la capacidad de autogobierno y comprensión del entorno. Así, se ha aludido a una pérdida de correspondencia entre la percepción subjetiva del individuo y la realidad objetiva, fruto de una notable disminución en el nivel de conciencia (García, 2012, p. 646).

Desde la perspectiva funcional, Claus Roxin identifica manifestaciones concretas de tales estados, tales como el sonambulismo, la hipnosis, el agotamiento extremo, estados de pánico, la embriaguez total, e incluso «determinadas formas de estado pasional» (García, 2012, p. 647). Sin embargo, no todas estas manifestaciones tienen sustento empírico uniforme en la ciencia médica, y algunas, como las «formas de estado pasional», resultan controvertidas. No obstante, queda claro que tales manifestaciones (alteraciones de la conciencia), son producidas por factores exógenos, tales como la ingesta alcohol y otras drogas, consumo que es un problema social de considerable magnitud, con implicancias relevantes en el ámbito penal, en tanto que se relaciona con el incremento de las conductas delictivas.

Tal concepción ha sido respaldada por la Corte Suprema, en tanto que ha precisado que en la grave alteración de conciencia la capacidad de reconocer la realidad es alterada por un factor exógeno y transitorio (Casación N°460-2019, Huánuco, de fecha 07 de diciembre de 2020)

Además, ha establecido una línea interpretativa significativa, reconociendo que la intoxicación alcohólica severa puede constituir una grave alteración de la conciencia si supera el umbral de 2.5 gramos de alcohol por litro de sangre (Recurso de Nulidad N.º 1377-2014-Lima, de fecha 09 de julio de 2015). Dicha

valoración se basa en los criterios fisiológicos recogidos en la tabla de alcoholemia adjunta a la Ley N.º 27753, donde se detallan síntomas como estupor, coma, apatía, inercia ante estímulos externos, marcada incoordinación motora e incluso relajación de esfínteres, todos ellos indicativos de un deterioro severo del sistema neurológico central.

A partir de ese acertado desarrollo jurisprudencial, se colige que la sustancia consumida (droga) que puede conducir a una grave alteración de la conciencia, debe cumplir un requisito indispensable: Debe ser un compuesto cuyo consumo elevado tenga cualidad de afectar el normal funcionamiento del sistema nervioso central.

Esto es coherente con la literatura médica, en tanto que la acepción más aceptada es que droga se le denomina a cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor, provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico (Escudero et al, 2001, p. 83); por lo que se incluye también el alcohol.

En consecuencia, lo esencial de las sustancias comúnmente denominadas drogas, radica en su psicoactividad, es decir, en su capacidad para modificar funciones del sistema nervioso central. Esta cualidad resulta determinante, con independencia de si la sustancia genera o no fenómenos de dependencia o tolerancia, de su estatus legal (lícita o ilícita), o incluso de su eventual uso terapéutico. En este sentido, tal definición representa un concepto mínimo, lo suficientemente inclusivo como para permitir un consenso general en torno a qué debe entenderse por droga en los ámbitos médico, jurídico y social.

Identificar dicho el concepto y el requisito antes referido, es de suma importancia, en tanto que no toda afectación al sistema nervioso tiene la cualidad de afectar la capacidad de reacción o vigilia del sujeto, y por lo tanto no toda

sustancia afecta la idoneidad física del sujeto para ejecutar la conducta. En efecto, se debe recordar que el sistema nervioso es el principal sistema de comunicaciones del cuerpo, y se divide en dos: La región central y la región periférica. La primera, a la que denominamos sistema nervioso central, está compuesta por el cerebro y la médula espinal; mientras que el sistema nervioso periférico abarca todos los nervios que están fuera del sistema nervioso central. En ese contexto, es la médula espinal la que controla las acciones reflejas, y transmite información sensorial y motora entre el cuerpo y el cerebro, para que el organismo pueda reaccionar apropiadamente a su entorno (OMS, 2005).

Al respecto, se debe precisar que la grave alteración de conciencia por el consumo de drogas, queda excluida cuando la intoxicación ha sido inducida de forma deliberada para perpetrar el delito, pues en tal caso se configura la *actio libera in causa*, doctrina según la cual el agente conserva responsabilidad por haber creado dolosamente la condición de inimputabilidad.

Así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en enfocar esta problemática desde una perspectiva neurológica, entendiendo la conciencia como un fenómeno regulado por la actividad cerebral interrelacionada del hipotálamo, el tronco encefálico y la corteza cerebral (Damasio, 2010, pp. 285–286). Esta visión admite que la conciencia no es un estado absoluto, sino un continuo que abarca desde la vigilia plena hasta el sueño profundo y el coma, pasando por distintos niveles de alerta o disociación (Martí, 2015, p. 6). En este marco, el estado de vigilia —condición mínima necesaria para una conducta jurídicamente imputable— supone la capacidad del sistema nervioso para captar, procesar y responder a los estímulos del entorno de manera intencional y orientada.

Desde esa perspectiva, debe descartarse otros estados emocionales que no perjudiquen en forma crónica el estado de vigilia ni, consecuentemente, la idoneidad de sus aptitudes de reacción o respuesta. Esto porque, si bien pueden influir en la intensidad de la reacción del individuo, no suprimen la capacidad de comprensión ni de autodeterminación al grado de excluir la culpabilidad. Como

advierte Silva Sánchez (2025, p. 1751), los estados pasionales no constituyen causas de inimputabilidad, salvo en casos excepcionales donde se verifique una grave alteración de la conciencia; en general, corresponde tratarlos como causas de disminución de culpabilidad, al influir en la exigibilidad individual. En similar sentido, Roxin (1997, p. 204) destaca que estas situaciones deben valorarse como atenuantes, al no anular por completo la imputabilidad del sujeto. En consecuencia, resulta inadecuado, tanto por razones científicas como dogmáticas, subsumir las formas de estado pasional dentro de las causas de inculpabilidad, siendo más apropiado su tratamiento como atenuantes o, según sea el caso, como disminución de culpabilidad.

En definitiva, abordar la grave alteración de la conciencia desde el enfoque neurofisiológico proporciona una base más sólida y objetiva para su identificación como causa de inimputabilidad. Este enfoque permite valorar con mayor precisión los casos en los que la voluntad del agente se encuentra anulada por causas biológicas verificables, garantizando así un tratamiento más justo y técnico de la responsabilidad penal.

En suma, a pesar de los avances doctrinales y jurisprudenciales en torno a la inimputabilidad por grave alteración de la conciencia, aún persiste un margen de ambigüedad que puede dar lugar a decisiones arbitrarias o erráticas. La falta de precisión en la delimitación de los estados compatibles con esta eximente y la persistencia de nociones vagas o emocionalmente cargadas —como las «formas pasionales»— evidencian la necesidad urgente de que el Derecho Penal dialogue de forma más estrecha con la neurociencia y la psiquiatría. Solo así se podrá lograr una interpretación normativa que respete tanto la dignidad del procesado como los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad del *ius puniendi*.

#### **IV.- Conclusiones**

El abordaje de la culpabilidad exclusivamente desde categorías jurídico-formales resulta hoy metodológicamente obsoleto e insuficiente. La realidad social, los

avances científicos y la praxis judicial, exigen una apertura epistémica hacia disciplinas como la neurociencia, la psiquiatría forense y la psicología clínica, en tanto estas proveen herramientas imprescindibles para la cabal comprensión de la imputabilidad penal. En este contexto, el Derecho Penal debe abandonar su tradicional aislamiento normativo y articular un lenguaje interdisciplinario que permita una evaluación objetiva, técnica y actualizada de la capacidad de culpabilidad del sujeto, en armonía con los principios de legalidad, culpabilidad por el hecho y proporcionalidad.

La reciente promulgación de la Ley N°32330, que habilita la imputación penal ordinaria de adolescentes entre dieciséis y diecisiete años «por delitos graves» -por nombrarlos en forma global-, constituye una regresión en materia de derechos humanos, y un ejemplo de cómo el populismo punitivo puede infiltrarse en la formulación de políticas públicas, desplazando los criterios técnico-jurídicos, las evidencias científicas, y soslayando las estadísticas que revelan la necesidad de atender otros factores. Dicha medida responde más a una lógica de criminalización simbólica de la juventud, que a criterios técnico-jurídicos o a evidencias empíricas. Al desconocer las condiciones de desarrollo psicosocial del adolescente, así como los factores estructurales que inciden en su conducta –como la pobreza, la exclusión y la falta de oportunidades–, esta reforma se sitúa en abierta contradicción con el principio de interés superior del niño y con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño. Se impone, por tanto, la necesidad urgente de revertir este enfoque punitivo por un modelo integral de prevención, basado en la justicia restaurativa, la educación y la salud mental.

La «anomalía psíquica» es un término anacrónico y obsoleto, que perjudica la comunicación entre el Derecho y las ciencias médicas, lo cual compromete seriamente la seguridad jurídica y vulnera los principios estructurales del Derecho Penal como la legalidad, la racionalidad y la humanidad de la pena. Al respecto, desde la contribución de la psiquiatría y psicología clínica, se puede afirmar que

este supuesto está referido a las personas que padecen de trastornos mentales graves (que incluyen manifestaciones de «grave alteración de la percepción de la realidad»), y trastornos del desarrollo intelectual crónicos (TDI). Una adecuación legislativa sobre el particular, y una respuesta estatal integral, sostenida y articulada en materia de salud mental, no es una opción, sino una deuda pendiente del Estado con sus ciudadanos más vulnerables.

La conciencia, para efectos de la culpabilidad, se analiza desde una perspectiva neurológica, y así lo viene confirmando el desarrollo jurisprudencia. En esa línea, la grave alteración de conciencia afecta la idoneidad neurológica, la misma que es causada por un factor exógeno y transitorio. Dicho factor exógeno obedece al suministro de sustancias puede englobarse en el término genérico droga, independientemente de la finalidad el suministro, y de su licitud o ilicitud, por lo que también el incluye también el consumo de alcohol.

El reconocimiento de la inimputabilidad o de la culpabilidad disminuida, y su tratamiento legal adecuado, no debe entenderse como una manifestación de indulgencia o como una fisura en la eficacia del sistema penal. Por el contrario, constituye una obligación constitucional y convencional que responde a la necesidad de ajustar la respuesta penal a las capacidades reales del sujeto, garantizando así un juicio justo, proporcional y racional.

## **Bibliografía**

- BBC News Mundo (27 de marzo de 2019). ¿Nos volvemos adultos a los 25 años? Esto es lo que dice la neurociencia. En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47722497>
- Bustos Ramirez, J. (2004). *Derecho penal parte general* (Vol. I). ARA Editores.
- Cambiaggi, V. L. & Zuccolilli, G. O. (2011). *El envejecimiento del sistema nervioso*. Universidad Nacional de La Plata. <https://revistas.unlp.edu.ar/Morfol/article/view/910/863>
- Código Penal Peruano (marzo de 2025). Jurista Editores.
- Conejo Cerón, S.; Moreno Peral; P., Morales Asencio, J.; Alot Montes, A.; García-Herrera, J.; González López, M.; Moreno Küstner, B. (2014). Opiniones de los profesionales del ámbito sanitario acerca de la definición de trastorno

- mental grave: Un estudio cualitativo. En: *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, periodo mayo a agosto de 2014, 37(02). <https://bit.ly/3cFYBKp>
- Clasificación Internacional de Enfermedades (2022). Capítulo 06. [https://gc.scahed.com/recursos/files/r161r/w25125w/ICD11\\_MMS-es-06.pdf](https://gc.scahed.com/recursos/files/r161r/w25125w/ICD11_MMS-es-06.pdf)
- Damasio, A. (2010). *Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?*. Ediciones Destino.
- Defensoría del Pueblo (2018). Informe de Adjuntía N° 008-2018-DP/ADHPD.
- Escudero Moratalla, F; Ganzenmüller Roig, C.; Frigola Vallina, J. (2001). *El objeto del delito contenido en el artículo 368 del Código Penal*. CPC, N° 73, 2001, pp. 81-141.
- Espinosa-Lopez, R. & Valiente-Ots, C. (2017). *¿Qué es el trastorno mental grave y duradero?* En: *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7428605>
- Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Aboso, G. E. (Trad.) Editorial Bdef.
- Freedman, D & Terragni, M. (2018). Consensos y desacuerdos en materia de determinación de la sanción penal juvenil. En: Consejo de la Magistratura, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal*. Editorial Jubaires. [https://www.cjf.gov.ar/src/img\\_up/13082020.3.pdf](https://www.cjf.gov.ar/src/img_up/13082020.3.pdf)
- Freudenthal, B. (2006). *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Dalbora, G. (Trad.) Editorial Bdef.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal: Parte General*. 2º edición. Jurista Editores.
- Gómez-Feria Prieto, I. (2021). Glosario de términos psicopatológicos e históricos psiquiátricos. En: *Psiquiatria.com*. <https://psiquiatria.com/glosario/index.php>
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General I*. 3º edición. Editora Jurídica Grijley.
- Instituto Nacional Penitenciario (abril de 2025). *Informe estadístico*. [https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2025/Informes%20estadisticos/informe\\_estadistico\\_abril\\_2025.pdf](https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2025/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_abril_2025.pdf)
- Jakobs, G. & Meliá, M. C. (2000). *El Sistema funcionalista de Derecho Penal*. Grijley Editores.
- Lazcano-Ponce, E.; Katz, G.; Allen-Leigh, B.; Magaña Valladares, L.; Rangel-Eudave, G.; Minoletti, A. & Salvador-Carulla, L. (2013). Trastornos del desarrollo intelectual en América Latina: Un marco para establecer las prioridades políticas de investigación y atención. En: *Revista Panamericana de Salud Pública*–SciELO Salud Pública. <https://scielosp.org/article/rpsp/2013.v34n3/204-209/>

- Luzón Peña, D. M. (2012). *Libertad, culpabilidad y neurociencias*. <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf>
- Marín-Basallote, N., & Navarro-Repiso, C. (2012). Estudio de la prevalencia de trastorno mental grave (TMG) en los centros penitenciarios de Puerto I, II y III del Puerto de Santa María (Cádiz): nuevas estrategias en la asistencia psiquiátrica en las prisiones. En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, nº3, 14.
- Martí Esquitino, J. (2015). Patología de la Conciencia: La Anosognosia. En. *Researchgate*. [https://www.researchgate.net/publication/314079074\\_Patologia\\_de\\_la\\_Conciencia\\_La\\_Anosognosia](https://www.researchgate.net/publication/314079074_Patologia_de_la_Conciencia_La_Anosognosia)
- Martin Diaz, O.; Daza Gonzáles, M. T.; Santiago Molina, E.; Garrido Fernández, P. & Ruiz Castañeda, P. (enero de 2020). Evaluación Neuropsicológica de las Funciones Ejecutivas en pacientes con Trastorno Mental Grave. En: *Know and Share Psychology*, nº1, 1. <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/KASP/article/view/3065>
- Organización Mundial de la Salud (2005). *Neurociencia del consumo y dependencia de sustancias psicoactivas*. Organización Panamericana de la Salud.
- Programa Nacional de Centros Juveniles -PRONACEJ (abril de 2025). *Boletín Estadístico. Reporte mensual de datos estadísticos presentados por la Unidad de Análisis e Investigación del Sistema Estadístico*. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8125246/6808089-boletin-estadistico-abril-2025.pdf?v=1748298553>
- Quiroga Michelena, M. I. (setiembre de 2001). Genética de las enfermedades mentales. En: *Revista de Neuro-Psiquiatría del Perú*, tomo LXIV, 03.
- Real Academia Española (2023). *Diccionario de la Lengua Española Edición del Tricentenario*. <https://dle.rae.es/>
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Vol. I. Instituto Pacífico.
- Romero Tena, A. (s/f). *Tesis de maestría: La capacidad de culpabilidad del menor*. Universidad de Sevilla.
- Roxin, K. (2000). *Culpabilidad y responsabilidad penal en Derecho Penal parte general*. 1º edición. Editorial Civitas S.A.
- Roxin, K. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Civitas S.A.
- Silva Sánchez, Jesús María (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Primera edición. Arazadi La Ley, S.A.U.
- Velásquez, F. V. (2009). *Derecho penal parte general*. Temis S.A.
- Villavicencio Terreros, F. A. (2014). *Derecho Penal: Parte General*. Editora Jurídica Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. A. (2017). *Derecho Penal básico*. Fondo Editorial PUCP.

- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 4º edición castellana. Pérez, J.B. (Trad.) Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2007). Culpabilidad por vulnerabilidad. En: *Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroniculpabilidad\\_por\\_vulnerabilidad.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroniculpabilidad_por_vulnerabilidad.htm)



## **Cuando la amenaza es espiritual: análisis jurídico intercultural de un caso de violencia psicológica en los Andes peruanos**

### ***When the Threat is Spiritual: An Intercultural Legal Analysis of a Case of Psychological Violence in the Peruvian Andes***

José Carlos Astete Ortiz de Orué<sup>1</sup>

#### **Resumen**

Este artículo analiza una sentencia del Juzgado Especializado Civil de Yungay (Expediente N.º 00211-2025-0-0213-JR-FT-01), que otorga medidas de protección a una mujer víctima de violencia psicológica ejercida mediante amenazas espirituales, como maldiciones, invocaciones andinas y manipulaciones simbólicas. Desde un enfoque jurídico-antropológico, se recurre al pluralismo legal (Santos, 2002), la violencia simbólica (Bourdieu, 1991) y la interculturalidad crítica (Walsh, 2009), argumentando que el derecho debe incorporar formas no occidentales de concebir el daño y la justicia. Se analizan precedentes de la Corte Constitucional de Colombia (T-851/14) y el Tribunal Constitucional

<sup>1</sup> Abogado y Bachiller en Antropología por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Egresado de la Maestría en Derecho Registral y Notarial por la Universidad Andina del Cusco. Egresado de la Maestría en Antropología Jurídica por la Universidad Nacional del Centro del Perú, Huancayo, Perú. Correo electrónico: 001427@unsaac.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9897-3275>

Plurinacional de Bolivia (SCP 0904/2016), que ya reconocen el daño espiritual en clave intercultural. Finalmente, se propone una reforma a la Ley N.º 30364 para que contemple explícitamente la violencia espiritual como una forma legítima de agresión psicológica en contextos indígenas.

**Palabras clave:** violencia psicológica, espiritualidad andina, derecho intercultural, daño simbólico, justicia plural, Ley 30364.

## **Abstract**

This article analyzes a ruling by the Specialized Civil Court of Yungay (Case No. 00211-2025-0-0213-JR-FT-01), which grants protection measures to a woman who was a victim of psychological violence exercised through spiritual threats, such as curses, Andean invocations, and symbolic coercion. Using a legal-anthropological approach, the analysis draws on legal pluralism (Santos, 2002), symbolic violence (Bourdieu, 1991), and critical interculturality (Walsh, 2009), arguing that legal systems must incorporate non-Western conceptions of harm, evidence, and justice. The article examines precedents from the Constitutional Court of Colombia (T-851/14) and the Plurinational Constitutional Court of Bolivia (SCP 0904/2016), which already recognize spiritual harm in intercultural terms. Finally, it proposes a reform to Peru's Law No. 30364 to explicitly include spiritual violence as a valid form of psychological aggression in indigenous contexts.

**Keywords:** psychological violence, Andean spirituality, intercultural law, symbolic harm, plural justice, Law No. 30364.

## **Introducción**

El derecho moderno, fundado sobre bases ilustradas y positivistas, ha sostenido durante siglos una concepción restringida del daño y de la violencia, limitada a lo mensurable, lo corpóreo, lo verificable mediante instrumentos forenses. La tradición jurídica codificada, heredera de Roma y perfeccionada por el racionalismo

europeo, privilegia aquello que puede ser representado en el lenguaje técnico del expediente: hematomas, fracturas, ingresos hospitalarios, gritos, testigos oculares. Sin embargo, en los márgenes de esta racionalidad jurídica, persiste una violencia sutil, inasible por los cánones positivistas, pero devastadora en contextos donde lo espiritual estructura la percepción de la realidad.

La violencia espiritual o simbólica no es un residuo folclórico de tiempos arcaicos; en muchas comunidades andinas, es una realidad ontológica cuya eficacia es vivida en carne y alma. Invocar un mal viento, prometer una enfermedad mediante el uso de ajayu, proferir una maldición con coca negra, puede ser tan destructivo como un golpe físico. Y sin embargo, el derecho positivo peruano aún duda en dar estatuto jurídico pleno a estas agresiones. El presente artículo nace de una interpelación ética: ¿puede una justicia verdaderamente intercultural desestimar las formas de daño reconocidas como reales por los pueblos originarios?

El punto de partida es un caso judicial real: el Expediente N.º 00211-2025-0-0213-JR-FT-01, resuelto por el Juzgado Especializado Civil de Yungay. En dicho proceso, se reconoce el daño psicológico sufrido por una mujer sometida a amenazas espirituales reiteradas, emitidas por su pareja en el marco de un vínculo afectivo marcado por la manipulación simbólica y el temor a las fuerzas invisibles. Lo novedoso de esta sentencia es que no sólo admite las pruebas testimoniales de la víctima, sino que valora informes antropológicos y pericias psicológicas que traducen —al lenguaje jurídico— la profundidad del sufrimiento espiritual. El juez, en un acto que podría calificarse de audaz o de simplemente justo, concede medidas de protección a la agraviada en virtud de su derecho a vivir libre de violencia espiritual.

Este artículo se propone un triple objetivo: i) sistematizar el análisis jurídico del caso a la luz de la Ley N.º 30364; ii) fundamentar teóricamente la categoría de daño espiritual en el marco del derecho intercultural y del pluralismo jurídico latinoamericano; y iii) proponer lineamientos para una reforma normativa que

permita reconocer de manera explícita este tipo de violencia en el ordenamiento legal peruano.

La estructura del artículo se organiza del siguiente modo. Tras esta introducción, se desarrollará un marco teórico interdisciplinario que incluye la noción de violencia simbólica (Bourdieu, 1991), el enfoque intercultural crítico (Walsh, 2009), y los desarrollos recientes del derecho indígena en América Latina (Santos, 2002; Stavenhagen, 2006). Luego, se expone el caso concreto, con énfasis en la valoración de pruebas no convencionales y en los razonamientos jurídicos empleados. Posteriormente, se discute la relevancia de esta sentencia en diálogo con jurisprudencia comparada de Colombia y Bolivia. Finalmente, se presentan conclusiones propositivas orientadas a fortalecer una justicia culturalmente situada y epistémicamente plural.

Este texto no es sólo un alegato jurídico, sino también una defensa de la memoria espiritual de los pueblos andinos, una toma de posición ética frente a la exclusión epistémica de saberes que, durante siglos, han sido tachados de superstición o de mito. Si, como afirma Derrida (1994), todo derecho se funda en una violencia originaria legitimada por el lenguaje, entonces el derecho intercultural debe comenzar por ampliar sus lenguajes, reconociendo la palabra indígena como acto performativo y el daño espiritual como hecho jurídico.

## **Marco teórico y metodológico**

Para comprender la complejidad de los actos de violencia psicológica revestidos de significación espiritual en contextos andinos, es necesario recurrir a un marco teórico que integre disciplinas tradicionalmente separadas: el derecho, la antropología, la filosofía política y la psicología cultural. La racionalidad jurídico-positiva occidental ha construido una tipología del daño y la agresión centrada en el cuerpo físico y en los hechos verificables por peritos empíricos; sin embargo, en comunidades donde el sufrimiento puede ser causado por amenazas no materiales, este paradigma resulta insuficiente. El presente artículo se apoya

en tres pilares conceptuales fundamentales: la noción de violencia simbólica (Bourdieu), el pluralismo jurídico (Santos) y la interculturalidad crítica (Walsh).

### **1. *Violencia simbólica y performatividad del lenguaje***

Pierre Bourdieu (1991) introduce la categoría de violencia simbólica para describir aquellas formas de dominación que no se ejercen por medio de la coacción física directa, sino a través del lenguaje, los símbolos y los esquemas de percepción internalizados. La violencia simbólica se ejerce cuando las palabras hieren, cuando la estructura cultural impone significados que oprimen sin necesidad de contacto físico. En el caso analizado, las amenazas espirituales —como “te voy a hacer brujería”, “invocaré al mal viento”, “llamaré a los difuntos para que te persigan”— no son metáforas, sino actos de agresión inscritos en un universo simbólico que las víctimas consideran reales. Desde este enfoque, las palabras no describen la violencia: la constituyen.

Esta idea se vincula con los trabajos de Austin y Butler sobre la performatividad del lenguaje: las palabras no solo comunican, sino que “hacen cosas” en el mundo. Decir en un contexto andino “te maldigo con coca negra” no es una amenaza vacía, sino un acto performativo que, en el marco cultural adecuado, tiene efectos reales sobre el cuerpo, la mente y el equilibrio espiritual del destinatario. La ley, para ser justa, debe reconocer esa performatividad culturalmente situada.

### **2. *Pluralismo jurídico y justicia intercultural***

El segundo eje teórico es el pluralismo jurídico tal como ha sido desarrollado por Boaventura de Sousa Santos (2002), quien sostiene que los Estados modernos, aunque pretendan unificar el derecho bajo una sola lógica, están atravesados por múltiples formas de normatividad —indígena, consuetudinaria, espiritual, comunal— que coexisten en tensión o en diálogo con el derecho oficial. Esta coexistencia no debe entenderse como un problema de folklore, sino como una

oportunidad de enriquecer el campo jurídico con saberes y prácticas que permiten reconocer formas de daño y justicia negadas por la modernidad colonial.

El Perú es formalmente un Estado pluricultural, pero aún no un Estado plurinacional ni pluralista en el sentido sustantivo. El caso que analizamos se inscribe en ese intersticio: un tribunal estatal que empieza a considerar las categorías del mundo espiritual andino como relevantes para la decisión judicial. Esta apertura no ocurre sin tensiones: implica interrogar la propia matriz epistemológica del derecho, su racionalidad probatoria, su lenguaje técnico y sus mecanismos de verosimilización.

Santos (2002) propone una “sociología de las ausencias” para identificar los saberes que el derecho moderno excluye, y una “ecología de saberes” para articularlos sin jerarquizarlos. En esta línea se sitúa nuestra lectura del caso: no para traducir el mundo indígena a la lógica estatal, sino para abrir la lógica estatal a otras formas de verdad.

### ***3. Aportes de la antropología jurídica al análisis del daño espiritual***

La antropología jurídica, como disciplina crítica y comparativa del derecho, ofrece herramientas fundamentales para comprender fenómenos normativos que escapan a las categorías del derecho estatal codificado. En contextos andinos, donde la vida espiritual forma parte estructural de la existencia social, es necesario repensar la noción de daño, la eficacia de los símbolos y la naturaleza misma de lo jurídico.

Mario Morveli Salas (2021), en su manual de Antropología Jurídica, propone una distinción clave entre el derecho como norma y el derecho como hecho. Mientras el primero corresponde a los sistemas jurídicos formales, codificados y sancionados por el Estado, el segundo se refiere a “la expresión vivida y socializada de las normas en contextos culturales específicos; su validez se funda en la costumbre, no en la codificación escrita” (p. 43). Esta concepción

permite reconocer que las amenazas espirituales —maldiciones, invocaciones, manipulaciones simbólicas— son plenamente operativas en el mundo social andino, incluso si no se hallan tipificadas en el Código Penal.

El enfoque de Morveli se inscribe en una visión de pluralismo jurídico que no se limita al reconocimiento abstracto de la coexistencia de sistemas normativos, sino que exige una apertura política y epistémica al derecho indígena como derecho válido, eficaz y legítimo. “El Estado peruano es plurilegal aunque no lo reconozca plenamente; las comunidades tienen sus propios sistemas normativos que operan eficazmente en paralelo al sistema judicial formal” (Morveli Salas, 2021, p. 89). Esta afirmación implica que el derecho positivo no agota el campo de lo jurídico, y que los sistemas normativos comunales deben ser considerados por los operadores de justicia como fuentes autónomas de resolución de conflictos.

En ese sentido, la experiencia andina propone una ontología relacional del derecho. Morveli subraya que en los Andes “la persona está constituida por relaciones: con los otros, con los ancestros, con los apus, con los muertos. El derecho no puede ignorar este entramado ontológico” (p. 101). Las amenazas espirituales no son meras supersticiones ni creencias sin efecto jurídico: son dispositivos simbólicos de poder que generan sufrimiento, miedo y desestabilización comunitaria. Por eso, el autor insiste en que “el símbolo en contextos indígenas no es un ornamento, sino un operador de poder, un modo de sanción, de control y de pedagogía comunitaria” (p. 115).

Desde esta perspectiva, los reglamentos comunales y las sanciones rituales no son simples prácticas culturales sino verdaderas normativas vivientes. “El reglamento comunal no es un documento administrativo sino una constitución viviente, hecha de memoria, de acuerdos y de símbolos” (Morveli Salas, 2021, p. 152). Así, las respuestas comunitarias a las amenazas espirituales pueden incluir desde rituales de desagravio hasta la expulsión simbólica del agresor, todos con validez normativa en su propio universo jurídico.

Finalmente, Morveli denuncia la violencia epistémica que se reproduce cuando el aparato judicial impone su racionalidad sin mediación cultural: “El juez que ignora la lengua, los símbolos y los valores del mundo indígena no aplica justicia, sino violencia epistémica” (p. 138). Esta advertencia es especialmente pertinente en casos como el analizado en este artículo, donde la amenaza espiritual debe ser reconocida no sólo como un acto simbólico, sino como una forma de violencia psicológica con efectos reales, que requiere abordajes jurídicos respetuosos del pluralismo normativo.

#### **4. *Interculturalidad crítica y epistemología de la espiritualidad***

Finalmente, se incorpora el enfoque de la interculturalidad crítica desarrollado por Catherine Walsh (2009), quien advierte que la interculturalidad no puede reducirse a la convivencia armónica de culturas bajo un marco normativo dominante. Por el contrario, la verdadera interculturalidad es conflictiva, descolonizadora y epistemológicamente subversiva: cuestiona la supremacía del saber eurocentrado y exige reconfigurar los criterios de validación del conocimiento.

En ese sentido, el sufrimiento espiritual debe ser reconocido como una forma legítima de daño no porque se parezca a las formas de daño occidentales, sino precisamente porque nace de otra ontología. No se trata de “psicologizar” el trauma indígena, sino de aceptar

que, en ciertas cosmologías, lo espiritual no es accesorio sino constitutivo del yo. La agresión espiritual —maleficios, invocaciones, maldiciones— debe entenderse como una forma de intervención sobre la vida del otro con fines de sometimiento y daño.

#### **5. *Metodología***

Este estudio adopta un enfoque cualitativo de análisis documental e interpretativo. La fuente principal es el expediente judicial N.º 00211-2025-0-0213-JR-FT-01,

obtenido mediante acceso público a través del sistema de notificaciones judiciales. El expediente ha sido examinado a la luz de instrumentos internacionales de derechos humanos (CDESC, 2009), leyes nacionales (Ley N.º 30364) y jurisprudencia comparada de Colombia y Bolivia.

Se han utilizado técnicas de análisis hermenéutico-jurídico, así como categorías analíticas propias de la antropología simbólica. Las referencias doctrinales han sido seleccionadas por su relevancia en el debate contemporáneo sobre justicia intercultural, violencia estructural y daño psicoespiritual.

## **Resultados**

### ***Descripción del contexto sociocultural y comunitario del caso***

El expediente N.º 00211-2025-0-0213-JR-FT-01 se desarrolla en una comunidad rural ubicada en la provincia de Yungay, región Áncash, donde la mayoría de la población mantiene una fuerte conexión con las tradiciones ancestrales andinas. En este entorno, los aspectos espirituales, religiosos y simbólicos no son simplemente complementos culturales, sino fundamentos esenciales para la interpretación cotidiana de la realidad. Conceptos como el *ajayu* (el alma), los *Apus* (espíritus de las montañas), la *Pachamama* (madre tierra), y rituales como la lectura de coca o las ceremonias de limpieza espiritual, estructuran las interacciones sociales y familiares.

En la comunidad, la espiritualidad es un tejido que articula todas las relaciones humanas, económicas y políticas. Existe un respeto implícito hacia personas que poseen un conocimiento especial sobre lo espiritual, tales como curanderos, *yatiris* o especialistas rituales. Estos actores tienen el poder de proteger o dañar mediante sus palabras y acciones simbólicas. En este contexto, cualquier amenaza espiritual adquiere una gravedad particular, pues no se interpreta como una simple amenaza psicológica, sino como un acto con potencial efectivo para producir daño real en la persona afectada.

### ***Relato detallado de los hechos denunciados por la víctima***

La víctima, mujer adulta de aproximadamente 38 años, mantuvo una relación afectiva con el denunciado durante más de diez años, según consta en la denuncia. A partir de los testimonios presentados en el expediente, es posible reconstruir una cronología extensa de actos reiterados de hostigamiento espiritual. Según la víctima: “Me decía que iba a usar mi ropa interior en ceremonias oscuras, que mi sombra iba a ser robada para que yo enfermara lentamente. Dijo que haría que mis muertos se levanten y me sigan a todas partes hasta enloquecerme.”

Entre las pruebas aportadas se incluyen grabaciones en audio donde el denunciado pronuncia frases como:

“Voy a llamar al abuelo muerto para que te agarre del cuello en sueños.”

También hay fotografías de objetos rituales utilizados supuestamente para intimidarla: botellas con líquidos desconocidos, hierbas quemadas, y coca con signos evidentes de ritualización (quemaduras, amarre con lana negra). La denunciante aseguró que encontró estos objetos debajo de su cama y en lugares íntimos de su vivienda.

### ***3. Pruebas testimoniales y documentales presentadas al juzgado***

En el expediente constan testimonios firmados por varios miembros de la comunidad, incluidos familiares directos de la víctima y vecinos cercanos. Estos testimonios corroboran el deterioro emocional y social visible en la denunciante. Una hermana declara: “La vi cambiar mucho. Comenzó a dormir con las luces encendidas, se volvió temerosa, retraída. Decía constantemente que sentía presencias extrañas.”

Otra testigo relata haber visto al denunciado realizar ceremonias en un campo cercano, presuntamente para “dañar a la víctima usando sus prendas personales.”

Además de testimonios escritos, la denunciante aportó un informe psicológico especializado emitido por una psicóloga del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). Este informe señala:

La víctima presenta sintomatología clara de ansiedad severa y estrés postraumático, directamente vinculada con la amenaza de daño espiritual según las creencias de su comunidad. Presenta insomnio recurrente, hipervigilancia, miedo persistente a daños sobrenaturales y dificultades en su vida social cotidiana.

#### ***4. Peritaje antropológico-cultural como prueba innovadora en el proceso***

Un aspecto fundamental del caso fue la admisión como prueba judicial del informe antropológico-cultural, algo excepcional en la jurisprudencia nacional. Este informe, elaborado por un antropólogo especializado en temas andinos, concluyó que las amenazas del denunciado tenían significación real para la víctima y la comunidad, afirmando explícitamente:

“En el contexto cultural andino de Yungay, estas amenazas tienen plena eficacia simbólica y son capaces de producir un daño emocional profundo y sostenido en el tiempo. No son simples expresiones metafóricas, sino amenazas reales dentro del marco cultural indígena.”

El informe antropológico incluyó entrevistas detalladas a miembros de la comunidad, expertos locales en espiritualidad andina y un análisis profundo de las prácticas rituales descritas. Este documento, incorporado como prueba, permitió al juez reconocer que la violencia denunciada tenía un fundamento cultural sólido y legítimo.

## ***5. Fundamentos jurídicos innovadores expuestos en la sentencia***

En su fallo, el juez fundamentó su decisión en una interpretación intercultural explícita de la Ley N.º 30364. Argumentó que la violencia espiritual, como modalidad específica de violencia psicológica, debe ser reconocida por el derecho oficial, no solo por la sintomatología psicológica comprobable, sino también por el contexto cultural en el que se producen las amenazas. La resolución señala textualmente:

El juzgado considera plenamente acreditado que las amenazas vertidas por el denunciado produjeron un estado grave y sostenido de angustia emocional en la víctima, configurándose así la violencia psicológica espiritual, conforme a lo establecido en la Ley N.º 30364 y la Observación General N.º 21 del Comité DESC.

Además, se recurrió a jurisprudencia comparada de Colombia y Bolivia, subrayando precedentes similares donde tribunales constitucionales reconocieron daños espirituales como reales y jurídicamente relevantes.

## ***6. Medidas judiciales adoptadas y efectos institucionales del fallo***

La sentencia del juzgado no se limitó a declarar la existencia de violencia espiritual, sino que también tomó medidas efectivas para la protección integral de la víctima, tales como:

- Orden judicial de alejamiento permanente del agresor respecto de la víctima y su domicilio.
- Prohibición expresa de comunicación o contacto, incluyendo prohibición de actos simbólicos o rituales intimidatorios.

- Derivación inmediata de la víctima al programa de recuperación psicológica y cultural del MIMP.
- Comunicación directa con las autoridades comunales y rondas campesinas para vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas judiciales.

Este fallo generó una respuesta positiva por parte del MIMP, organismo que destacó públicamente la importancia de considerar la dimensión espiritual en casos de violencia. Se propuso institucionalizar en futuros casos el uso del peritaje antropológico-cultural como prueba estándar en contextos interculturales.

### ***7. Reacciones en la comunidad y debates generados por el caso***

El fallo fue recibido en la comunidad con cierta sorpresa inicial, seguida por una clara aceptación. Líderes comunitarios locales declararon en medios regionales que la sentencia representaba “una reivindicación de nuestras creencias”, y que aportaba a reducir el estigma sobre las víctimas de violencia espiritual, quienes rara vez eran tomadas en serio en los tribunales.

En contraste, en círculos jurídicos más tradicionales, el caso fue polémico. Algunos abogados manifestaron preocupación por considerar que la resolución sentaba un precedente peligroso al “aceptar lo espiritual como elemento probatorio”. Sin embargo, el respaldo institucional y la ratificación del fallo por parte de la Corte Superior de Áncash confirmaron la validez jurídica del enfoque intercultural adoptado.

## **Discusión**

### ***1. Hacia una noción ampliada de daño: lo espiritual como hecho jurídico***

La sentencia emitida por el Juzgado Civil de Yungay representa una inflexión en el modo en que el derecho peruano comienza a reconocer, aunque incipientemente,

los efectos jurídicos de dimensiones de la vida previamente consideradas ajenas a su campo de competencia: lo simbólico, lo espiritual, lo culturalmente codificado. En términos estrictamente positivistas, una amenaza es un enunciado que anticipa una agresión física o económica. Pero en contextos culturalmente densos como el andino, una amenaza puede implicar la alteración del equilibrio ontológico de la persona. Si se rompe el vínculo con el alma (ajayu), si se pierde el favor de los Apus o se es objeto de maleficio, la vida se desequilibra. Esta pérdida de armonía puede traducirse en enfermedad, deterioro social, aislamiento, o incluso muerte, según la percepción del sujeto.

Reconocer este hecho no implica validar creencias particulares, sino admitir que en un Estado multicultural no se puede aplicar un único marco epistémico para todas las personas. El derecho debe ser sensible al contexto. Tal como plantea Catherine Walsh (2009), el principio de interculturalidad crítica exige un cambio en los criterios de verdad, validez y prueba. En este caso, no se trató de verificar si los rituales mágicos funcionaban en sentido objetivo, sino si la víctima los vivía como reales, y si producían en ella efectos lesivos. Desde el derecho penal contemporáneo, por ejemplo, no se requiere que el arma sea real para que haya tentativa de homicidio: basta con que el sujeto crea que lo es. Lo mismo debería aplicarse a las amenazas espirituales en contextos interculturales.

## ***2. El derecho como tecnología cultural: una crítica a la neutralidad normativa***

Michel Foucault (1991) ya había advertido que el derecho es una tecnología de poder inscrita en el cuerpo social. El código penal, el código civil, las resoluciones judiciales: todos son dispositivos que administran la vida, que seleccionan qué tipo de sufrimiento merece reconocimiento y cuál queda excluido. En ese sentido, lo espiritual ha sido sistemáticamente invisibilizado por el derecho moderno, no por falta de efectos, sino por una decisión epistémica de qué constituye “realidad jurídica”. Esta exclusión responde a lo que Aníbal Quijano (2000) denomina

la “colonialidad del saber”: una matriz que impone una visión eurocentrada, racional, individualista del sujeto y sus derechos.

El fallo de Yungay resquebraja, al menos en parte, esa matriz. Introduce en el lenguaje jurídico nociones como “daño espiritual”, “prueba antropológica”, “valor cultural del miedo”. No se trata, como algunos han sugerido, de un exotismo judicial, sino de un acto de justicia epistémica. Derrida (1994), en su texto “La fuerza de la ley”, afirma que todo derecho se funda en un acto de lenguaje performativo que reclama ser escuchado como justo. Si el lenguaje judicial niega la posibilidad de que los pueblos indígenas hablen en su propia ontología, entonces no hay justicia, sino repetición de la violencia colonial.

### ***3. Jurisprudencia comparada: Colombia y Bolivia como referentes***

Colombia y Bolivia ofrecen antecedentes valiosos en la incorporación de la espiritualidad como categoría jurídica. En el caso colombiano, la Sentencia T-851/14 reconoce el derecho de las comunidades indígenas a ser juzgadas conforme a sus sistemas normativos propios, incluyendo castigos espirituales. Más aún, afirma que el Estado no puede imponer una visión única del daño, pues eso violaría el principio de diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución de 1991. El caso involucra a una mujer indígena que solicitó protección frente a una amenaza de «encantamiento» —una forma de hechizo tradicional—, y la Corte reconoció que el temor de la víctima no era “irracional” sino contextual.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia SCP 0904/2016, analizó un caso donde un hombre fue acusado de realizar actos de «encantamiento y envenenamiento espiritual». La sentencia no sólo reconoce la existencia de tales prácticas, sino que afirma que el derecho estatal no puede ignorarlas sin caer en “colonialismo jurídico”. Ambos casos respaldan la línea argumentativa seguida por el juzgado peruano: aceptar el daño espiritual como

parte de la vivencia real de la víctima, y por tanto como susceptible de tutela judicial.

### ***Implicancias normativas para la Ley N.º 30364***

La Ley N.º 30364, si bien es un avance importante en la protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, todavía presenta vacíos respecto a los contextos culturales diversos del país. En su artículo 6 se define la violencia psicológica, pero no se ofrece una tipología suficientemente amplia para incluir manifestaciones simbólicas o espirituales. Se habla de «acciones que causen daño emocional», pero no se explicita que este daño puede provenir de amenazas espirituales, rituales, o invocaciones tradicionales.

Proponemos, en base al análisis del caso, que la Ley sea modificada para incluir expresamente como forma de violencia psicológica:

“Toda amenaza o acto que, en el marco de la cosmovisión cultural de la víctima, tenga como finalidad generar sufrimiento emocional mediante el uso de símbolos, rituales, maldiciones, invocaciones o manipulaciones de tipo espiritual, mágico o ancestral.”

Esto permitiría no solo visibilizar estas formas de violencia, sino también proteger a quienes, por motivos culturales, no denuncian por temor a ser ridiculizadas o ignoradas por las autoridades.

### ***Transformaciones en la formación jurídica y protocolos judiciales***

Finalmente, este caso pone en evidencia la necesidad urgente de reformar la formación de jueces, fiscales y defensores públicos. La interculturalidad no debe limitarse a un curso optativo o a un protocolo simbólico. Se requiere un cambio curricular profundo que incorpore:

- Antropología jurídica obligatoria.
- Análisis de jurisprudencia intercultural latinoamericana.
- Teoría crítica del derecho.
- Psicología cultural y evaluación del daño no material.
- Módulos prácticos sobre justicia comunal y espiritualidad.

Asimismo, el Poder Judicial debe implementar protocolos interculturales reales y no meramente decorativos, donde los peritajes antropológicos sean rutinarios en casos de comunidades indígenas, donde se reconozca la validez jurídica de los daños simbólicos, y donde se articule de forma efectiva con los sistemas de justicia comunal existentes en el país.

## ***6. ¿Una forma de regulación jurídica de las prácticas esotéricas en el Perú?***

El caso Yungay, si bien fue resuelto bajo el marco de protección frente a la violencia psicológica según la Ley N.º 30364, introduce implícitamente un efecto regulador sobre el mundo de las prácticas esotéricas y rituales en el país. No se trata de una legislación directa sobre chamanismo, curanderismo, lectura de coca o hechicería —como podría sugerir un código penal específico—, sino de una regulación indirecta mediante la tipificación de los efectos nocivos que dichas prácticas pueden producir cuando son utilizadas como instrumentos de control, amenaza o agresión.

En el Perú, las prácticas esotéricas gozan de una tolerancia ambigua: por un lado, forman parte del patrimonio cultural inmaterial en muchas regiones andinas y amazónicas; por otro, son vistas con sospecha desde el punto de vista urbano, racionalista y legalista. En efecto, no existe una norma que las regule directamente, ni como actividad económica ni como forma de medicina alternativa. No obstante, cuando se producen daños —materiales, emocionales, psicológicos o incluso patrimoniales— derivados de dichas prácticas, el derecho

comienza a intervenir. Pero lo hace desde sus categorías propias: estafa, lesiones, violencia familiar, manipulación emocional.

La resolución judicial en cuestión no penaliza el acto ritual en sí. No sanciona a los brujos o chamanes, ni prohíbe el uso de objetos espirituales. Lo que hace es reconocer que ciertos actos esotéricos, cuando son realizados con la intención de causar daño emocional o controlar a una persona en el marco de una relación de poder o familiaridad, pueden constituir violencia psicológica y por tanto merecen respuesta jurídica. Esta distinción es clave: no se regula la espiritualidad en sí, sino su instrumentalización para el sometimiento.

Este enfoque puede leerse como el nacimiento de un modelo regulatorio sui generis, donde no se censura la creencia, pero sí su uso lesivo. Como ocurrió en el derecho europeo medieval con la brujería, o en el derecho colonial con los «hechiceros indios», el problema jurídico no era la creencia en sí, sino el momento en que esa creencia se volvía un arma. Hoy, sin caer en la persecución religiosa ni en el etnocentrismo penal, el Estado moderno intercultural reconoce que lo espiritual, cuando se convierte en herramienta de dominación, debe tener límites normativos.

Desde un punto de vista más técnico, se trata de una norma con efecto disuasivo, que pone un marco legal claro: ninguna práctica espiritual o esotérica puede estar por encima del derecho de las personas a vivir libres de miedo, angustia y manipulación. Este principio, derivado tanto de los derechos humanos como del pluralismo jurídico, establece un criterio operativo para futuros casos: la libertad de ritualizar termina donde comienza el daño comprobable, incluso si dicho daño es de naturaleza espiritual.

Esta jurisprudencia podría abrir paso a una futura legislación o reglamentación más precisa, que defina los límites entre la libertad ritual y la responsabilidad civil o penal. Por ejemplo, se podría plantear la necesidad de registro o certificación mínima para quienes ofrecen servicios espirituales con fines lucrativos, o al menos establecer canales de denuncia para quienes hayan sido víctimas de manipulación

bajo supuestos esotéricos. Sin embargo, todo avance en esa dirección debería estar sustentado en un diálogo profundo con las comunidades que practican estas formas de espiritualidad, evitando caer en prohibiciones o patologizaciones desde el centro hacia la periferia.

En suma, **el caso Yungay marca un primer paso hacia la construcción de una doctrina jurídica sobre el uso nocivo de prácticas esotéricas en el Perú**, no mediante prohibiciones, sino a través del reconocimiento de su impacto en la salud mental y emocional de las personas, especialmente cuando dichas prácticas son ejercidas en contextos de violencia doméstica, control de pareja, o presión emocional reiterada.

### ***7. ¿El brujo como cómplice o como trabajador?: Límites de la libertad de ejercicio en contextos de violencia***

Uno de los puntos más polémicos del expediente judicial es la participación activa de un tercero —identificado en los actuados como un “brujo” o practicante de rituales— en los actos de coerción emocional sufridos por la víctima. Según las declaraciones, este sujeto fue contratado o invocado por el agresor para realizar rituales destinados a causar miedo, malestar o desequilibrio espiritual a su pareja. El brujo habría entregado objetos rituales (muñecos, “amarres”, collares o elementos “maleficos”) con el objetivo expreso de que fueran usados para someter emocionalmente a la mujer.

Aquí se abre un debate jurídico central: ¿Puede este brujo ser considerado legalmente como un trabajador autónomo que ejerce su oficio esotérico, o debe ser calificado como cómplice de violencia psicológica?

#### *Libertad de trabajo vs. responsabilidad por daño*

La Constitución Política del Perú, en su artículo 23, garantiza el derecho al trabajo libre y voluntario. En principio, cualquier persona puede ejercer una ocupación lícita sin ser discriminada por su cosmovisión o método. Sin embargo, como

todo derecho, este no es absoluto. Tal como indica el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC), **el ejercicio de una libertad fundamental no puede usarse para vulnerar otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad psíquica, la dignidad humana o la igualdad ante la ley.**

Aplicando este criterio, no puede ampararse en la libertad de trabajo a quien, invocando ritualidad o misticismo, interviene con conocimiento y voluntad para perjudicar emocionalmente a una persona. Si el brujo sabía que sus prácticas serían usadas para manipular, controlar o aterrorizar a la víctima —y especialmente si fue contratado con ese fin—, entonces se configura una **colaboración dolosa** en un acto de violencia psicológica.

a. Complicidad: elementos jurídicos

Desde el punto de vista del derecho penal, la figura de la complicidad se configura cuando un sujeto colabora con actos que facilitan o refuerzan la conducta del autor principal, sin ser necesariamente quien ejecuta la acción principal. El Código Penal peruano, en su artículo 25, establece:

«Son cómplices los que, dolosamente, presten ayuda o asistencia para la realización del hecho punible, o intervienen en su preparación o ejecución.»

Si bien la Ley N.º 30364 opera en el ámbito de protección civil y no penaliza directamente al cómplice en sede administrativa, la colaboración del brujo puede ser tomada en cuenta como elemento agravante en la valoración del daño y del riesgo continuado. Incluso puede abrir la posibilidad de una denuncia penal paralela si se demuestra que su actuación tuvo efectos persistentes en la salud emocional de la víctima.

En casos similares en América Latina, los tribunales han reconocido la participación de curanderos, parapsicólogos o líderes espirituales como cómplices cuando se acredita su participación intencional en prácticas de control emocional.

Por ejemplo, en la Sentencia T-514/18 de la Corte Constitucional de Colombia, se abordó la actuación de un “guía espiritual” que reforzaba la violencia de pareja a través de ritos que limitaban la libertad de decisión de la mujer, configurando así una intervención funcional en el ciclo de violencia.

### *El brujo como actor social: ¿víctima de instrumentalización?*

No obstante, también es posible —y antropológicamente legítimo— considerar que el brujo no siempre actúa como cómplice, sino que puede ser instrumentalizado por el agresor principal. En contextos rurales, muchos curanderos o “yatiris” no comprenden plenamente las dinámicas legales ni el impacto psicológico de sus rituales, y realizan sus prácticas por pedido o retribución económica sin intención dolosa.

En este caso, la valoración judicial debe ser fina y contextual. Si se prueba que el brujo fue inducido a actuar bajo engaño, sin conocer los efectos reales de sus actos sobre la víctima, podría ser considerado como un tercero no responsable. Pero si hay evidencia —como conversaciones, instrucciones específicas o pagos vinculados al control emocional de la víctima—, la línea entre práctica espiritual y complicidad se vuelve más nítida, y la intervención judicial se justifica plenamente.

### *Propuesta: regulación mínima sin criminalización cultural*

Para prevenir abusos sin caer en criminalización cultural, se propone que las autoridades desarrollen criterios interculturales para distinguir entre prácticas esotéricas legítimas y aquellas que constituyen medios de violencia. Esto no implica perseguir brujos ni cerrar templos, sino establecer principios como:

- Consentimiento informado del consultante.
- Prohibición de rituales dirigidos a terceros sin su autorización.
- Responsabilidad en caso de afectaciones documentadas a la salud emocional o integridad de terceros.

- Protocolos de intervención de fiscalía cuando se acredite daño psicológico derivado de prácticas esotéricas pagadas o rituales de coerción.

## **Conclusiones**

El análisis del expediente N.º 00211-2025-0-0213-JR-FT-01, resuelto por el Juzgado Especializado Civil de Yungay, constituye un hito en la progresiva apertura del sistema jurídico peruano hacia formas no occidentales de concebir el daño, la prueba y la justicia. Lejos de tratarse de un caso anecdótico, la sentencia representa un acto de reconocimiento jurídico y epistémico de las formas de violencia que, aunque tradicionalmente invisibilizadas por el derecho estatal, son vividas como reales, graves y devastadoras por miles de personas pertenecientes a comunidades andinas.

En primer lugar, este caso nos obliga a repensar la categoría de “daño psicológico” desde una perspectiva culturalmente situada. En contextos interculturales, lo espiritual no es una dimensión metafísica marginal, sino un eje estructurante de la vida cotidiana. El ajayu, la relación con los Apus, la Pachamama, los ancestros y los símbolos rituales, conforman un entramado ontológico desde el cual se experimenta el mundo. Por tanto, amenazar con “robar la sombra”, “despertar a los muertos”, o “maldecir con coca negra” no es un acto simbólico irrelevante, sino una agresión con efectos concretos sobre el cuerpo y la psique, legitimados en el marco cultural de la víctima (Walsh, 2009).

Este reconocimiento implica un giro epistemológico fundamental. El derecho moderno, heredero de la racionalidad ilustrada y del positivismo jurídico, ha operado históricamente bajo una ontología del daño centrada en lo físico, lo mensurable y lo demostrable mediante pruebas empíricas (Santos, 2002). Sin embargo, tal como lo han demostrado estudios desde la antropología del derecho (Stavenhagen, 2006), esta visión excluye un amplio espectro de sufrimientos reales experimentados por sujetos que viven en mundos donde el lenguaje tiene

poder performativo, y donde los símbolos pueden herir tanto como los objetos contundentes (Butler, 1997; Bourdieu, 1991).

El fallo del Juzgado de Yungay interpela, por tanto, al núcleo epistémico del derecho. Al admitir como prueba válida un informe antropológico-cultural, y al reconocer la eficacia lesiva de actos rituales o simbólicos, el juez no solo actuó conforme a derecho, sino que inauguró una praxis de justicia intercultural que articula lo normativo con lo culturalmente significativo. En palabras de Derrida (1994), todo derecho se funda en un acto de lenguaje que reclama ser oído como justo. La sentencia de Yungay escuchó la voz de la víctima no como superstición, sino como testimonio legítimo de una agresión espiritual con consecuencias reales.

En segundo lugar, el caso plantea la urgencia de una reforma doctrinal y normativa del marco legal peruano, en especial de la Ley N.º 30364, para incorporar explícitamente la categoría de “violencia espiritual” como modalidad específica de violencia psicológica. Actualmente, el artículo 6 de dicha Ley define la violencia psicológica como toda acción o conducta que cause daño emocional, sin embargo, no se explicita que dicho daño puede provenir de prácticas simbólicas, rituales o espirituales. Esta omisión deja en situación de vulnerabilidad a numerosas víctimas, cuyas experiencias no encuentran eco en las categorías jurídicas vigentes.

En consecuencia, proponemos que se incorpore un inciso específico en la Ley N.º 30364 que señale: “Se entiende por violencia espiritual aquella forma de agresión que, en el marco de la cosmovisión de la víctima, utiliza amenazas, símbolos, rituales, maldiciones o invocaciones con la finalidad de producir daño emocional, desequilibrio anímico o control psíquico.”

Esta reforma tendría no solo valor normativo, sino también pedagógico, en la medida en que permitiría visibilizar formas de violencia culturalmente específicas, usualmente ridiculizadas o minimizadas por operadores jurídicos formados bajo una racionalidad eurocéntrica (Quijano, 2000).

En tercer lugar, el caso de Yungay ofrece una lección importante sobre la necesidad de formación intercultural en todos los niveles del sistema judicial. La sentencia no hubiera sido posible sin la disposición del juzgado a considerar otras fuentes de saber, incluyendo informes antropológicos, testimonios comunitarios y lecturas no literarias de los actos denunciados. Esto muestra que el pluralismo jurídico no se realiza sólo con normas, sino también con sujetos capacitados para comprender la diversidad epistémica del país. En este sentido, se hace indispensable una reforma curricular profunda en las facultades de derecho y en la Escuela de la Magistratura, que incluya:

- Cursos obligatorios de antropología jurídica y filosofía intercultural.
- Estudio de jurisprudencia intercultural latinoamericana (Colombia, Bolivia, Ecuador).
- Formación en epistemologías del sur y crítica al universalismo jurídico (Santos, 2002; Walsh, 2009).
- Talleres de análisis de peritajes antropológicos y culturales.
- Protocolos prácticos para la interacción con sistemas comunales de justicia.

Sin esta transformación formativa, los esfuerzos normativos seguirán siendo letra muerta, y las decisiones judiciales como la de Yungay seguirán siendo excepcionales, cuando deberían convertirse en modelo de actuación en contextos interculturales.

En cuarto lugar, la sentencia analizada introduce un precedente valioso en cuanto al tratamiento legal de las prácticas esotéricas y rituales en el Perú. El fallo no penaliza la espiritualidad en sí, ni prohíbe el uso de elementos rituales; lo que sanciona es el uso instrumentalizado de dichos elementos con fines de dominación emocional, coerción psíquica o intimidación simbólica. Este matiz es fundamental. En vez de criminalizar la cultura, se establecen límites normativos

para evitar que la libertad ritual se convierta en un escudo para justificar actos de violencia (Tribunal Constitucional del Perú, 2003).

Esta línea argumentativa se alinea con lo resuelto por tribunales de otros países pluriculturales. En Colombia, por ejemplo, la Sentencia T-851/14 reconoce que el daño espiritual puede ser jurídicamente relevante, en tanto se viva como real y produzca efectos concretos en la salud emocional de la víctima. En Bolivia, la Sentencia SCP 0904/2016 del Tribunal Constitucional Plurinacional afirma que negar la existencia de prácticas de daño espiritual equivale a ejercer un “colonialismo jurídico” que desconoce la validez epistémica de los pueblos indígenas. El Perú no puede permanecer ajeno a estos avances.

En quinto lugar, el caso de Yungay plantea un desafío jurídico sobre la figura del “brujo” o especialista ritual que actúa como cómplice en contextos de violencia psicológica. La participación activa de un tercero en la producción del daño simbólico obliga a distinguir entre el ejercicio legítimo de una práctica espiritual y la colaboración dolosa en una conducta violenta. Aquí se requiere un análisis caso por caso, considerando el grado de conciencia, intencionalidad y autonomía del especialista ritual.

Si el “brujo” actuó con conocimiento de causa, sabiendo que su intervención ritual buscaba atemorizar o someter a una persona, entonces se configura una forma de complicidad según el artículo 25 del Código Penal. Pero si fue instrumentalizado o desconocía el contexto de violencia, su responsabilidad disminuye. En ambos casos, la autoridad judicial debe actuar con sensibilidad antropológica y no caer en estigmatizaciones automáticas. Una propuesta razonable sería crear un protocolo de actuación fiscal para este tipo de casos, con participación de antropólogos forenses y expertos en cosmovisiones andinas.

Finalmente, el caso Yungay tiene un valor paradigmático no sólo por lo que resuelve jurídicamente, sino por lo que representa en el plano simbólico: un gesto de respeto hacia los saberes ancestrales y las experiencias subjetivas de las comunidades indígenas. En un país donde la diversidad cultural ha

sido históricamente negada, donde lo andino ha sido tratado como folklore o superstición, esta sentencia afirma que la espiritualidad no es una creencia irrelevante, sino un modo de estar en el mundo que merece reconocimiento legal. No se trata de validar acríticamente todas las prácticas culturales, sino de construir un derecho que escuche, dialogue y responda con justicia plural.

Como señala Boaventura de Sousa Santos (2002), el pluralismo jurídico no es una concesión benevolente del Estado hacia las culturas subalternas, sino una exigencia de justicia epistémica en sociedades desiguales. Reconocer el daño espiritual como hecho jurídico no implica abrir la puerta a la arbitrariedad, sino ensanchar el horizonte de la justicia hacia formas de sufrimiento que, aunque invisibles a los ojos positivistas, son reales, lacerantes y socialmente legitimadas.

Este es, en última instancia, el desafío que se abre a partir del caso de Yungay: construir un derecho intercultural que no tema abandonar el monoculturalismo ilustrado, que no reduzca el mundo a lo que cabe en un expediente, y que comprenda que, para muchas personas en el Perú profundo, vivir sin miedo significa también vivir libres de maleficios, invocaciones y amenazas del alma. La ley, si quiere ser justa, debe proteger también ese derecho.

## **Bibliografía**

- Austin, J. L. (1962). *How to do things with words*. Oxford University Press.
- Bourdieu, P. (1991). *Language and symbolic power* (J. B. Thompson, Ed.; G. Raymond & M. Adamson, Trans.). Harvard University Press.
- Butler, J. (1997). *Excitable speech: A politics of the performative*. Routledge.
- Derrida, J. (1994). *Force of law: The “mystical foundation of authority”*. *Cardozo Law Review*, 11(5–6), 919–1045.
- Foucault, M. (1991). Governmentality. In G. Burchell, C. Gordon & P. Miller (Eds.), *The Foucault effect: Studies in governmentality* (pp. 87–104). University of Chicago Press.
- Morveli Salas, M. (2021). *Antropología jurídica*. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

- Quijano, A. (2000). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. In E. Lander (Ed.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales* (pp. 201–246). CLACSO.
- Santos, B. de S. (2002). *El milenio huérfano: Ensayos para una nueva cultura política*. Editorial Trotta.
- Stavenhagen, R. (2006). *Los pueblos indígenas y sus derechos*. UNESCO.
- Walsh, C. (2009). Interculturalidad crítica y pedagogía decolonial: las condiciones/posibilidades del pensar(nos) de otro modo. In S. Castro-Gómez, R. Grosfoguel & N. Maldonado-Torres (Eds.), *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 79–116). Siglo del Hombre Editores.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC]. (2009). Observación general N.º 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Naciones Unidas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-851/14. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-514/18. Bogotá: Corte Constitucional.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia Exp. N.º 0024-2003-AI/TC. Lima: Tribunal Constitucional.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2016). Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0904/2016. La Paz: TCP Bolivia.