

Foto de portada

José Lucas Caparó Muñiz
(1845-1921)

Abogado cusqueño. Fundador de la Sociedad de Abogados (abril de 1891) y gestor del Centro Cívico de Abogados del Cusco, siendo además su primer Decano Interino entre los meses de octubre de 1893 y abril de 1894.

Fue Diputado (1895-1900 y 1901-1906), Diputado Constituyente (1881), Senador de la República (1891 y 1892-1893), Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública, Presidente de la Junta Departamental de Gobierno, Alcalde de la ciudad y Jefe de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Coleccionista de piezas arqueológicas y dramaturgo.



ICAC

Revista del Foro Cusqueño

1

REVISTA DEL FORO CUSQUEÑO

Ilustre Colegio de Abogados del Cusco
N.º 1, 2025



ISSN: 3119-7469

Consejo Directivo - ICAC
2025 - 2026

Franz Chevarría Montesinos
Decano

Ruth León Rozas
Vicedecano

Manuel Jesús Cáceres Nuñez
Secretaría General

María Antonieta Álvarez Trujillo
Dirección de Economía

Jimmy Daniel Jurado Palma
Dirección Académica y de
Promoción Cultural

Amílcar Encalada Zavala
Dirección de Ética y Deontología
Profesional

Brayan Adrián Aguirre Solís
Dirección de Defensa Profesional

Juan Carlos Delgado Uñda
Dirección de Bienestar Social

Genaro Julio Álvarez López
Dirección de Consultoría y
Comisiones

Liliana Coronado Gamarra
Dirección de Control Funcional

Roger Herraiza Maldonado
Dirección de Patrimonio

Consejo de Fiscalización

Yessenia Quispe Ayala
Presidenta del Consejo de
Fiscalización

Yeni Yolanda Meza Vargas
Secretaria del Consejo de
Fiscalización

Rubén Calderón Velasco
Candy Rodríguez Ugarte
Ruth K. Huacarpuma Huacarpuma
Vocales

REVISTA DEL FORO CUSQUEÑO

Ilustre Colegio de Abogados del Cusco

N.º 1, 2025





REVISTA DEL FORO CUSQUEÑO N.º 1, DICIEMBRE 2025
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

© **Colegio de Abogados del Cusco**

Urb. La Planicie, calle Quiswar N.º 18-19-20, Cusco, Cusco, Perú
mesapartes@icacperu.org.pe
www.icacperu.org.pe
+51 997 309 705

© **De los autores**

© **Editores**

Dr. Jimmy Daniel Jurado Palma
Dr. Isaac Castro Cuba Barineza
Dr. Percy Velásquez Delgado
Dra. Liliana Coronado Gamarra
Abg. Almendra Joana Monteagudo Mosqueira

© **Pacha Sur Ediciones / Colección Derecho y Sociedad**

Rubén Aslla Cumpa
Av. Collasuyo J-7, Cusco, Cusco, Perú
siwarqente30@gmail.com
+51 946 834 436

Corrección de estilo (castellano): Alejandro I. Aparicio Rodríguez / Pacha Sur Ediciones
Corrección de estilo (inglés): José Melitón Valverde Córdova / Pacha Sur Ediciones
Portada y diseño de interiores: Rubén Aslla Cumpa / Pacha Sur Ediciones

Foto de portada: José Lucas Caparó Muñiz © Robert Singona Pumacahua & Katterin
Adriana Flores Gamarra, óleo sobre lienzo, 120 x 100 cm., Ilustre Colegio de Abogados
del Cusco

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2025-15048
ISSN: 3119-7469 (Impresa)

Impreso en Perú/Printed in Peru
Tiraje: 1000 ejemplares
Diciembre de 2025

Se terminó de imprimir en diciembre de 2025 en:
Copy & Print de Rubén Aslla
Av. Collasuyo J-7, Cusco, Cusco

Prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación por cualquier medio o
procedimiento, sin la autorización previa de los autores.

**Consejo Directivo del
Ilustre Colegio de Abogados del Cusco 2025 - 2026**

Jim Franz Chevarría Montesinos

Decano

Ruth León Rozas

Vicedecana

Jimmy Daniel Jurado Palma

Director Académico y de Promoción Cultural

Roger Hermoza Maldonado

Director de Patrimonio

Amilcar Encalada Zavala

Director de Ética y Deontología Profesional

Manuel Jesús Cáceres Núñez

Secretario General

Genaro Julio Álvarez López

Director de Consultoría y Comisiones

Brayan Adrián Aguirre Solís

Director de Defensa Profesional

Juan Carlos Delgado Unda

Director de Bienestar Social

Liliana Coronado Gamarra

Directora de Control Funcional

Alex Javier Benites Tito

Oficial Mayor

Comité Editorial

Dr. Jimmy Daniel Jurado Palma

Dr. Isaac Castro Cuba Barineza

Dr. Percy Velásquez Delgado

Dra. Liliana Coronado Gamarra

Abg. Almendra Joana Monteagudo Mosqueira

Contenido

13 A modo de introducción

Franz Chevarría Montesinos

PRIMERA PARTE

19 DERECHO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA Y GOBERNANZA

21 Crisis de legitimidad del Poder Judicial y percepciones sociales sobre la justicia

Cornelio Herrera Pfuyo

31 ¿Debe incluirse al Presidente de la República en el mecanismo de revocatoria en el Perú?

Eduardo Jesus Chocano Ravina & Gianfranco Jose Canales Pacheco

49 La participación de las Fuerzas Armadas en escenarios no previstos en el Decreto Legislativo N.º 1095: un análisis a propósito de las Elecciones Generales de 2026

Kristian Paul Cancapa Luque

61 La Ley N.º 32182 y los riesgos para los derechos constitucionales del justiciable y las funciones fiscal y judicial en los requerimientos de prisión preventiva

Ruth Leon Rozas

SEGUNDA PARTE

- 71 **DERECHO PENAL, PROCESAL PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL**
- 73 **La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad: análisis de casos recientes y jurisprudencia en América Latina**
Carlos Manuel Chambi Porroa
- 93 **La ignorancia deliberada como tercera forma de imputación subjetiva: a propósito de la fundamentación en la sentencia contra Ollanta Humala**
Daniel Jurado Palma & Héctor Rusbell Choque Córdova
- 105 **La participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación: alcances y desafíos**
Johan's Arturo Cárdenas Díaz
- 123 **Reinserción social y derechos de las personas privadas de libertad: ¿política pública o discurso vacío?**
Alex Fernández Lara

TERCERA PARTE

- 141 **DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL**
- 143 **Violaciones al Derecho Internacional Humanitario y la configuración del genocidio en Gaza: responsabilidad internacional de los Estados y actores armados**
Isaac Enrique Castro Cuba Barineza
- 153 **La dignidad humana como principio esencial de los derechos humanos: una reflexión contemporánea desde la teología del cuerpo**
José María Herrera Albino
- 165 **Violencia de género y justicia con enfoque interseccional: avances y desafíos normativos en América Latina**
Yremy Vanessa Galindo Luque

- 181 El reconocimiento legal de la naturaleza como sujeto de derechos: análisis comparado de los modelos de Ecuador y Bolivia**
Máximo Yanapa Cornejo

CUARTA PARTE

203 DERECHO Y TECNOLOGÍA

- 205 De la fragmentación a la gobernanza global: lecciones históricas para una regulación internacional de la inteligencia artificial**
José Manuel Romero Pardo & José Andrés Alday Pumaricra

QUINTA PARTE

225 DERECHO CIVIL, FAMILIA Y CONFLICTOS DE INTERÉS

- 227 La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación**
Wiliam Condori Mamani

SEXTA PARTE

241 DERECHO ECONÓMICO Y REGULACIÓN

- 243 La regulación de las economías de plataforma: el caso Airbnb y la Norma Local 18 de Nueva York, con proyecciones para la ciudad del Cusco**
Genaro Julio Alvarez López

A modo de introducción

Revista del Foro Cusqueño del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, 2025

En cumplimiento del mandato institucional del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco de promover la investigación y la divulgación científica de los miembros de nuestro gremio, es un honor presentar la edición 2025 de la Revista del Foro Cusqueño.

Heredera de la antigua Gaceta Judicial, cuya primera edición vio la luz en abril de 1893 —y que a lo largo de nuestra historia institucional ha sido nuevamente editada en distintos formatos y nombres—, en esta oportunidad y gracias a la Dirección Académica de nuestra institución, nuestra revista se define como un espacio de investigación, reflexión y aporte doctrinal al debate jurídico local con una proyección nacional e internacional.

Por ello, a partir de esta edición damos inicio a un nuevo período, pues buscamos consolidar un espacio editorial de excelencia que cumpla los criterios de calidad, rigurosidad metodológica, pertinencia temática y estandarización científica, lo que nos permitirá alcanzar, en un corto tiempo, su indexación académica, convirtiendo así nuestra revista en un referente andino de contenido jurídico, para el prestigio de nuestra institución y, sobre todo, de los colegas que generosamente participan en ella.

Además, nuestra revista tiene particular oportunidad porque, en sus distintos artículos, promueve una discusión rigurosa sobre temas jurídicos en un contexto en el que la volatilidad política, la complejidad institucional y las profundas transformaciones tecnológicas demandan a los profesionales del derecho repensar nuestras instituciones jurídicas para dar paso a nuevas respuestas a la sociedad a la que nos debemos.

En razón de los artículos de su contenido, debo afirmar que todos ellos forman un conjunto compacto de información y análisis jurídicos, mostrando el esfuerzo y compromiso de sus autores, quienes, desde la pluralidad de sus expe-

riencias profesionales, abordan con mucha profundidad temas que representan la vitalidad de la academia cusqueña y su interés en seguir siendo parte de los debates que hoy preocupan al mundo.

En la Primera parte, Derecho Constitucional, Democracia y Gobernanza, el Dr. Cornelio Herrera Pfuyo ofrece un estudio empírico particularmente relevante en el contexto regional: “Crisis de legitimidad del Poder Judicial y percepciones sociales sobre la justicia”. La investigación —de enfoque cualitativo— recoge voces ciudadanas que evidencian desconfianza hacia la administración de justicia, ofreciendo evidencia empírica local que contribuye al debate nacional sobre el fortalecimiento institucional, la gobernanza judicial y la legitimidad democrática.

Desde el ámbito de los derechos de participación y control ciudadano consagrados en la Constitución de 1993 se desarrolla el artículo titulado “¿Debe incluirse al Presidente de la República en el mecanismo de revocatoria en el Perú?”, elaborado por los colegas Dr. Eduardo Jesús Chocano Ravina y Dr. Gianfranco José Canales Pacheco, quienes analizan la institución constitucional de la revocatoria, discutiendo los pros y contras de extenderla a la figura del Presidente de la República. Oportuno trabajo en estos años en los que la legitimidad presidencial ha sido reiteradamente cuestionada por la sociedad y el elenco político de nuestro país.

Un artículo de latente actualidad es el titulado “La participación de las Fuerzas Armadas en escenarios no previstos en el Decreto Legislativo N.º 1095: un análisis a propósito de las Elecciones Generales de 2026”, de autoría del Dr. Kristian Paul Cancapa Luque, en la medida en que desarrolla un completo análisis sobre la obligación de nuestras Fuerzas Armadas y Policía Nacional de garantizar, proteger, fomentar y respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos, en este caso en un proceso electoral. Imprescindible en estos días en los que el país vive un proceso de elecciones generales, regionales y municipales.

Desde la misma línea constitucional, la Dra. Ruth León Rozas presenta el artículo titulado “La Ley N.º 32182 y los riesgos para los derechos constitucionales del justiciable y las funciones fiscal y judicial en los requerimientos de prisión preventiva”, en el que cuestiona el uso de la prisión preventiva, presentando evidencias, datos y propuestas para la mejora de las normas y de esta institución procesal penal.

En la Segunda parte, Derecho Penal, Procesal Penal y Política Criminal, se incluye el trabajo titulado “La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad: análisis de casos recientes y jurisprudencia en América Latina”, de autoría del Dr. Carlos Manuel Chambi Porroa, quien, de forma elocuente, llama la atención sobre el abuso de la prisión preventiva en América Latina, donde en

muchos casos se olvida que se trata de una medida excepcional que debe aplicarse con respeto irrestricto a toda persona procesada, y no como si se tratase de una regla regular del proceso penal.

De igual manera, el Dr. Daniel Jurado Palma, en coautoría con el estudiante Héctor Rusbell Choque Córdova, presenta el artículo “La ignorancia deliberada como tercera forma de imputación subjetiva: a propósito de la fundamentación en la sentencia contra Ollanta Humala”, en el que, utilizando un caso concreto como fue el proceso por lavado de activos contra el expresidente Ollanta Humala, advierten inconsistencias originadas por un conflicto entre la tradición jurídica romano-germánica y la del common law, vulnerándose el principio de legalidad y motivándose de forma errónea la institución de la ignorancia. Sin duda, un tema de debate actual que motiva la reflexión y el estudio.

Asimismo, el Dr. Johan’s Arturo Cárdenas Díaz analiza aspectos propios del derecho procesal penal en el artículo “La participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación: alcances y desafíos”, en el que aborda la participación de los profesionales del derecho en las distintas dimensiones del control requerido para verificar la viabilidad jurídica y probatoria del requerimiento fiscal antes del juicio oral, todo ello con la finalidad de garantizar los derechos de los imputados y dar legitimidad al sistema penal en su conjunto.

Otro tema de palpitante actualidad es la política penitenciaria del país, tal como lo evidencian los debates públicos nacionales. En ese sentido, el Dr. Alex Fernández Lara presenta su trabajo titulado “Reinserción social y derechos de las personas privadas de libertad: ¿política pública o discurso vacío?”, en el que critica la efectividad de las políticas de reinserción de los presos del Perú, al punto de argumentar que, en muchos casos, más que políticas públicas reales estamos frente a discursos efectistas que se quedan en la norma pero no se aterrizan en la realidad concreta.

En la Tercera parte, Derechos Humanos y Derecho Internacional, el Dr. Isaac Enrique Castro Cuba Barineza presenta el artículo titulado “Violaciones al Derecho Internacional Humanitario y la configuración del genocidio en Gaza: responsabilidad internacional de los Estados y actores armados”, en el que analiza las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidas en la Franja de Gaza, examinando su posible configuración como genocidio y las implicancias jurídicas que ello conlleva en el marco del Derecho Internacional Público, incluyendo las limitaciones de las instituciones internacionales que podrían abordar este conflicto.

El colega cusqueño Dr. José María Herrera Albino nos presenta el trabajo titulado “La dignidad humana como principio esencial de los derechos humanos: una reflexión contemporánea desde la teología del cuerpo”, en el que, desde un enfoque multidisciplinario, centra argumentos sobre la dignidad humana como

base primigenia, esencial e inalienable de los derechos humanos, con especial énfasis en el derecho a la vida desde la perspectiva de la Teología del Cuerpo de San Juan Pablo II. Para ello analiza marcos jurídicos nacionales e internacionales, así como casos más emblemáticos en el contexto peruano, que ilustran al lector con un marco informativo completo sobre el particular.

Desgraciadamente, la violencia de género aún sigue siendo un flagelo de nuestras sociedades y, desde el derecho, urge una revisión y mayor impulso para enfrentarla. Esta es la motivación de la Dra. Yremy Vanessa Galindo Luque, quien presenta su artículo titulado “Violencia de género y justicia con enfoque interseccional: avances y desafíos normativos en América Latina”. En este trabajo se aborda el problema del acceso a la justicia para las víctimas de la violencia, analizando las barreras estructurales que impiden su oportuna atención.

Como un aporte al Derecho Constitucional y a la teoría de los derechos fundamentales, el colega Dr. Máximo Yanapa Cornejo presenta el trabajo titulado “El reconocimiento legal de la naturaleza como sujeto de derechos: análisis comparado de los modelos de Ecuador y Bolivia”, en el que analiza los pronunciamientos de las cortes de los referidos países que han considerado a la naturaleza como sujeto de derecho, generando a partir de ahí intensos debates y reflexiones que seguramente también influirán en nuestro país.

En la Cuarta parte, Derecho y Tecnología, debe mencionarse el artículo titulado “De la fragmentación a la gobernanza global: lecciones históricas para una regulación internacional de la inteligencia artificial”, de autoría de los colegas trujillanos Dr. José Manuel Romero Pardo y Dr. José Andrés Alday Pumaricra, quienes abordan las implicancias de la inteligencia artificial y su impacto en distintos ámbitos, entre ellos el derecho, llamando la atención sobre la necesidad de una mejor regulación y gobernanza.

En la Quinta parte, Derecho Civil, Familia y Conflictos de Interés, se incluye el artículo “La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación”, de autoría del Dr. William Condori Mamani, en el que se discuten aspectos propios del derecho de familia, como los conflictos por la tenencia de los hijos y el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Finalmente, en la Sexta parte, Derecho Económico y Regulación, desde el ámbito del derecho empresarial, el Dr. Genaro Julio Álvarez López presenta el artículo titulado “La regulación de las economías de plataforma: el caso Airbnb y la Norma Local 18 de Nueva York, con proyecciones para la ciudad del Cusco”, en el cual plantea los retos de las nuevas formas de participación en el mercado turístico, atendiendo al desarrollo de las nuevas tecnologías y a riesgos como nuevas pandemias, migraciones, entre otros. Como se puede apreciar, esta revista es, sin duda alguna, una contribución al fortalecimiento del pensamiento

jurídico, y por ello confiamos en que su amplitud, rigor y relevancia tendrán una valoración positiva entre los lectores de nuestra comunidad profesional y el público en general.

Invito entonces a nuestros colegiados, estudiantes, docentes universitarios, operadores jurídicos, académicos e investigadores a hacer de esta revista un punto de encuentro constante y permanente de nuestras reflexiones jurídicas, y a que esta iniciativa de nuestro Ilustre Colegio de Abogados promueva el diálogo, la crítica constructiva y la construcción colectiva de una justicia más humana, más eficiente y más respetuosa de los valores que rigen y unen a nuestro país.

Al finalizar, expreso mi gratitud a los trabajadores de nuestro colegio profesional, y en particular al Director y personal de nuestra Dirección Académica, a todos los autores, revisores, miembros del comité editorial y colaboradores que hicieron posible la Revista del Foro Cusqueño 2025. Que su esfuerzo sea, de alguna manera, compensado con futuras ediciones que continúen con el firme y noble propósito de hacer mucho más grande a nuestra institución.

Cusco, 20 de noviembre de 2025

Franz Chevarría Montesinos

Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco
2025–2026

PRIMERA PARTE

**DERECHO CONSTITUCIONAL,
DEMOCRACIA Y GOBERNANZA**

Crisis de legitimidad del Poder Judicial y percepciones sociales sobre la justicia

Crisis of legitimacy of the Judiciary and social perceptions of justice

Cornelio Herrera Pfuyo

Universidad Tecnológica de los Andes, Cusco, Perú

cherrerap@utea.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9721-8107>

Resumen

El artículo analiza la crisis de legitimidad del Poder Judicial peruano a partir de las percepciones sociales de la justicia en un contexto de desconfianza institucional generalizada. Mediante un enfoque cualitativo de tipo exploratorio y descriptivo, con diseño fenomenológico, se realizaron entrevistas semiestructuradas y grupos focales en la ciudad del Cusco durante 2025. Los resultados revelan una profunda desconfianza ciudadana hacia el sistema judicial, percibido como corrupto, ineficiente, politizado y distante de las necesidades sociales. Se identifican experiencias de exclusión, desigualdad y revictimización que afectan especialmente a los sectores vulnerables, así como un desencanto entre los estudiantes de Derecho frente a la brecha existente entre la teoría y la práctica judicial. Aunque se reconocen funcionarios honestos, estos son vistos como excepciones dentro de un sistema estructuralmente deteriorado. El estudio concluye que la legitimidad judicial en el Perú se encuentra comprometida tanto en el plano institucional como simbólico, y plantea la necesidad de reformas profundas orientadas a recuperar la confianza ciudadana y fortalecer el Estado de derecho.

Palabras clave: Legitimidad judicial, Percepciones sociales, Justicia, Confianza institucional, Enfoque cualitativo.

Abstract

The article analyzes the legitimacy crisis of the Peruvian judiciary based on social perceptions of justice in a context of widespread institutional distrust. Using a qualitative, exploratory, and descriptive approach with a phenomenological design, semi-structured interviews and focus groups were conducted in the city of Cusco during 2025. The results reveal profound public distrust towards the judicial system, perceived as corrupt, inefficient, politicized, and distant from social needs. Experiences of exclusion, inequality, and revictimization—particularly affecting vulnerable groups—were identified, as well as disillusionment among law students regarding the gap between judicial theory and practice. Although honest officials are nonetheless acknowledged, they are seen as exceptions within a structurally deteriorated system. The study concludes that judicial legitimacy in Peru is compromised both institutionally and symbolically, highlighting the need for far-reaching reforms aimed at restoring public trust and strengthening the rule of law.

Keywords: Judicial legitimacy, Social perceptions, Justice, Institutional trust, Qualitative approach.

Introducción

En un Estado democrático de derecho, el Poder Judicial cumple un rol fundamental para preservar el equilibrio entre los poderes del Estado, garantizar el acceso equitativo a la justicia y asegurar el respeto de los derechos fundamentales. Su legitimidad no solo se sustenta en la legalidad formal de sus decisiones, sino también en la manera en que la sociedad percibe su imparcialidad, transparencia, eficiencia y sentido de justicia (Habermas, 2002). En efecto, el mantenimiento del orden jurídico está estrechamente relacionado con la confianza ciudadana en la justicia como institución.

En el contexto latinoamericano, diversos sistemas judiciales han atravesado procesos sostenidos de pérdida de legitimidad, especialmente como consecuencia de problemas estructurales vinculados a gobiernos autoritarios, corrupción, dilación procesal innecesaria y una marcada interferencia política en la administración de justicia. En ese sentido, el Estado peruano no se encuentra exento de esta compleja realidad social.

A lo largo de las últimas décadas, el Poder Judicial peruano ha sido duramente cuestionado por su aparente ineficiencia para sancionar casos de corrupción, por su presunta dependencia de intereses ajenos a la justicia y por escándalos como el de Los Cuellos Blancos del Puerto, los cuales han socavado seriamente

su credibilidad (Rojas, 2020). Esta situación ha afectado profundamente la forma en que la población percibe a dicha institución.

Diversos estudios recientes confirman esta crisis. Datum Internacional (2024) señala que el 85 % de la ciudadanía considera al sistema judicial como corrupto; en 2025, ese porcentaje ascendió al 89 % (Datum Internacional, 2025). A su vez, el INEI reporta que el 77 % de los peruanos no confía en jueces ni fiscales (Prensa Regional, 2025), y Wikipedia (2025) resume el problema señalando que solo el 12 % de la población confía realmente en la justicia. Esta situación plantea la urgente necesidad de comprender cómo los ciudadanos experimentan y significan su relación con la justicia, más allá de los indicadores cuantitativos.

El presente artículo tiene como objetivo principal explorar las percepciones sociales sobre la justicia en el Perú, particularmente en un escenario de crisis de legitimidad del sistema judicial, a través de un enfoque metodológico cualitativo. La indagación se centra en la ciudad del Cusco, en un esfuerzo por recuperar las voces ciudadanas que otorgan sentido simbólico a sus vivencias frente a un sistema judicial percibido como lejano, arbitrario y funcional a intereses particulares.

Material y Método

La presente investigación se enmarca en un enfoque metodológico cualitativo de tipo exploratorio y descriptivo, con un diseño fenomenológico orientado a comprender en profundidad las percepciones sociales sobre el sistema judicial peruano en un contexto de crisis de legitimidad. Este enfoque permite una comprensión interpretativa del fenómeno, al recoger tanto opiniones sobre el funcionamiento de la justicia institucional como los significados que las personas atribuyen a la idea de justicia y a su experiencia cotidiana con el sistema judicial.

Se emplearon herramientas propias de la investigación cualitativa, como la codificación axial y el análisis temático (Strauss & Corbin, 2002), a fin de organizar los hallazgos y confrontarlos con teorías previas.

El estudio se desarrolló en la ciudad del Cusco durante el año 2025, tomando como base un muestreo intencional y no probabilístico. La muestra estuvo conformada por tres personas adultas de distintos niveles socioeconómicos, ocupaciones y niveles educativos, así como por cuatro estudiantes de la Facultad de Derecho residentes en la ciudad del Cusco. La selección se realizó con el propósito de captar una diversidad de experiencias, percepciones y narrativas sobre la justicia y el funcionamiento del Poder Judicial. Esta estrategia responde a los principios de muestreo teórico y saturación temática propios del enfoque cualitativo (Taylor & Bogdan, 2007).

Como técnica principal de recolección de datos se emplearon entrevistas semiestructuradas, diseñadas en función de ejes temáticos previamente establecidos: confianza en el sistema judicial, percepción de imparcialidad, experiencias directas o indirectas con operadores de justicia y concepciones subjetivas de justicia. Las entrevistas fueron transcritas y codificadas garantizando la confidencialidad y el anonimato de las personas participantes (Saldaña, 2021).

Adicionalmente, se realizaron grupos focales con jóvenes universitarios, a fin de enriquecer la información mediante dinámicas de interacción colectiva que permitieran identificar discursos comunes, tensiones y sentidos compartidos sobre la justicia institucional. Se aplicó una guía temática flexible, lo que permitió adaptarse a los distintos contextos del diálogo y recoger relatos espontáneos y significativos.

Finalmente, los resultados fueron sistematizados mediante matrices categoriales y contrastados con estudios previos y datos cuantitativos de fuentes secundarias, como el LAPOP y el INEI, con el objetivo de articular la dimensión subjetiva de las percepciones con los indicadores generales de confianza institucional. Este enfoque mixto en la interpretación buscó ofrecer una comprensión crítica e integral de los factores que inciden en la crisis de legitimidad del Poder Judicial desde la perspectiva de la ciudadanía.

Resultados

Los resultados de la presente investigación cualitativa permiten evidenciar una percepción generalizada de desconfianza, escepticismo y decepción frente al sistema judicial peruano. A partir de los relatos recogidos tanto en las entrevistas como en los grupos focales, se identifica una valoración del sistema como parcializado, ineficaz y profundamente alejado de las expectativas ciudadanas.

Una de las primeras dimensiones que emergen con fuerza es la percepción de corrupción estructural dentro del Poder Judicial, aspecto que se asocia de manera directa con casos mediáticos de alto impacto, como el de Los Cuellos Blancos del Callao. Este escándalo, que involucró a jueces supremos, fiscales y miembros del extinto Consejo Nacional de la Magistratura en prácticas de tráfico de influencias, manipulación de procesos judiciales y nombramientos irregulares, fue citado espontáneamente por varios participantes como prueba de que la justicia peruana responde a redes de poder antes que al interés público (Rojas, 2020). La mención a este caso reflejó no solo conocimiento del acontecimiento, sino también una resignación colectiva frente a la impunidad que aún rodea a muchos de los implicados.

Otro hallazgo significativo es la vivencia cotidiana del sistema judicial como un espacio inaccesible y hostil. Las personas entrevistadas describieron al Poder

Judicial como una institución que funciona bajo lógicas burocráticas confusas, costosas y desgastantes, donde el tiempo y el dinero se convierten en requisitos para obtener alguna resolución. Esta percepción afecta especialmente a quienes no poseen recursos económicos o capital cultural suficiente para entender los procedimientos legales. En palabras de un entrevistado: “Si no tienes un abogado bueno o plata para pagarle, mejor ni denuncies”. Este tipo de testimonios revela una fuerte desigualdad en el acceso a la justicia, que termina profundizando la exclusión de sectores históricamente marginados (Datum Internacional, 2024, 2025; INEI, 2025).

Asimismo, se identificó una distancia emocional y simbólica entre la ciudadanía y el sistema de justicia. Esta lejanía no es solo institucional, sino también cultural: la justicia es concebida como algo ajeno, que no protege ni representa al ciudadano común. En algunos relatos, el miedo a involucrarse con el sistema fue explícito, sobre todo ante la posibilidad de represalias o de ser revictimizado por los mismos operadores judiciales. En este sentido, la experiencia de interactuar con la justicia es vista más como una fuente de incertidumbre que de protección. Esta narrativa fue especialmente fuerte entre los participantes que habían tenido contacto directo o indirecto con procesos judiciales, ya sea como denunciantes o como testigos (Saldaña, 2021).

Entre los estudiantes de Derecho consultados se observaron discursos más reflexivos, aunque igualmente críticos. A pesar de su formación jurídica, mostraron desencanto y desconfianza con el funcionamiento del aparato judicial, al que calificaron como “poco transparente”, “politizado” y “discriminatorio”. Algunos relataron experiencias en sus prácticas preprofesionales, donde presenciaron procesos judiciales largos, confusos, despersonalizados y ajenos a las necesidades del ciudadano común. Estos testimonios revelan una contradicción latente entre el conocimiento normativo de la justicia y la realidad práctica en la que esta se desenvuelve, lo cual genera una tensión que impacta en la motivación vocacional de los futuros abogados (Taylor & Bogdan, 2007).

Pese al panorama crítico, también se reconocen matices en los discursos recogidos. Por ejemplo, varios participantes señalaron que no todos los jueces ni fiscales son corruptos, y que existen funcionarios comprometidos con la ética y la legalidad. Sin embargo, estas figuras son percibidas como aisladas dentro de un sistema que no las protege ni promueve, lo que alimenta una narrativa de desmoralización interna. En algunos casos, los entrevistados asociaron estas “buenas prácticas” a iniciativas individuales y no a reformas institucionales sostenidas, reforzando la idea de que el problema no es solo de personas, sino del modelo institucional en su conjunto (Strauss & Corbin, 2002).

Finalmente, al contrastar las percepciones recogidas con los datos cuantitativos provenientes de fuentes como Datum Internacional (2024, 2025) y el INEI

(2025), se constata una correspondencia clara entre las vivencias ciudadanas y los indicadores de desconfianza institucional. Las cifras que indican que solo el 12% de los peruanos confía en la justicia (Wikipedia, 2025) y que más del 80% considera al sistema corrupto encuentran eco en las narrativas recogidas durante el estudio. Esto refuerza la tesis de que la crisis de legitimidad del Poder Judicial no es una construcción discursiva alimentada por los medios de comunicación, sino una vivencia concreta y sostenida en la experiencia cotidiana frente a un sistema percibido como funcional a los intereses del poder político y económico (Habermas, 2002).

Discusión

Los hallazgos de esta investigación revelan una percepción ciudadana generalizada de desconfianza hacia el sistema judicial peruano, articulada a partir de múltiples experiencias de corrupción, ineficiencia, parcialidad y exclusión. Esta percepción no solo surge de hechos puntuales, como el escándalo de Los Cuellos Blancos del Callao, sino también de la experiencia cotidiana de los usuarios del sistema judicial, quienes lo conciben como un espacio inaccesible y hostil, alejado de sus necesidades y marcado por una profunda asimetría de poder. De igual manera, las voces recogidas muestran una tensión constante entre el discurso legal aprendido y las prácticas reales observadas en el ejercicio profesional.

En función del objetivo principal del estudio —explorar las percepciones sociales sobre la justicia en el Perú en un escenario de crisis de legitimidad del sistema judicial— los resultados permiten concluir que la legitimidad del Poder Judicial está comprometida tanto a nivel institucional como simbólico. Las personas no solo cuestionan el desempeño técnico y ético de los operadores judiciales, sino que también ponen en duda la propia lógica sobre la cual se organiza el sistema de justicia. Así, no se trata únicamente de un problema de casos de corrupción o de procedimientos ineficientes, sino de una pérdida profunda de sentido: la justicia deja de ser reconocida como garante de derechos y pasa a percibirse como un mecanismo funcional al poder político, económico y burocrático. Esta pérdida de sentido se traduce en desafección, miedo, apatía e incluso resignación frente a la posibilidad de recurrir al sistema judicial para resolver conflictos o defender derechos (Habermas, 2002).

Estos hallazgos coinciden con investigaciones previas realizadas en contextos similares. Por ejemplo, el Barómetro de las Américas (LAPOP, 2023) documenta niveles persistentemente bajos de confianza en el sistema judicial en países latinoamericanos, con Perú entre los casos más críticos. Asimismo, estudios como los de Salas y Ramírez (2021) identifican una fuerte correlación entre percepción de corrupción judicial y desconfianza institucional generalizada, afectando

no solo la credibilidad del Poder Judicial, sino también la estabilidad democrática. En el ámbito nacional, informes como Datum Internacional (2024, 2025) y el INEI (2025) refuerzan la dimensión estructural del fenómeno al mostrar que más del 80% de los ciudadanos perciben al sistema como corrupto y que apenas un 12% confía realmente en la justicia (Wikipedia, 2025).

El significado de estos resultados trasciende el ámbito judicial, ya que evidencia un proceso sostenido de erosión de la legitimidad del Estado como garante de justicia. Esta crisis no solo obstaculiza el ejercicio efectivo de derechos, sino que amenaza con consolidar formas paralelas e informales de resolución de conflictos, donde predomina la ley del más fuerte, la venganza o la indiferencia. En ese sentido, el descrédito del sistema judicial se convierte en un factor de riesgo para la cohesión social y el contrato democrático, especialmente en contextos donde las brechas sociales, económicas y culturales son más profundas. La falta de confianza institucional desalienta la participación ciudadana, debilita la denuncia de actos ilícitos y propicia la normalización de la injusticia como parte del paisaje social (Taylor & Bogdan, 2007; Saldaña, 2021).

No obstante, esta investigación presenta algunas limitaciones. En primer lugar, se trata de un estudio cualitativo de carácter exploratorio, con una muestra intencionada y reducida, lo que limita la generalización de los resultados. En segundo lugar, el ámbito geográfico circunscrito a la ciudad del Cusco impide captar posibles diferencias en otras regiones del país. En tercer lugar, el corto tiempo disponible para el trabajo de campo restringió el número de entrevistas y la posibilidad de realizar una segunda ronda de validación. Finalmente, se identificó un elemento no previsto: el temor expresado por algunos estudiantes de la Facultad de Derecho al momento de brindar sus opiniones, lo cual pudo haber condicionado la profundidad de sus respuestas. Este factor sugiere una posible autocensura derivada de la desconfianza hacia las consecuencias de participar en un estudio sobre instituciones sensibles.

A partir de lo expuesto, se plantea como líneas de investigación futura la necesidad de realizar estudios comparativos entre regiones del país para analizar cómo varían las percepciones de la justicia según factores territoriales, culturales o económicos. Asimismo, será pertinente indagar en las experiencias de operadores judiciales (jueces, fiscales y defensores públicos) con el fin de contrastar su visión interna del sistema con la percepción ciudadana. Otra posible línea es la evaluación del impacto de las reformas judiciales recientes, como las impulsadas por la Junta Nacional de Justicia, en el proceso de recuperación de la legitimidad institucional. También se sugiere explorar el rol de los medios de comunicación y las redes sociales en la construcción y reproducción de imágenes públicas sobre el Poder Judicial.

En suma, esta investigación ha permitido visibilizar cómo la crisis de legitimidad del Poder Judicial se expresa en el plano de las percepciones sociales, y

cómo dichas percepciones reflejan no solo hechos objetivos de corrupción o mal desempeño, sino también significados colectivos sobre justicia, equidad y ciudadanía. Escuchar y comprender estas voces resulta clave para cualquier intento de reforma real y sostenible del sistema judicial peruano.

Conclusiones

El Poder Judicial en el Perú atraviesa una profunda crisis de legitimidad institucional y simbólica. La legitimidad no solo se pierde cuando una institución no cumple su rol formal, sino también cuando los ciudadanos dejan de percibirla como justa, imparcial y accesible. En este caso, el Poder Judicial no solo es cuestionado por su ineficiencia o corrupción, sino por haber perdido su papel como garante de derechos. Esta percepción se ha arraigado fuertemente en la conciencia colectiva, al punto de que muchas personas consideran inútil o incluso riesgoso recurrir al sistema de justicia, lo cual compromete gravemente el Estado de derecho.

La desconfianza ciudadana hacia el sistema judicial es masiva, sostenida y basada en experiencias concretas. Más del 80% de la población considera que el Poder Judicial es corrupto, y solo un 12% confía en él, según fuentes como Datum Internacional y el INEI. Esta desconfianza no es únicamente producto de escándalos mediáticos, sino que está respaldada por experiencias personales de maltrato, revictimización, discriminación y procesos burocráticos interminables. La percepción de que la justicia favorece a quienes tienen poder económico o político genera sentimientos de frustración, impotencia y abandono institucional.

El acceso a la justicia es desigual y discriminatorio, profundizando la exclusión social. Las personas entrevistadas coinciden en que el sistema judicial favorece a quienes pueden pagar abogados costosos o tienen conexiones. Para los sectores más vulnerables, enfrentarse a un juicio es una experiencia desgastante, costosa y, muchas veces, infructuosa. Esta percepción de una justicia elitista no solo agrava las desigualdades existentes, sino que reproduce un ciclo de impunidad y desprotección.

Los estudiantes de Derecho perciben una marcada contradicción entre el ideal de justicia y la práctica judicial real. A pesar de su formación académica, los futuros operadores del derecho expresan una profunda desilusión al constatar en sus prácticas profesionales un sistema judicial plagado de lentitud, desorganización, intereses políticos y trato desigual. Esta distancia entre la teoría y la práctica afecta su vocación, su confianza en las instituciones y su compromiso futuro con la transformación del sistema.

Aunque existen funcionarios judiciales honestos y comprometidos, estos son percibidos como casos aislados sin respaldo institucional. Los participantes re-

conocen que no todo está perdido y que existen jueces y fiscales con verdadera ética profesional; sin embargo, estas figuras suelen actuar solas y sin apoyo institucional. Esto refuerza la percepción de que el problema es estructural, no individual, y que las buenas intenciones personales difícilmente pueden revertir una cultura organizacional marcada por la corrupción, el clientelismo y la impunidad.

Referencias

DATUM INTERNACIONAL

2024 *Percepciones ciudadanas sobre la corrupción judicial*. Datum.

2025 *Informe nacional sobre confianza institucional en el Perú*. Datum.

HABERMAS, J.

2002 *Derecho y democracia: Entre hechos y normas*. Trotta.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2025 *Encuesta Nacional de Percepción de la Justicia 2025*. INEI.

LAPOP

2023 *Barómetro de las Américas 2023: Confianza en instituciones democráticas. Latin American Public Opinion Project*.

<https://www.vanderbilt.edu/lapop/>

PRENSA REGIONAL

2025 *El 77% de peruanos no confía en jueces ni fiscales, según INEI*. (12 de marzo) <https://prensaregional.pe>

ROJAS, C.

2020 *Los Cuellos Blancos del Puerto: Redes de poder y corrupción en el sistema judicial peruano*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

SALAS, M., & RAMÍREZ, P.

2021 *Corrupción judicial y legitimidad institucional en América Latina: Un estudio comparado*. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 18(2), 45–67.

<https://doi.org/10.22201/rlcs.2021.18.2.456>

SALDAÑA, J.

2021 *The coding manual for qualitative researchers*. SAGE Publications.

STRAUSS, A., & CORBIN, J.

2002 *Bases de la investigación cualitativa: Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Universidad de Antioquia.

TAYLOR, S. J., & BOGDAN, R.

2007 *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Paidós.

WIKIPEDIA

2025 *Sistema judicial del Perú*.

https://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_judicial_del_Perú

¿Debe incluirse al Presidente de la República en el mecanismo de revocatoria en el Perú?

Should the President of the Republic be included
in the recall mechanism in Peru?

Eduardo Jesus Chocano Ravina

Universidad de Lima, Lima, Perú

ejchocano@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2254-6197>

Gianfranco Jose Canales Pacheco

Universidad de Lima, Lima, Perú

gjcanales2306@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0008-3408-9468>

Resumen

La revocatoria es un mecanismo de democracia directa que permite a la ciudadanía cesar anticipadamente a una autoridad elegida por voto popular. En el Perú, esta figura ha sido aplicada con regularidad a autoridades regionales y locales; sin embargo, su posible extensión al presidente de la República continúa siendo un asunto no regulado y, por ende, objeto de intenso debate constitucional. La tensión radica en el conflicto entre la necesidad de asegurar la legitimidad democrática y el principio de estabilidad institucional que caracteriza a los regímenes presidenciales o híbridos, como el peruano. En ese marco, surge un interrogante fundamental: ¿debería incluirse la posibilidad de solicitar la revocatoria del presidente de la República en el Perú? El presente estudio aborda esta cuestión mediante un análisis normativo y doctrinario con el fin de determinar la compatibilidad del mecanismo de revocatoria con el sistema constitucional vigente. Se parte del reconocimiento de que el ordenamiento jurídico peruano consagra la participación ciudadana en los asuntos públicos y que la figura presidencial, pese a situarse en un régimen híbrido, constituye el eje central del Poder Ejecutivo. Asimismo, se examina la legitimidad como fundamento esencial del ejercicio del poder, lo que refuerza la tesis de que la ciudadanía debería contar con mecanismos para ratificar o retirar dicha legitimidad a lo largo del mandato. En de-

finitiva, el artículo propone que la incorporación de la revocatoria presidencial fortalecería la democracia peruana al equilibrar y ampliar los espacios de control ciudadano dentro del sistema democrático representativo.

Palabras clave: Revocatoria, Democracia representativa, Presidente de la República, Presidencialismo atenuado, Participación ciudadana.

Abstract

Recall is a direct democracy mechanism that allows citizens to prematurely remove an authority elected by popular vote. In Peru, this mechanism has been regularly applied to regional and local authorities; however, its possible extension to the President of the Republic remains unregulated and, therefore, a subject of intense constitutional debate. The tension lies in the conflict between the need to ensure democratic legitimacy and the principle of institutional stability that characterizes presidential or hybrid regimes, such as Peru's. Within this framework, a fundamental question arises: should the possibility of requesting the recall of the President of the Republic in Peru be incorporated? This study addresses this question through a normative and doctrinal analysis to determine the compatibility of the recall mechanism with the current constitutional system. It starts from the recognition that the Peruvian legal framework enshrines citizen participation in public affairs and that the presidential figure, despite operating within a hybrid regime, constitutes the central axis of the Executive Branch. Likewise, legitimacy is examined as an essential foundation for the exercise of power, which reinforces the thesis that citizens should have mechanisms to affirm or withdraw such legitimacy throughout the term. Ultimately, the article proposes that the incorporation of presidential recall would strengthen Peruvian democracy by balancing and expanding spaces for citizen oversight within the representative democratic system.

Keywords: Recall, Representative democracy, President of the Republic, Attenuated presidentialism, Citizen participation.

Introducción

La revocatoria es un mecanismo de democracia directa mediante el cual la ciudadanía puede poner fin anticipado al mandato de una autoridad elegida por voto popular. En el Perú, ha sido aplicada tradicionalmente a autoridades de nivel regional y local, pero su eventual extensión al presidente de la República suscita un debate de gran relevancia constitucional y política. Ello se debe a

que esta discusión pone en tensión la legitimidad del control ciudadano con los principios de estabilidad institucional y representación propios de un régimen presidencialista, lo que exige un análisis profundo de su viabilidad jurídica y sus implicancias para el sistema democrático.

En tal sentido, el presente artículo tiene como objetivo examinar si debería incluirse en el ordenamiento peruano la posibilidad de revocar al presidente de la República. Para ello, se abordarán dos ejes centrales:

- a) El fundamento constitucional y teórico de la revocatoria como expresión de la soberanía popular, y
- b) La compatibilidad de la revocatoria con las características del régimen semi-presidencial o presidencialismo atenuado peruano, considerando sus efectos sobre la gobernabilidad y la estabilidad democrática.

Estado constitucional de derecho

En la actualidad, el Perú es un Estado constitucional de derecho. Esto significa que la Constitución Política es la norma suprema del Estado peruano y que existe un Tribunal Constitucional encargado del control y la interpretación de dicha norma. Respecto a lo primero, el Tribunal Constitucional indicó en la sentencia recaída en el Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC que la Constitución es la norma suprema y jurídicamente vinculante, obligatoria tanto para los poderes públicos como para la sociedad en su conjunto (Tribunal Constitucional, 2007).

Por otro lado, en cuanto al rol del Tribunal Constitucional peruano, este órgano constitucional autónomo tiene las funciones de interpretar la Constitución y garantizar los contenidos de la norma suprema y del sistema constitucional (Morales Saravia, 2014). En este sentido, un Estado constitucional de derecho es aquel modelo estatal en el cual la sociedad actúa conforme a los contenidos de la Constitución, asegurando la protección de los derechos fundamentales y la supremacía del ordenamiento constitucional.

De este modo, se comprende que las disposiciones constitucionales constituyen las normas más importantes para el Estado peruano. A su vez, existe un órgano constitucional encargado de la interpretación y desarrollo de los contenidos de dicha norma suprema.

Democracia representativa

Entre los contenidos de la Constitución se encuentra el artículo 43, que señala que la República del Perú es democrática, entre otros aspectos. Asimismo, indica que su gobierno es representativo, junto a otras características. Por lo tanto,

se entiende que el Estado peruano actúa bajo una democracia representativa. Al respecto, esta forma de gobierno supone la existencia de una relación entre representantes y representados.

En ese sentido, Estrada Villa y Cerón González definen la democracia representativa como aquella en la cual el ejercicio del poder recae en individuos seleccionados mediante elecciones populares, quienes actúan en nombre y representación de la ciudadanía. En consecuencia, el gobierno se ejerce a través de representantes elegidos por el propio pueblo, en virtud de su soberanía (Estrada Villa & Cerón González, 2022).

Respecto a la figura del representante, es preciso señalar que estos poseen características particulares, así como deberes y obligaciones frente a sus representados. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional indicó, en el fundamento séptimo de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0030-2005-AI/TC, que los representantes no son meros portavoces de la voluntad de la población, sino que gozan de autonomía en la toma de decisiones, aunque siempre orientados al bien común (Tribunal Constitucional, 2006).

No obstante, esta autonomía se encuentra limitada, ya que los representantes deben actuar pensando en el beneficio de los representados. A modo de ejemplo, los parlamentarios, como funcionarios públicos, se rigen también por el artículo 39 de la Constitución Política del Perú, el cual establece: “Todos los funcionarios públicos y servidores públicos están al servicio de la Nación” (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Por otro lado, el representado es la población en su conjunto, que otorga facultades a los parlamentarios para encargarse de la dirección del poder estatal. En relación con ello, el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2017-PI/TC que el Estado constitucional de derecho peruano es una democracia de corte representativo, en donde el poder proviene únicamente de la población (Tribunal Constitucional, 2017). Sin embargo, no se trata de una transferencia del poder, sino de una delegación temporal del mismo.

En este contexto, la democracia representativa se sustenta en la relación entre representantes y representados, en la cual la ciudadanía delega, pero no transfiere, su poder a quienes ejercen funciones públicas. Por ello, con la finalidad de promover la participación ciudadana, existen mecanismos provenientes de la democracia directa que permiten la intervención de la población en los asuntos del gobierno; entre ellos, la revocatoria.

¿Qué es la revocatoria?

El artículo 31 de la Constitución de 1993 señala: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legisla-

tiva; remoción o revocación de autoridades; y demanda de rendición de cuentas” (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Como se aprecia, la revocatoria tiene su sustento en el derecho de participación en los asuntos públicos, constituyendo la potestad de la ciudadanía para destituir a una autoridad antes de la culminación de su periodo.

Este derecho permite a las personas, de forma individual o colectiva, expresar sus intereses y necesidades mediante los mecanismos legales establecidos en el marco de la democracia directa. Dicha participación busca influir en la creación y adopción de decisiones gubernamentales en distintos niveles, contribuyendo así a la mejora de la gestión pública y al bienestar social (Palumbo Pinto et al., 2022).

Desde una perspectiva conceptual, García Toma define la revocatoria como un mecanismo que “confiere al cuerpo electoral la facultad de dar término al ejercicio del poder de un funcionario público electo, antes de vencerse el período normal de duración que la Constitución o la ley le asignan” (2022, p. 1053). Asimismo, Eberhardt (2019) sostiene que la revocatoria del mandato funciona como un mecanismo de rendición de cuentas vertical que faculta a la ciudadanía a ejercer control sobre los funcionarios electos durante la mayor parte del período para el cual fueron designados.

En síntesis, la revocatoria del mandato es un mecanismo de democracia directa que encuentra sustento constitucional en el derecho de los ciudadanos a participar activamente en los asuntos públicos. Esta herramienta no solo posibilita el control y la rendición de cuentas de las autoridades electas, sino que también fortalece la participación ciudadana y contribuye al perfeccionamiento del sistema democrático.

Antecedentes históricos

En cuanto a los antecedentes históricos de la revocatoria, podemos remontarnos a la antigua Roma. Según relata Tito Livio, tras una derrota militar frente a los Veyes (etruscos), los tribunos consulares Manio Sergio y Lucio Verginio fueron duramente cuestionados por su ineficaz desempeño y falta de cooperación. Este hecho generó un profundo malestar tanto en el Senado como en la plebe. Ante la gravedad de la situación, el Senado propuso adelantar la elección de nuevos tribunos, medida que inicialmente fue vetada por los propios Sergio y Verginio.

Sin embargo, la presión social y política los llevó finalmente a ceder, permitiendo que se realizaran nuevas elecciones, en las cuales los nuevos tribunos asumieron funciones el 1 de octubre. Posteriormente, ambos exmagistrados fueron juzgados y sancionados con una multa por su responsabilidad en la derrota. Este episodio evidencia una forma arcaica de revocatoria, en la que se destituyó a las

autoridades por considerárseles incompetentes y una amenaza para la seguridad de la República.

Tal como explica Díaz (2018), en la Roma republicana existía una fuerte conciencia institucional sobre la temporalidad de los cargos públicos, acompañada de mecanismos de control destinados a prevenir abusos. Por su parte, Azaustre Fernández (2018) analiza cómo la relación entre magistrados y asambleas populares constituía una base jurídica y política que permitía la intervención ciudadana en casos de ineficiencia o pérdida de legitimidad.

Durante la Revolución Francesa también se registran antecedentes relevantes. La Constitución de 1791, en su Capítulo V, artículo 2 (156), señala: “La justicia se administrará gratuitamente por jueces elegidos periódicamente por el pueblo e instituidos en virtud de cartas-patentes del Rey, que no podrá rehusarlas. No podrán ser destituidos, salvo prevaricación debidamente juzgada, ni suspendidos, salvo acusación admitida...”. Esta disposición refleja la intención de democratizar el sistema judicial, permitiendo que los jueces fueran elegidos por votación popular y estableciendo mecanismos para su destitución en casos de prevaricación. Sin embargo, esta forma de revocatoria se aplicaba exclusivamente a los magistrados del Poder Judicial y no se extendía a otros funcionarios públicos.

Asimismo, según Malagón Pinzón (2005), la Revolución Francesa fue fundamental en la creación del concepto de Estado de Derecho, incorporando principios como la división de poderes y la legalidad, los cuales sentaron las bases para una administración pública más responsable y sujeta al control ciudadano. Este enfoque subraya cómo la elección y posible destitución de jueces por parte del pueblo formaban parte de un esfuerzo más amplio por garantizar la responsabilidad y legitimidad de las instituciones judiciales en la naciente República.

Por otro lado, en los Estados Unidos, en 1902 los votantes de Oregón aprobaron una medida sometida a votación legislativa que creó el proceso de iniciativa y referéndum. Posteriormente, en 1904 se promulgaron las primeras directrices sobre el referéndum y, en 1908, la Constitución de Oregón fue modificada para permitir la destitución de funcionarios públicos. Este conjunto de reformas, conocido como el Sistema de Oregón, sentó las bases para la implementación de mecanismos de democracia directa en otros estados. Según Verhulst y Nijboer (2008), la adopción de la iniciativa y el referéndum en Oregón representó un hito en la promoción de la participación ciudadana, permitiendo que los ciudadanos tuvieran un rol más activo en la creación y modificación de leyes y sirviendo de modelo para otras jurisdicciones interesadas en fortalecer la democracia directa.

Finalmente, en el caso peruano, la Constitución de 1979 reconocía el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, ya fuera de manera

directa o mediante representantes elegidos libremente en comicios periódicos. Se establecía: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley”. Este marco constituyó el punto de partida para el ejercicio de este derecho.

Posteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 2, inciso 17, amplió dicho derecho al señalar que todo ciudadano tiene la facultad de “participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum” (Congreso Constituyente, 1993). Así, la Constitución vigente no solo reafirmó, sino que también amplió la participación en los asuntos públicos, incorporando expresamente la revocatoria.

Regulación en la actualidad

En cuanto a los antecedentes normativos de la revocatoria en el ordenamiento jurídico peruano, debe señalarse que este mecanismo es relativamente reciente en la historia institucional del país, siendo su antecedente más relevante la Constitución de 1993. No obstante, existieron disposiciones previas vinculadas al derecho de participación en los asuntos públicos. En ese sentido, Rodríguez Campos (2013), parafraseando el artículo 64 de la Constitución de 1979, señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar de los asuntos estatales”. Esta disposición general fue desarrollada de manera más específica en la Constitución de 1993.

La regulación actual de la revocatoria se encuentra en la Ley N.º 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, que establece tanto mecanismos de participación (como la iniciativa legislativa, el referéndum y la formación de ordenanzas municipales y regionales) como mecanismos de control ciudadano (entre ellos, la revocatoria, la remoción de autoridades y la solicitud de rendición de cuentas).

Respecto a la revocatoria, la Ley N.º 26300 establece varios elementos esenciales para su implementación. En primer lugar, el artículo 20 indica que solo pueden ser objeto de revocatoria las autoridades elegidas mediante voto popular: alcaldes, regidores, presidentes y vicepresidentes regionales, consejeros regionales y jueces de paz electos.

En segundo lugar, el artículo 23 establece los requisitos para que proceda una revocatoria: se requiere la participación de al menos el 50% de los electores hábiles del padrón electoral y que más de la mitad de los votos válidamente emitidos (50% más uno) se pronuncien a favor de la revocatoria.

En tercer lugar, el artículo 29 define las consecuencias jurídicas de la revocatoria: la autoridad revocada queda impedida de postular nuevamente a cargos dentro de la misma entidad en la que fue revocada, así como de ejercer funciones públicas en dicha jurisdicción, salvo que hubiera mantenido una relación laboral a plazo indeterminado con la entidad al momento de postular. Adicionalmente, el artículo 30 señala que la persona revocada no podrá ocupar el mismo cargo durante los cinco años siguientes a la fecha de la revocatoria.

Es importante destacar que, si bien el sistema político peruano es de naturaleza representativa, la incorporación de mecanismos de participación directa como la revocatoria no reemplaza la representación, sino que la complementa. Este mecanismo otorga contenido concreto al principio de soberanía popular al permitir que la ciudadanía evalúe la legitimidad del representante durante su mandato, equilibrando así el poder entre representantes y representados sin anular el rol institucional del Congreso.

En suma, la revocatoria se configura como una manifestación del derecho constitucional a la participación ciudadana, permitiendo a la población incidir directamente en la continuidad de sus autoridades electas. Su regulación actual, a través de la Ley N.º 26300, establece con claridad los sujetos alcanzados, los requisitos procedimentales y las consecuencias jurídicas, consolidándose como un mecanismo esencial de control democrático y rendición de cuentas en el ordenamiento jurídico peruano.

Modelo de gobierno peruano

Comprendidos los elementos esenciales de la revocatoria, es importante analizar cómo esta se articula con la forma de gobierno del Perú. En ese sentido, resulta necesario caracterizar el modelo gubernamental establecido en el país.

El caso peruano presenta particularidades, dado que no se enmarca plenamente dentro de un modelo presidencialista ni parlamentario. El término más adecuado para describirlo es semi-presidencialismo o presidencialismo atenuado, categoría que se abordará más adelante. Debe señalarse que el régimen peruano no puede considerarse parlamentario, puesto que la elección del presidente de la República se realiza mediante sufragio directo, conforme lo dispone el artículo 111 de la Constitución de 1993: “El Presidente de la República se elige por sufragio directo. Es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos. Los votos viciados o en blanco no se computan” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 111).

La opción por un modelo presidencial en el Perú no fue una decisión arbitraria, sino la manifestación de una tradición política arraigada. Como sostiene García Belaunde (s.f.), esta estructura responde a un “ADN político” marcado

por el centralismo y la autocracia, rasgos presentes desde épocas prehispanicas y que, pese al paso del tiempo, se mantienen en la organización del poder actual.

En esa línea, García Belaunde (s.f.) afirma que desde 1828 se intentó reducir los poderes del presidente mediante la incorporación de elementos propios del parlamentarismo. Este proceso de “parlamentarización del presidencialismo” se inició en 1856 y culminó, en términos generales, con la Constitución de 1933, vigente hasta 1980 (p. 122).

Dicha afirmación se sustenta en hechos históricos como la inclusión del Consejo de Ministros en la Constitución de 1856 y la instauración del mecanismo del voto de confianza en la Constitución de 1933 (art. 174). Este último fue mantenido en las Constituciones de 1979 y 1993. La Carta de 1993 incluso precisó su doble naturaleza: una obligatoria, que debe ser presentada por el presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso dentro de los primeros treinta días de asumir el cargo (art. 130), y otra facultativa, que puede ser planteada por cualquier ministro (art. 133). Por lo tanto, la tesis sobre la parlamentarización del presidencialismo peruano adquiere validez como mecanismo de equilibrio del poder ejecutivo.

Si bien estos mecanismos buscaban equilibrar el poder presidencial, también introdujeron desafíos. Campos (2023) sostiene que este modelo híbrido genera inestabilidad y asimetrías institucionales, al combinar de manera incompleta elementos parlamentarios y presidencialistas. Por su parte, García Martín (2023) afirma que, pese a ser esencialmente presidencialista, el régimen peruano incorpora figuras parlamentarias —como el presidente del Consejo de Ministros y la cuestión de confianza— que han provocado tensiones constantes entre el Ejecutivo y el Legislativo, especialmente en contextos de fragmentación partidaria y escasa cooperación institucional.

De lo expuesto, se concluye que el sistema político peruano se caracteriza por una estructura híbrida que combina elementos del presidencialismo y del parlamentarismo, lo cual genera dinámicas complejas en la interacción entre ambos poderes del Estado. Esta hibridación se aprecia en la existencia de figuras como el presidente del Consejo de Ministros y mecanismos como la cuestión de confianza. Fernández Segado (1990) señala que esta configuración ha afectado históricamente las relaciones interinstitucionales en el Perú. Por su parte, García Marín (2019) estudia el proceso de parlamentarización del presidencialismo peruano entre 2001 y 2016, destacando el impacto de la fragmentación partidaria y el incremento del poder del Congreso en detrimento del Ejecutivo. Estas dinámicas contribuyen a una asimetría que compromete la estabilidad y gobernabilidad del país.

Diversos académicos han advertido las consecuencias de esta estructura híbrida. Campos (2020) sostiene que la coexistencia de mecanismos presi-

dencialistas y parlamentarios produce una inestabilidad estructural, ya que la configuración práctica del régimen depende de la correlación de fuerzas en el Congreso. Así, cuando el partido del presidente cuenta con mayoría parlamentaria, el sistema se inclina hacia un presidencialismo fortalecido; mientras que, en ausencia de dicha mayoría, emergen dinámicas parlamentaristas que pueden desembocar en conflictos entre los poderes del Estado. Esta oscilación evidencia la fragilidad del diseño institucional y sus implicancias para la gobernabilidad democrática.

En suma, el modelo híbrido del sistema político peruano plantea desafíos importantes para la estabilidad institucional. La ausencia de mayorías parlamentarias claras puede inclinar temporalmente al sistema hacia un funcionamiento más parlamentario, generando tensiones e inestabilidad política que dificultan la gobernabilidad. En este contexto, la estructura constitucional peruana continúa siendo objeto de debate, especialmente respecto de la tensión entre la tradición presidencialista y la incorporación de mecanismos parlamentarios que impactan en la eficacia y estabilidad del sistema político.

¿Debería incluirse en el pedido de revocatoria al presidente de la República en el Perú?

En el Estado peruano, a pesar de su modelo híbrido, el presidente de la República se mantiene como la figura central del Poder Ejecutivo, concentrando una serie de atribuciones que refuerzan su liderazgo en la administración del Estado. Como señala Bernales Ballesteros (2016), la Constitución de 1993 dedica un extenso conjunto de normas al presidente, desde su elección hasta las causales de su vacancia, configurándolo como el eje sobre el cual gira la estructura del Poder Ejecutivo.

La Constitución peruana establece que el presidente es el jefe del Estado y personifica a la Nación, lo que subraya la importancia de su figura no solo en términos de la administración del gobierno, sino también en la representación del país. Así, aunque el modelo político peruano se describa como híbrido por incorporar mecanismos parlamentarios, el presidente continúa siendo la figura dominante, con un poder ejecutivo que lo posiciona como líder principal dentro del sistema político peruano (Bernales Ballesteros, 2016).

En este contexto, surge la pregunta fundamental de la presente investigación: ¿debería incorporarse en el ordenamiento jurídico peruano un mecanismo de revocatoria aplicable al presidente de la República? Esta interrogante se justifica en la medida en que actualmente no existe un mecanismo de participación popular que permita remover al presidente durante su mandato, pues dicha función recae de manera exclusiva en el Congreso de la República.

En consecuencia, la población peruana no puede participar directamente en la destitución del presidente; la única vía establecida es la vacancia presidencial, un procedimiento dependiente del Congreso y no de la voluntad popular. Esto evidencia una limitación en el ejercicio del control ciudadano sobre el presidente una vez electo, lo que plantea un desafío en términos de legitimidad democrática y rendición de cuentas. Así, la inclusión de un mecanismo de revocatoria presidencial podría constituir una alternativa eficaz para fortalecer la democracia directa y garantizar que el mandatario permanezca alineado con los intereses y expectativas de la ciudadanía durante su mandato.

Frente a una posible objeción, es cierto que la vacancia cumple, en cierta medida, la función de destituir al presidente de la República. Sin embargo, se trata de una atribución exclusiva del Congreso y no de la ciudadanía, y está sujeta a causales específicas señaladas en el artículo 113 de la Constitución de 1993: muerte del mandatario, incapacidad moral o física permanente, renuncia aceptada por el Parlamento, salida del territorio nacional sin autorización del Congreso o no retorno en el plazo establecido, y destitución conforme a los supuestos del artículo 117.

No obstante, al ser ejercida únicamente por el Parlamento, la vacancia constituye un mecanismo indirecto, propio de una democracia representativa, y no una herramienta de participación directa del ciudadano.

Bajo esta lógica, cabe preguntarse: ¿por qué no considerar la posibilidad de destituir al presidente mediante un proceso de revocatoria? La propuesta resulta coherente, dado que el modelo de gobierno peruano otorga gran preponderancia a la figura presidencial. Si la ciudadanía elige al presidente mediante sufragio directo, ¿por qué no podría también participar directamente en su destitución?

Si coexistieran ambos mecanismos —la vacancia presidencial y la revocatoria— surgiría una interrogante razonable: ¿sería conveniente dicha simultaneidad? Aunque podría generar un escenario institucional más complejo, también ofrecería un marco más completo de control democrático. Por un lado, la vacancia permite que el Congreso evalúe la permanencia del presidente en circunstancias excepcionales, contribuyendo al equilibrio de poderes. Por otro lado, la revocatoria otorgaría a la ciudadanía la posibilidad de expresar directamente su desacuerdo con la gestión presidencial, reforzando los principios de democracia participativa.

La posibilidad de revocar al presidente se sostiene en el concepto de legitimidad. Fernanda Somuano Ventura (2020, p. 370) define la legitimidad como “la condición que proporciona justificación y consentimiento a quien ejerce el poder”. En una línea similar, Roberto García Jurado (2013) plantea que la legitimidad es la cualidad del gobierno que permite a los gobernados reconocer y aceptar su autoridad y su capacidad para imponer normas.

Así, la legitimidad del presidente de la República es fundamental para el funcionamiento efectivo del Estado peruano. Como ya se ha señalado, la Constitución establece que el presidente es el jefe del Estado y personifica a la Nación, lo que subraya la relevancia de su rol tanto en la administración del gobierno como en la representación del país. En ese sentido, aunque el sistema político peruano incorpore elementos parlamentarios, el presidente continúa siendo la figura dominante del Poder Ejecutivo (Busse, 1992).

La percepción ciudadana sobre el desempeño del presidente y el nivel de cercanía de los representantes políticos con la población influyen significativamente en el apoyo a la democracia. Estos factores fortalecen la legitimidad del presidente y, en consecuencia, su capacidad para gobernar eficazmente. Por tanto, la implementación de un mecanismo de revocatoria presidencial podría reforzar la legitimidad democrática al permitir a los ciudadanos evaluar y pronunciarse sobre la continuidad del mandatario durante su mandato.

En este sentido, la revocatoria es un mecanismo de participación popular que permite a la ciudadanía cesar el ejercicio del poder por parte de un funcionario electo y, por ende, su representación. Aplicado al presidente, podría significar una oportunidad para reafirmar su legitimidad mediante el respaldo ciudadano o, en caso contrario, habilitar su destitución cuando haya perdido la confianza popular.

Por todo lo anterior, la coexistencia de la vacancia presidencial y la revocatoria permitiría construir un sistema de control democrático más equilibrado y participativo. Si bien la vacancia es un mecanismo indirecto ejercido por el Congreso, la revocatoria otorgaría a la población una herramienta directa para incidir en la gestión presidencial, reforzando así la democracia participativa (Benites Alvarado, 2019).

No obstante, un argumento crítico frente a la revocatoria presidencial es el riesgo de inestabilidad institucional, especialmente en contextos como el peruano, caracterizados por una alta rotación presidencial. Sin embargo, este riesgo no proviene del mecanismo en sí, sino de un diseño deficiente o de un uso político indebido. Por tanto, la institucionalización de la revocatoria debe ir acompañada de una cultura política democrática, en la cual el recurso se active únicamente cuando la legitimidad del presidente esté objetivamente comprometida. La experiencia comparada demuestra que los países con reglas claras han evitado el uso abusivo de este mecanismo.

Asimismo, para prevenir un uso populista o instrumental de la revocatoria, es indispensable que su regulación responda a criterios de madurez institucional. Esto implica, por ejemplo, establecer filtros como límites temporales (no antes del segundo año de mandato) y umbrales elevados de firmas. Estos mecanismos de contención garantizarían que el proceso no se active por razones coyunturales o por una comprensión limitada del sistema democrático.

A su vez, la revocatoria no debe entenderse como el único ni como el principal instrumento de control político, sino como una herramienta extraordinaria. En ese sentido, su incorporación debe complementarse con el fortalecimiento de los mecanismos existentes: una fiscalización parlamentaria efectiva, acceso transparente a la información pública, obligación de planes de cumplimiento anual y mecanismos de auditoría ciudadana.

Conclusiones

Los resultados del presente estudio demuestran que la revocatoria es un mecanismo constitucionalmente reconocido que fortalece la participación ciudadana directa, permitiendo el control y la rendición de cuentas de los funcionarios electos. En ese sentido, su aplicación no debería excluir al presidente de la República, dado que la legitimidad del poder emana del pueblo, quien también debería tener la facultad de retirarla cuando esta se pierde.

Asimismo, se evidencia que el sistema político peruano, caracterizado por su hibridación entre el presidencialismo y el parlamentarismo, presenta tensiones que pueden ser compensadas mediante un mecanismo de control directo como la revocatoria. La inclusión de este instrumento no solo equilibra el poder entre los órganos del Estado, sino que también refuerza la legitimidad democrática del Ejecutivo al permitir que la ciudadanía evalúe su desempeño durante el mandato. Además, si bien existen riesgos como el populismo, la hiperpolitización o la erosión de la representación, estos pueden ser mitigados mediante un diseño normativo riguroso y criterios prudentes para la activación del mecanismo.

Finalmente, el hecho de que la ciudadanía elija al presidente mediante sufragio directo justifica que también pueda participar en su eventual destitución, reafirmando así el principio de soberanía popular. Por tanto, incluir la revocatoria presidencial en el ordenamiento jurídico peruano no solo es adecuado, sino también necesario para consolidar un modelo democrático más participativo, transparente y legítimo, en sintonía con los ideales que deberían orientar el sistema político nacional.

Referencias

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE FRANCIA

1791 *Constitución francesa de 1791*

<https://historicodeigital.com/wordpress/wp-content/uploads/2008/12/constitucin%20francesa%20de%201791.pdf>

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J.

- 2018 La relación magistrado-asamblea en el proceso legislativo en la República romana. *Revista General de Derecho Romano*, 26, 1–32.
<https://www.academia.edu/36711689/>

BERNALES BALLESTEROS, E.

- 2016 El régimen presidencial en la Constitución de 1993. *Ius et Veritas*, 24(53), 344–357.
<https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.021>

BENITES ALVARADO, A.

- 2019 *La legitimidad democrática y el rol de la representación política en el Perú*. IDEHPUCP. (10 de diciembre)
https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/la-legitimidad-democratica-y-el-rol-de-la-representacion-politica-en-el-peru-20738/?utm_source=chatgpt.com

BUSSE, E.

- 1992 ¿Presidente o gobierno? La legitimidad de actuaciones e instituciones según las encuestas de opinión (agosto 1990 – diciembre 1991). *Debates en Sociología*, 17, 313–333.
<https://doi.org/10.18800/debatesensociologia.199201.014>

CAMPOS, H. J.

- 2020 *La parlamentarización del presidencialismo peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
2023 *El problema del presidencialismo atenuado o híbrido*.
<https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/el-problema-del-presidencialismo-atenuado-o-hibrido/>

CONGRESO CONSTITUYENTE

- 1979 *Constitución Política del Perú*.
1993 *Constitución Política del Perú*.

EBERHARDT, M. L.

- 2019 Revocatoria de mandato en Perú: Diseño institucional y resultados de su aplicación. *Revista Derecho del Estado*, (43), 321–350.
<https://doi.org/10.18601/01229893.n43.12>

EGUIGUREN, F. J.

2009 El régimen presidencial atenuado en el Perú y su particular incidencia en las relaciones entre Gobierno y Congreso. *En Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina*. IIDC / IIJ-UNAM.

ESTRADA VILLA, A., & CERÓN GONZÁLEZ, E. W.

2022 La transformación de la democracia: Participativa, representativa, plebiscitaria y electrónica. *Ratio Juris*, 17(34), 289–318.
<https://doi.org/10.24142/raju.v17n34a13>

EXPEDIENTE N.º 0006-2017-PI/TC

2017 https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/00006-2017-AI.pdf

EXPEDIENTE N.º 0030-2005-PI/TC

2006 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>

EXPEDIENTE N.º 4053-2007-PHC/TC

2007 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04053-2007-HC.pdf>

FERNÁNDEZ SEGADO, F.

1990 Las relaciones entre los órganos de gobierno en la Constitución del Perú: Un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo. *Derecho*, 43–44, 161–190.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199001.005>

GARCÍA BELAUNDE, D.

s.f. *El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (con referencia al sistema constitucional peruano)*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/9.pdf>

GARCÍA JURADO, R.

2013 Fundamentos de la legitimidad. *Estudios Políticos*, 24.
<https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2000.24.37280>

GARCÍA MARÍN, I.

2019 La parlamentarización peruana (2001–2016). Presidencialismo y sistema de partidos. *Espiral*, 26(74), 127–163.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652019000100127

GARCÍA MARÍN, I.

2023 Las instituciones sí importan: El presidencialismo parlamentarizado del Perú y la amenaza a la democracia en el período 2016–2021. *Analecta Política*, 13(25), 1–23.

<https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/7737>

GARCÍA TOMA, V.

2022 *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico.

GIL GARCÍA, M. O.

2012 La temporalidad de los cargos públicos en la Roma republicana: Motivo de reflexión. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 9, 341–377.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4043254>

MALAGÓN PINZÓN, M.

2005 La Revolución Francesa y el derecho administrativo francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Diálogos de Saberes*, 23, 167–190.

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4299>

MORALES SARAVIA, F.

2014 *El Tribunal Constitucional del Perú: Organización y funcionamiento. Estado de la cuestión y propuestas de mejora*. Academia de la Magistratura.

PALUMBO PINTO, G. B., TEJADA ESTRADA, G. C., INCHE MITMA, J. L., & GOME-RO MANCESIDOR, J. M.

2022 Participación ciudadana y gestión pública en Lima, Perú. *Revista Venezolana de Gerencia*, 27(100), 1474–1488.

<https://doi.org/10.52080/rvgluz.27.100.12>

RODRÍGUEZ CAMPOS, R.

2013 *La revocatoria en el Perú: Apuntes constitucionales y políticos*. Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Congreso de la República.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CAAE0EDE67262D9205257C5B005DB

SOMUANO, M. F.

2020 Los determinantes de la legitimidad gubernamental: El sexenio de Enrique Peña Nieto. *Foro Internacional*, 60(2), 367–396.

<https://doi.org/10.24201/fi.v60i2.2729>

VERHULST, J., & NIJEBOER, A.

2008 *Democracia directa: Hechos y argumentos sobre la introducción de la iniciativa y el referéndum*. Democracy International.

https://www.democracy-international.org/sites/default/files/PDF/Publications/2007-05-01_direct_democracy_spanish-es.pdf

La participación de las Fuerzas Armadas en escenarios no previstos en el Decreto Legislativo N.º 1095: un análisis a propósito de las Elecciones Generales de 2026

The participation of the Armed Forces in scenarios not foreseen in Legislative Decree No. 1095: an analysis regarding the 2026 General Elections

Kristian Paul Cancapa Luque

3a Brigada de Caballería “Tacna” del Ejército del Perú, Tacna, Perú
kripacalu@gmail.com

Resumen

El Decreto Legislativo N.º 1095 establece los supuestos en los que las Fuerzas Armadas pueden intervenir en el mantenimiento y restablecimiento del orden interno, exigiendo como requisito indispensable la declaratoria del Estado de Emergencia. Esta exigencia fue reforzada por la Ley N.º 31522, que consolidó el principio de excepcionalidad al eliminar la posibilidad de actuación militar sin dicha declaratoria y dispuso, además, la adecuación de su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 003-2020-DE, el cual, hasta la fecha, no ha sido modificado. No obstante, subsisten disposiciones especiales contenidas en la Ley N.º 26859, la Ley N.º 29763 y el Decreto Legislativo N.º 1106 que autorizan la intervención de las Fuerzas Armadas en procesos electorales, en labores de vigilancia y control forestal, así como en la lucha contra la minería ilegal y el crimen organizado, sin requerir la declaratoria del Estado de Emergencia. Esta falta de armonización entre el Decreto Legislativo N.º 1095, su reglamento y las referidas normas especiales genera inseguridad jurídica y pone en riesgo los principios de legalidad, subsidiariedad y excepcionalidad, pudiendo incluso dar lugar a conflictos constitucionales en el marco de los próximos comicios generales de 2026.

Palabras clave: Orden interno, Estado de emergencia, Excepcionalidad, Subsidiariedad, Inseguridad jurídica.

Abstract

Legislative Decree No. 1095 establishes the circumstances under which the Armed Forces may intervene in the maintenance and restoration of internal order, requiring as an indispensable condition the declaration of a state of emergency. This requirement was reinforced by Law No. 31522, which consolidated the principle of exceptionality by eliminating the possibility of military action without such a declaration and additionally ordered the amendment of its regulation approved by Supreme Decree No. 003-2020-DE, which, to date, has not been modified. However, special provisions contained in Law No. 26859, Law No. 29763, and Legislative Decree No. 1106 remain in force, authorizing the intervention of the Armed Forces in electoral processes, forest monitoring and control, as well as in the fight against illegal mining and organized crime, without requiring the declaration of a state of emergency. This lack of harmonization among Legislative Decree No. 1095, its regulation, and the aforementioned special laws creates considerable legal uncertainty and jeopardizes the principles of legality, subsidiarity, and exceptionality, potentially giving rise to constitutional conflicts in the context of the upcoming 2026 general elections.

Keywords: Internal order, State of emergency, Exceptionality, Subsidiarity, Legal uncertainty.

Introducción

El adecuado desempeño de las funciones y deberes asignados a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú exige que su personal sea plenamente consciente de la obligación de garantizar, proteger, fomentar y respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos. Como refiere Landa Arroyo (2020), esta responsabilidad, de carácter trascendental, se proyecta en el desarrollo de acciones militares y policiales, donde resulta imprescindible actuar dentro de los límites de la legalidad para evitar vulneraciones que puedan generar responsabilidad administrativa, civil o penal.

En esa línea, Hurtado Pozo (2008) precisa que la actuación del personal militar y policial debe sustentarse en un conocimiento sólido de la normativa nacional e internacional que regula el uso de la fuerza, de modo que sus intervenciones se encuentren en estricta concordancia con el orden jurídico vigente. No obstante, cabe considerar lo sostenido por Fix-Zamudio y Valencia Car-

mona (2013) respecto de que no todas las situaciones a las que se enfrentan las instituciones castrenses y policiales están previstas de manera específica en la normativa, puesto que las disposiciones suelen ser de carácter general con el fin de abarcar un amplio espectro de escenarios.

Ello no significa, sin embargo, que exista margen para actuar de manera indiscriminada. Por el contrario, el Tribunal Constitucional (2005/2021) dejó establecido que todo personal militar y policial se encuentra obligado a ceñir su conducta a los principios y disposiciones consagrados en la Constitución Política del Perú y en las normas internacionales de derechos humanos, las cuales gozan de rango constitucional en nuestro ordenamiento. De este modo, como señala Basombrío (2015), se reafirma que la seguridad y el orden interno no pueden alcanzarse mediante prácticas que desconozcan los derechos fundamentales, sino únicamente a través de un ejercicio legítimo y constitucional del poder coercitivo del Estado.

Orden interno y acciones militares

El orden interno puede entenderse como la tranquilidad social que se manifiesta en la vida cotidiana de las actividades individuales y colectivas dentro de un Estado. No obstante, como sostienen Basombrío (2015) y Cárdenas (2017), este orden puede verse amenazado o perturbado por diversos factores, entre los cuales destaca el incremento desproporcionado de conductas delictivas, muchas de ellas promovidas y ejecutadas por organizaciones criminales, lo que genera un clima de inseguridad y zozobra social.

Como señala Del Solar (1991), “el orden interno es el orden de la calle, el que impone la policía en beneficio de todos, persiguiendo al delincuente, encausando al que altera la tranquilidad social con las marchas callejeras o con las tomas de locales, universidades y huelgas declaradas ilegales, etc.” (p. 281).

El orden interno constituye, por tanto, una necesidad social fundamental, pues garantiza el libre desenvolvimiento de las personas naturales y jurídicas. Hurtado Pozo (2008) sostiene que la seguridad y el orden son condiciones indispensables para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. En consonancia con ello, la Constitución Política del Perú (1993) reconoce en el numeral 22 del artículo 2 el derecho de toda persona a gozar de la paz, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre y el descanso, y establece que “la Policía Nacional del Perú tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno” (art. 166).

Sin embargo, atendiendo a la magnitud de ciertos eventos o circunstancias que puedan afectar gravemente la estabilidad del Estado, la propia Constitución dispone que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno,

conforme al artículo 165, en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 137; o iniciar acciones militares en apoyo de la Policía Nacional del Perú, siendo esta última la institución que mantiene el control del orden interno (Landa Arroyo, 2020).

Decreto Legislativo N.º 1095

El Decreto Legislativo N.º 1095, que establece las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, regula de manera taxativa los supuestos en los que estas pueden intervenir en el mantenimiento y restablecimiento del orden interno. En primer lugar, se prevé el enfrentamiento contra un grupo hostil, supuesto en el cual las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno y la Policía Nacional del Perú queda bajo su comando operativo. En tal contexto, las operaciones militares se desarrollan en un espacio geográfico delimitado y conforme a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, siempre que se haya decretado previamente el estado de emergencia (Decreto Legislativo N.º 1095, 2010, art. 4.1).

En segundo término, frente a situaciones de disturbios o tensiones internas, las Fuerzas Armadas actúan de manera subordinada y complementaria a la Policía Nacional, coadyuvando al restablecimiento del orden interno. A diferencia del supuesto anterior, en este escenario las acciones militares deben ajustarse a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que se trata de una interacción directa con ciudadanos y no con grupos hostiles. En este caso, también es requisito indispensable que el Presidente de la República haya dispuesto dicha participación tras la declaración del estado de emergencia en todo o en parte del territorio nacional (Decreto Legislativo N.º 1095, 2010, art. 4.2).

Por último, el Decreto Legislativo N.º 1095 (2010, art. 4.3) contempla un supuesto particular referido al apoyo de las Fuerzas Armadas en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, minería ilegal, protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y otros supuestos constitucionalmente justificados, cuando la capacidad de la Policía Nacional del Perú sea sobrepasada, sea previsible dicha situación o exista peligro de que ello ocurra.

No obstante, este marco fue modificado por la Ley N.º 31522, la cual estableció que la intervención de las Fuerzas Armadas en apoyo a la Policía Nacional solo podrá ser dispuesta previa declaración de estado de emergencia en todo o en parte del territorio nacional (Ley N.º 31522, 2022, art. único).

Esta modificación normativa configura una suerte de *numerus clausus* respecto de la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas de orden interno, eliminando la posibilidad de que intervengan sin la previa declaratoria de estado de

emergencia. En consecuencia, como señala Landa Arroyo (2020), se refuerza el principio de excepcionalidad de la participación militar en asuntos de seguridad interna, subordinando su despliegue a la decisión política del Presidente de la República y a los límites constitucionales del estado de excepción.

Decreto Supremo N.º 003-2020-DE, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1095

El Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1095 desarrolla los supuestos normativos contenidos en el artículo 4 del citado decreto, precisando el marco de actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones excepcionales relacionadas con el mantenimiento del orden interno. Un aspecto singular de este reglamento es la incorporación de un supuesto particular previsto en el inciso 6 de su artículo 3, referido al uso de la fuerza en escenarios distintos a los reconocidos expresamente por la ley. Este supuesto contemplaba la posibilidad de intervención en espacios terrestre, aéreo, marítimo, fluvial y lacustre, exigiendo que dichas actuaciones se desarrollen conforme a la normativa sectorial aplicable y en estricta observancia de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Decreto Supremo N.º 003-2020-DE, 2020, art. 3).

Este marco habilitaba la subsistencia de escenarios excepcionales de intervención no regulados expresamente en el Decreto Legislativo N.º 1095, en los cuales no resultaba necesaria la declaratoria del estado de emergencia para que las Fuerzas Armadas coadyuvaran a la Policía Nacional del Perú y al Ministerio Público en tareas de seguridad y control. Sin embargo, la Ley N.º 31522, mediante su única disposición complementaria final, estableció la obligación del Poder Ejecutivo de adecuar el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1095 en un plazo de noventa días calendario, a fin de armonizarlo con las modificaciones introducidas en los artículos 4, 5 y 21 del referido cuerpo normativo (Ley N.º 31522, 2022).

A la fecha de elaboración del presente artículo, dicha adecuación reglamentaria no se ha concretado, lo que genera un vacío operativo y de interpretación respecto de la aplicación del inciso 6 del artículo 3 del reglamento vigente. Esta omisión plantea un desafío significativo tanto para la seguridad jurídica como para el principio de legalidad en el uso de la fuerza por parte del Estado.

Acciones militares en situaciones no previstas en el Decreto Legislativo N.º 1095

Ley N.º 26859

La Ley Orgánica de Elecciones establece que la Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para garantizar el

mantenimiento del orden público y la libertad personal durante los comicios, siendo estas de cumplimiento obligatorio tanto para la Policía Nacional del Perú como para las Fuerzas Armadas (Ley N.º 26859, 1997, art. 40). De este modo, se configura un escenario particular en el que la autoridad electoral adquiere competencia directa para disponer la actuación de las instituciones armadas en el marco de los procesos electorales.

Orden público y libertad personal

Artículo 40.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la libertad personal durante los comicios, las cuales son obligatorias y de estricto cumplimiento para la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

Este mandato normativo impone disposiciones imperativas al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, generando un nuevo supuesto de intervención militar en asuntos de seguridad interna que no se encuentra contemplado en el Decreto Legislativo N.º 1095. Lo relevante es que esta habilitación no requiere la declaratoria de estado de emergencia en todo o en parte del territorio nacional ni implica la restricción o suspensión de derechos fundamentales. Sin embargo, la norma tampoco determina expresamente cuál será el marco jurídico aplicable a la actuación de las Fuerzas Armadas mientras se encuentren subordinadas a la ONPE durante el proceso electoral.

Este silencio legislativo configura un vacío normativo que puede generar tensiones respecto de la seguridad jurídica y del control constitucional del uso de la fuerza en un periodo particularmente sensible para la vigencia de los derechos políticos y las libertades públicas. Esta preocupación ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, al enfatizar que toda actuación castrense debe ajustarse estrictamente a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, incluso en contextos extraordinarios (STC 0006-2006-PI/TC, 2006).

Artículo 348.- El Comando de la Fuerza Armada pone a disposición de la Oficina Nacional de Procesos Electorales los efectivos necesarios para asegurar el libre ejercicio del derecho de sufragio, la protección de los funcionarios electorales durante el cumplimiento de sus deberes y la custodia del material, documentos y demás elementos destinados a la realización del acto electoral. Para este efecto el Comando ejerce las siguientes atribuciones:

a) Prestar el auxilio correspondiente que garantice el normal funcionamiento de las Mesas de Sufragio.

- b) Mantener el libre tránsito de los electores desde el día anterior al de la elección y durante las horas de sufragio e impedir que haya coacción, cohecho, soborno u otra acción que tienda a coactar la libertad del elector.
- c) Facilitar el ingreso de los personeros a los locales en que funcionen las Mesas de Sufragio.
- d) Custodiar los locales donde funcionen los órganos electorales y las oficinas de Correos.
- e) Hacer cumplir las disposiciones que adopte la Oficina Nacional de Procesos Electorales para dicho efecto.

En consecuencia, y conforme lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), si bien la finalidad de la disposición es garantizar el desarrollo pacífico de los procesos electorales, resulta indispensable armonizar dicha habilitación con los principios de excepcionalidad y subsidiariedad que rigen la participación de las Fuerzas Armadas en el orden interno, así como con los estándares interamericanos de protección de los derechos políticos. En esa medida, se hace necesaria la adecuada previsión normativa de esta excepcionalidad en el Decreto Legislativo N.º 1095 y en su reglamento; de lo contrario, en los comicios electorales de 2026 se correría el riesgo de tener que declarar el estado de emergencia en todo el territorio nacional con el único propósito de habilitar la participación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno. Ello, sin embargo, podría generar tensiones innecesarias con las competencias constitucionales de la Policía Nacional del Perú y abrir espacios de cuestionamiento por una eventual afectación a los derechos humanos.

Ley N.º 29763

La Ley N.º 29763 tiene como finalidad promover la protección, conservación, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre en el territorio nacional (Ley N.º 29763, 2011, art. 1). En ese contexto, el legislador estableció acciones de control y vigilancia, asignando al Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, un rol coordinado con la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas en la prevención y denuncia de delitos ambientales vinculados con la explotación de recursos forestales y de fauna silvestre (Ley N.º 29763, 2011, art. 147, inc. a).

Asimismo, la norma prevé que, dentro de los cincuenta kilómetros de frontera, en zonas de emergencia o en cualquier otro lugar del territorio nacional donde sea requerido, las Fuerzas Armadas puedan intervenir en labores de prevención y control de actividades ilícitas contra el patrimonio forestal y de fauna silvestre, en coordinación con las autoridades competentes (Ley N.º 29763,

2011, art. 147, inc. e). De esta forma, se reconocen dos escenarios de actuación militar en zonas no declaradas en estado de emergencia:

- i) cuando la intervención ocurra dentro de los cincuenta kilómetros de frontera, y
- ii) cuando se requiera su accionar en cualquier otro lugar del territorio nacional, siempre bajo la premisa de coordinación previa con el Ministerio Público y la Policía Nacional.

Por otro lado, la misma ley faculta a los comités de vigilancia y control forestal a solicitar directamente el auxilio de la autoridad regional, de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas en caso de necesidad (Ley N.º 29763, 2011, art. 148). Esta previsión, a consideración de Rubio Correo (2019), abre la posibilidad de una intervención militar inmediata sin coordinación previa con el Ministerio Público, lo que podría configurar un riesgo de distorsión en la delimitación de competencias entre los órganos constitucionalmente responsables de la seguridad interna y los encargados de la defensa nacional.

En tal sentido, si bien la Ley N.º 29763 persigue un objetivo legítimo de protección ambiental, el diseño normativo sobre el rol de las Fuerzas Armadas plantea interrogantes respecto a la constitucionalidad de su intervención directa en escenarios de seguridad interna sin la declaración de un régimen de excepción. Ello exige una interpretación restrictiva conforme a los principios de subsidiariedad y excepcionalidad que rigen su participación en el orden interno (STC 0006-2006-PI/TC, 2006).

Decreto Legislativo N.º 1106

El Decreto Legislativo N.º 1106, Ley de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y al Crimen Organizado, tiene por objeto fortalecer los mecanismos de persecución penal frente a estos ilícitos (Decreto Legislativo N.º 1106, 2012, art. 1). Dentro de sus disposiciones, el artículo 16 regula la actuación excepcional de las Fuerzas Armadas en apoyo al Ministerio Público, previendo su intervención en lugares de difícil acceso donde no exista presencia policial, se carezca de efectivos suficientes o falten condiciones logísticas e infraestructura adecuadas para la investigación y represión del delito. En tales supuestos, el fiscal, como titular de la acción penal, queda facultado para solicitar directamente la intervención militar con fines de interdicción frente a la minería ilegal, el lavado de activos y otras manifestaciones del crimen organizado.

El decreto precisa que la participación de las Fuerzas Armadas se enmarca en el orden constitucional y en coordinación con lo previsto en el Decreto Le-

gislativo N.º 1100 sobre interdicción de la minería ilegal, aunque omite toda referencia al Decreto Legislativo N.º 1095, norma que regula el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. No obstante, aclara expresamente que su intervención no implica restricción, suspensión ni afectación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (Decreto Legislativo N.º 1106, 2012, art. 16).

En consecuencia, el Decreto Legislativo N.º 1106 configuraría un supuesto autónomo de actuación militar, desvinculado de los escenarios previstos en el Decreto Legislativo N.º 1095 y ajeno a la exigencia de declarar el estado de emergencia en todo o parte del territorio nacional. Como precisan Landa Arroyo (2016) y Rubio Correa (2019), esta habilitación excepcional plantea un debate constitucional sobre los límites de la participación militar en funciones de orden interno, así como respecto del principio de subsidiariedad que rige la actuación de las Fuerzas Armadas frente a la Policía Nacional.

Análisis

El Decreto Legislativo N.º 1095, tras la modificación introducida por la Ley N.º 31522, no contempla ningún supuesto en el cual las Fuerzas Armadas puedan ejecutar acciones militares destinadas al mantenimiento o restablecimiento del orden interno sin que previamente se haya decretado un estado de emergencia. El diseño normativo vigente establece, de manera categórica, que la participación militar en el orden interno está supeditada a dicho requisito.

Sin embargo, persisten normas especiales que habilitan la intervención de las Fuerzas Armadas sin la declaratoria previa de un estado de emergencia. Estos supuestos pueden sintetizarse del modo siguiente:

1. Ejecución de instrucciones emanadas de la Oficina Nacional de Procesos Electorales para mantener el orden público y garantizar la libertad personal durante los comicios (Ley N.º 26859, art. 40).
2. Actuación en labores de prevención y control de actividades que vulneren la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley N.º 29763, art. 147, inc. e).
3. Apoyo directo a los comités de vigilancia y control forestal cuando corresponda (Ley N.º 29763, art. 148).
4. Auxilio excepcional al Ministerio Público en operativos contra la minería ilegal, el lavado de activos y otras formas de criminalidad organizada (Decreto Legislativo N.º 1106).

El problema central radica en el vacío normativo que subyace en estas disposiciones, en tanto los supuestos previstos en las normas específicas no guardan

correspondencia ni convergen con las hipótesis reguladas en el Decreto Legislativo N.º 1095. Se trata de habilitaciones excepcionales vinculadas a ilícitos penales de especial gravedad o al desarrollo de procesos electorales. En este último ámbito, resulta particularmente preocupante que, de no armonizarse la normativa vigente, para los comicios generales de 2026 podría ser necesario declarar el estado de emergencia en todo el territorio nacional con el fin de habilitar la intervención de las Fuerzas Armadas, lo cual constituiría un serio retroceso en la concepción democrática del orden interno y un riesgo para la plena vigencia de los derechos humanos.

Estas normas específicas, además, omiten un requisito esencial: la necesidad de decretar previamente el estado de emergencia como condición habilitante para la intervención militar en asuntos de orden interno. De igual modo, tampoco establecen de forma expresa la obligación de ajustar la actuación militar a los niveles de uso de la fuerza ni a los estándares mínimos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que genera un escenario de inseguridad jurídica tanto para el personal militar como para la ciudadanía.

Esta situación era parcialmente corregida por el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1095, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 003-2020-DE, cuyo artículo 3, inciso 6, admitía el uso de la fuerza en escenarios distintos a los expresamente previstos en la ley, siempre que ello ocurriera en el espacio terrestre, aéreo, marítimo, fluvial o lacustre, y bajo estricta observancia de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, la Ley N.º 31522 dispuso la modificación de dicho reglamento para adecuarlo a sus nuevas disposiciones, lo que implica la eliminación de este “resquicio legal” que permitía dar cobertura a los supuestos no contemplados en el Decreto Legislativo N.º 1095.

Conclusiones

El Decreto Legislativo N.º 1095 delimita tres supuestos *numerus clausus* de intervención de las Fuerzas Armadas en el ámbito del orden interno, para los cuales se requiere, como presupuesto indispensable, la declaratoria de estado de emergencia.

El Decreto Supremo N.º 003-2020-DE, reglamento del Decreto Legislativo N.º 1095, inicialmente permitía interpretar con mayor amplitud los escenarios de intervención militar. No obstante, tras la modificación introducida por la Ley N.º 31522, dicho reglamento quedó sujeto a una necesaria adecuación, restringiendo toda actuación militar únicamente a los supuestos expresamente reconocidos en la ley y descartando cualquier intervención sin previa declaratoria de emergencia.

Pese a esta restricción, subsisten disposiciones especiales que facultan la intervención de las Fuerzas Armadas en supuestos no previstos en el Decreto Legislativo N.° 1095.

De lo anterior, se evidencia un vacío normativo en la articulación entre el Decreto Legislativo N.° 1095 y las leyes especiales que habilitan la participación militar en escenarios distintos a los contemplados en dicho cuerpo normativo.

La ausencia de armonización normativa podría generar que, en los comicios generales de 2026, resulte indispensable declarar el estado de emergencia en todo el territorio nacional para habilitar la intervención de las Fuerzas Armadas, lo que constituiría un riesgo para la vigencia de los derechos fundamentales y un retroceso en el entendimiento democrático del orden interno.

Referencias

BASOMBRÍO, C.

2015 *Seguridad, policía y orden interno en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.

CÁRDENAS, F.

2017 *Criminalidad organizada y seguridad ciudadana en el Perú*. Fondo Editorial PUCP.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2019 *Derechos humanos y democracia en las Américas*. OEA.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 *Constitución Política del Perú*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1997, 1 de octubre *Ley N.° 26859. Ley Orgánica de Elecciones*. El Peruano.

2011, 21 de julio *Ley N.° 29763. Ley Forestal y de Fauna Silvestre*. El Peruano.

2022, 23 de julio *Ley N.° 31522. Ley que Modifica los Artículos 4, 5 y 21 del Decreto Legislativo 1095*. El Peruano.

DEL SOLAR ROJAS, F. J.

1991 *Orden público y orden interno. Ius et Praxis*, Universidad de Lima.

https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/3473

FIX-ZAMUDIO, H., & VALENCIA CARMONA, J.

2013 *Derecho constitucional mexicano y comparado (2.ª ed.)*. Porrúa.

HURTADO POZO, J.

2008 *Manual de derecho penal: Parte general*. Grijley.

LANDA ARROYO, C.

2016 *La Constitución comentada (2.ª ed.)*. Gaceta Jurídica.

2020 *Derecho constitucional: Fundamentos de teoría y práctica*. Fondo Editorial PUCP.

PODER EJECUTIVO

2010, 3 de julio *Decreto Legislativo N.º 1095. Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional*. El Peruano.

2012, 18 de febrero *Decreto Legislativo N.º 1100. Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias*. El Peruano.

2012, 18 de abril *Decreto Legislativo N.º 1106. Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado*. El Peruano.

DECRETO SUPREMO N.º 003-2020-DE

2020, 15 de marzo *Decreto Supremo N.º 003-2020-DE. Reglamento de la Ley N.º 1095*. El Peruano.

RUBIO CORREA, M.

2019 *El sistema constitucional peruano: Una visión crítica*. Fondo Editorial PUCP.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú: Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Tribunal Constitucional del Perú.

2006 *Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0006-2006-PI/TC*. Tribunal Constitucional del Perú.

La Ley N.º 32182 y los riesgos para los derechos constitucionales del justiciable y las funciones fiscal y judicial en los requerimientos de prisión preventiva

The risks posed by Law No. 32182 to the constitutional rights of defendants and to prosecutorial and judicial functions in requests for pre-trial detention requests

Ruth Leon Rozas

Abogada independiente, Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, Cusco, Perú
rozarl22@hotmail.com

Resumen

La Ley N.º 32182 modifica las leyes N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal, y N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, causando modificaciones en el Código Penal y el Código Procesal Penal respecto a las medidas cautelares sobre la detención preliminar y la prisión preventiva. Respecto a la Ley de la Carrera Fiscal, se incorporan en el art. 47 los numerales 17, 18, 19 y 20, que consideran como falta grave cuando el fiscal dispone la libertad de personas detenidas en flagrancia por la Policía Nacional del Perú; asimismo, cuando se abstiene de solicitar el requerimiento de prisión preventiva en casos de flagrancia. Además, hace referencia a la inacción del juez de investigación preparatoria al rechazar el requerimiento de la Fiscalía, siendo también pasible de una sanción administrativa y penal. En su numeral 20, sanciona al fiscal que otorga información reservada sin autorización o cuando está prohibido. El Código Procesal Penal también sufrió una modificación en el artículo 268, donde se incorpora texto en el literal “c” respecto a la criminalidad organizada. En el Código Penal, en el artículo 418, dentro del delito de prevaricato, se incorpora el incumplimiento de funciones del fiscal y del juez respecto a la detención preliminar y la prisión preventiva. Dentro de este tipo penal, se exige el dolo en la conducta del fiscal y del juez al omitir el requerimiento o la resolución del requerimiento de

prisión preventiva. Con la presente ley, el fiscal y el juez se ven obligados, el primero, a requerir; y el segundo, a aceptar la prisión preventiva en casos de flagrancia cuando el delito es grave y existan suficientes elementos de convicción que sean graves y fundados para determinar su posible responsabilidad. Sin embargo, surge una dificultad, pues el plazo para la detención preliminar sería insuficiente para la recaudación de elementos de convicción que sustenten un requerimiento de prisión preventiva; aun así, el fiscal se verá obligado a requerir y el juez a emitir la resolución de prisión preventiva, lo que permite concluir que muchas de las privaciones de libertad podrían ser injustas frente a una disposición de la ley.

Palabras clave: Sanciones a magistrados, Refuerzo disciplinario, Lucha contra la criminalidad organizada, Control de información reservada.

Abstract

Law No. 32182 amends Laws No. 30483, the Law on the Prosecutorial Career, and No. 29277, the Law on the Judicial Career, introducing changes to the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure regarding precautionary measures on preliminary detention and pre-trial detention. With respect to the Law on the Prosecutorial Career, Article 47 incorporates numerals 17, 18, 19, and 20, which categorize as a serious offense specifically situations in which the prosecutor orders the release of persons detained in flagrante delicto by the National Police of Peru, as well as cases in which the prosecutor refrains from requesting pre-trial detention in situations of flagrancy. It also refers to the inaction of the preliminary investigation judge when rejecting the prosecutor's request is also addressed, making the judge subject to administrative and criminal sanctions. Numeral 20 penalizes the prosecutor who provides confidential information without authorization or when prohibited. The Code of Criminal Procedure was also amended in Article 268, adding text to literal "c" concerning organized crime. In the Criminal Code, Article 418, on the crime of prevarication, now includes the prosecutor's and judge's failure to comply with their duties regarding preliminary detention and pre-trial detention. Under this criminal provision, intentional misconduct is required in the prosecutor's or judge's omission to request or decide on pre-trial detention. Under the new law, the prosecutor is required to request, and the judge is obligated to accept, pre-trial detention in cases of flagrancy when the crime is serious and when there are sufficient, serious, and well-founded evidentiary elements to indicate possible responsibility. However, a difficulty arises, as the time allowed for preliminary detention is insufficient to gather the evidentiary elements needed to support a request for pre-trial detention. Even so, the prosecutor will be

required to request it, and the judge will be required to issue the order of pre-trial detention, which leads to the conclusion that many instances of deprivations of liberty could be unjust in light of this legal mandate.

Keywords: Sanctions on magistrates, Disciplinary reinforcement, Fight against organized crime, Control of confidential information.

Introducción

La población penitenciaria del Perú, al mes de agosto de 2024, ascendía a 98,127 personas, privadas de su libertad por mandato judicial o por prisión preventiva. De ellas, 60,786 se encontraban sentenciadas y 37,341 bajo prisión preventiva. En comparación con el periodo comprendido entre agosto de 2023 y agosto de 2024, se evidencia un incremento del 11 % en la población penitenciaria intramuros, crecimiento que responde principalmente al uso extendido de la prisión preventiva dentro de los procesos penales.

El mismo informe detalla la situación crítica de capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del país. El Perú cuenta con 69 establecimientos penitenciarios, cuya capacidad conjunta es de 41,556 plazas. Sin embargo, para agosto de 2024, la población penitenciaria alcanzó los 98,571 internos, generando una sobrepoblación de 56,571 personas, equivalente a un 136 %, y un hacinamiento penitenciario del 116 %. Esta problemática no es reciente. El Tribunal Constitucional ha advertido reiteradamente la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles peruanas, llegando incluso a declarar la inconstitucionalidad del sistema penitenciario.

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 05436-2014-PHC/TC, el Tribunal dispuso que, si para el año 2025 no se supera dicho estado de cosas inconstitucionales, deberán cerrarse los seis establecimientos penitenciarios con mayores índices de hacinamiento, entre los cuales se encuentran: Chanchamayo (553 %), Jaén (522 %), Callao (471 %), Camaná (453 %), Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos que, llegado el plazo, presenten los niveles más graves.

A pesar de este contexto penitenciario crítico, se promulgó la Ley 32182, que modifica la Ley 30483 (Ley de la Carrera Fiscal), la Ley 29277 (Ley de la Carrera Judicial), el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) y el Código Penal (Decreto Legislativo 635), específicamente en lo referido a la detención preliminar y la prisión preventiva. Dicha norma establece que, si la Fiscalía no presenta una solicitud de prisión preventiva respecto de detenidos en flagrancia por delitos con penas mayores a cinco años, aun contando con suficientes elementos de convicción, podría incurrir en el delito de prevaricato. Esto implica,

en los hechos, una reforma sustancial en el régimen de responsabilidad funcional de fiscales y jueces, y altera significativamente los criterios de actuación procesal.

No obstante la aparente finalidad de fortalecer la lucha contra la criminalidad, consideramos que la norma afecta gravemente derechos constitucionales y procesales. La imposición de obligaciones funcionales automáticas a la Fiscalía y al Poder Judicial colisiona con principios esenciales del Estado constitucional de derecho, tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, la autonomía judicial y el carácter excepcional de la prisión preventiva. Esta reforma no fue evaluada en términos de su impacto real sobre la independencia judicial ni sobre la protección de la libertad personal, generando un escenario de inseguridad jurídica y desatendiendo medidas alternativas y principios de necesidad y proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales.

Finalidad de la ley y contexto de su aprobación

La ley tiene como finalidad enfrentar con mayor severidad la criminalidad y sancionar las liberaciones consideradas injustificadas de personas detenidas en flagrancia por delitos graves. Sin embargo, al establecer deberes funcionales rígidos para fiscales y jueces —como el requerimiento obligatorio de prisión preventiva o la prohibición de disponer la libertad de detenidos en flagrancia sin más— la norma pierde de vista que el proceso penal se sustenta en garantías que no pueden sacrificarse en nombre de la eficacia punitiva.

En un Estado social y democrático de derecho, la prevención penal debe tener límites constitucionales y no puede convertir conductas irregulares o ilícitas en un supuesto de pena anticipada. La imposición de decisiones automáticas afecta el debido proceso, la presunción de inocencia y, en particular, la autonomía fiscal y judicial en su valoración de las circunstancias del caso. Las funciones de fiscales y jueces deben ser protegidas por el Estado, no restringidas mediante normas que generan presión indebida o que influyen en sus decisiones.

Si bien es cierto que la finalidad declarada de la norma es prevenir el delito, no se han considerado los efectos que esta forma de prevención ocasionaría en el incremento del hacinamiento penitenciario, especialmente tratándose de personas procesadas. Antes de emitir una norma que colisiona con derechos fundamentales, debió existir una adecuada coordinación entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial para evitar contradicciones normativas que perpetúen estados de cosas inconstitucionales, más aún cuando el Tribunal Constitucional ha advertido que el Estado debe resolver el hacinamiento penitenciario durante el año 2025.

Pese a ello, se continúan aprobando normas que agravan esta situación. En lugar de centrarse únicamente en endurecer mecanismos procesales, el Estado debería implementar una estrategia integral que incluya la prevención del delito,

el fortalecimiento institucional de la Fiscalía y el Poder Judicial, así como mejoras logísticas y de personal. No basta con contratar mayor número de fiscales y jueces sin la debida preparación: es preferible contar con operadores debidamente capacitados que con un aparato sobredimensionado pero ineficaz.

La emisión de la ley genera el riesgo de que fiscales y jueces resulten procesados por el delito de prevaricato, lo que, ante el temor de una eventual sanción, los podría llevar a optar por la solución “más segura”: recurrir a la prisión preventiva como mecanismo de autoprotección institucional. Esto implica una privación indebida de la libertad, una vulneración directa de la presunción de inocencia y, lo más grave, un menoscabo de la autonomía en la adopción de decisiones judiciales y fiscales respecto de la medida cautelar más gravosa del sistema procesal penal.

En consecuencia, la norma no cumple con la finalidad que pretende, y su compatibilidad con los parámetros constitucionales resulta altamente cuestionable.

Análisis de las modificaciones normativas

Ley de la Carrera Fiscal y Ley de la Carrera Judicial

Los nuevos numerales incorporados en los artículos 47 de la Ley N.º 30483 y 48 de la Ley N.º 29277 califican como faltas muy graves el no requerir prisión preventiva o disponer la libertad del detenido en flagrancia, incluso cuando el caso no reúna los presupuestos materiales ni procesales exigidos por la ley. En la práctica, esto constituye una penalización o criminalización de la función fiscal y judicial, pues se sancionan decisiones que podrían encontrarse debidamente motivadas, únicamente por no alinearse con una política de encarcelamiento obligatorio.

Intentar justificar esta modificación como un mecanismo de prevención resulta difícil. Las políticas legislativas recientes muestran que las normas aprobadas sin análisis integral suelen convertirse en medidas simbólicas que no reducen la criminalidad, pero sí saturan el sistema penitenciario. Un ejemplo ilustrativo son las reformas vinculadas a los delitos contra la libertad sexual. Pese al endurecimiento de penas y a la incorporación de la cadena perpetua, las estadísticas no evidencian una disminución significativa de estos delitos. Por el contrario, han surgido casos de extrema gravedad, como el reciente abuso y asesinato de una niña de tres años por parte de su progenitor, lo que demuestra que el aumento de penas no necesariamente genera prevención real.

Si el agresor tuvo o no conocimiento de que recibiría cadena perpetua es irrelevante para efectos disuasivos, pues la mayoría de autores de tales delitos no comprende ni evalúa las consecuencias penales antes de cometerlos. Esto evidencia que las medidas punitivas no deben reemplazar a las políticas preventivas ni al fortalecimiento institucional.

En esa misma línea, la aprobación de la Ley 32182, que modifica las carreras Fiscal y Judicial e incorpora supuestos de prevaricato, plantea interrogantes fundamentales:

- ¿Evitará efectivamente la comisión de delitos?
- ¿Garantizará mayor eficacia al sistema penal?
- ¿O será simplemente otro instrumento legislativo que incremente el número de personas privadas de libertad sin resolver las causas estructurales de la criminalidad?

Asimismo, surgen dudas respecto de delitos que no son considerados graves, pero cuya pena supera los cinco años —como la usurpación o la estafa agravada—. ¿Se exigirá en todos estos casos prisión preventiva solo por tratarse de flagrancia? La norma genera vacíos y contradicciones que afectan a todos los sujetos procesales.

Para el Ministerio Público y el Poder Judicial, la autonomía funcional queda comprometida; para la defensa técnica, el derecho de defensa se ve debilitado, pues ya no solo debe enfrentarse al sistema estatal, sino también a un marco normativo que condiciona la imparcialidad del juez. El litigante tampoco podrá saber si la prisión preventiva se impuso por necesidad procesal o por temor del juez a ser denunciado por prevaricato. Todo ello podría multiplicar la interposición de acciones constitucionales, como el habeas corpus, derivando en un problema aún mayor que el que la ley pretendía resolver.

Modificación al artículo 268 del NCPP

La reforma del artículo 268 del Código Procesal Penal introduce una presunción tácita según la cual, tratándose de delitos graves como homicidio calificado, violación sexual o extorsión, el imputado constituye necesariamente un peligro de fuga u obstaculización. Esta interpretación contraviene abiertamente la doctrina constitucional, que exige un análisis individualizado y sustentado en elementos objetivos del caso concreto, y no en categorías delictivas predeterminadas.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, de manera constante, que la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional, nunca una regla general ni automática. No obstante, el legislador, mediante esta reforma, convierte la imposición de prisión preventiva en un mandato casi imperativo cuando la investigación involucra los delitos mencionados. De este modo, la defensa técnica queda virtualmente impedida de cuestionar la existencia de graves y fundados elementos de convicción o el peligro procesal, restringiendo el derecho al debate contradictorio.

Esta situación genera interrogantes de gran trascendencia constitucional:

- ¿Qué responsabilidad asume el Estado si la persona encarcelada preventivamente —sin análisis individualizado— resulta finalmente absuelta?
- ¿Se resarcirá económicamente al afectado?
- ¿Quién asumiría dicho resarcimiento?
- ¿O simplemente se dirá que su privación de libertad obedeció al cumplimiento de una norma legal que ordenaba encarcelarlo?

Estas preguntas carecen de respuesta por parte del legislador. El daño producido por una prisión preventiva injustificada es irreparable, y su previsibilidad debió ser evaluada antes de aprobar una norma que afecta de manera tan grave el debido proceso.

Inclusión del segundo párrafo del artículo 418 del Código Penal (Prevaricato)

La modificación del artículo 418 del Código Penal agrava la sanción penal contra fiscales y jueces que dispongan la libertad de detenidos en flagrancia por delitos cuya pena supere los cinco años. Esta modificación consolida un uso abusivo del sistema penal y del poder legislativo, bajo la apariencia de fortalecer la lucha contra la criminalidad.

Al imponer la obligación de requerir prisión preventiva —so pena de incurrir en prevaricato— se fuerza al fiscal a solicitar dicha medida aun cuando no existan elementos suficientes que acrediten la vinculación del imputado con el hecho delictivo, o cuando la sospecha no sea grave, fuerte o vehemente. El juez, por su parte, enfrentado a la misma amenaza penal, se verá presionado a confirmar tales requerimientos para evitar eventuales denuncias en su contra.

En consecuencia, la audiencia de prisión preventiva corre el riesgo de convertirse en un mero formalismo, carente de verdadera deliberación y valoración autónoma de la evidencia. La autonomía del fiscal y del juez queda reducida a la obediencia obligatoria de una norma que, en la práctica, subordina indebidamente al Ministerio Público y al Poder Judicial al diseño legislativo, desdibujando la separación de poderes y la independencia de funciones.

Vulneración de Principios Constitucionales

Debido Proceso y Presunción de Inocencia. Al imponer la obligación de requerir prisión preventiva y sancionar su no aplicación, la ley desconoce que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario. La prisión preventiva no puede utilizarse como un castigo anticipado ni como mecanismo automático de protección social.

Autonomía e Independencia Judicial. Fiscales y jueces deben contar con libertad plena para valorar la evidencia y adoptar decisiones conforme al mérito del caso. El Estado no puede imponer decisiones predeterminadas bajo la justificación de una política criminal supuestamente más eficiente. Ello vulnera directamente el principio de separación de poderes y erosiona la independencia del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Principio de Legalidad Penal y Disciplinaria. Las modificaciones introducen expresiones amplias y ambiguas —como “omisión de deberes funcionales”— que permiten interpretaciones extensivas contrarias al principio de tipicidad. Una regulación penal o disciplinaria abierta incrementa la inseguridad jurídica y abre la puerta a sanciones arbitrarias.

Conclusión

Revisión Constitucional. Resulta imperativo que, a través de nuestra Orden Profesional del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, se interponga una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional a fin de que evalúe la compatibilidad de estas disposiciones con la Constitución Política. El Tribunal Constitucional, en precedentes relevantes, ya ha declarado la inconstitucionalidad de normas aprobadas bajo un diseño similar, cuando estas afectaban derechos fundamentales como el debido proceso, la independencia judicial y la presunción de inocencia. Toda medida que limite derechos debe superar estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, parámetros que en este caso no se advierten satisfechos.

Despenalización del Error Jurídico. Es indispensable que el legislador distinga con claridad entre una decisión equivocada —propia del margen interpretativo de la función jurisdiccional— y una actuación dolosa o arbitraria. La criminalización de decisiones motivadas, aun cuando resulten erradas, genera un clima de intimidación institucional, inhibe la independencia de criterios y desalienta el ejercicio autónomo de las funciones públicas, afectando la esencia misma de la administración de justicia.

Fortalecimiento de Capacidades y Control Preventivo. Antes que recurrir a sanciones automáticas o amenazas penales, el Estado debe priorizar el fortalecimiento de las capacidades técnicas de fiscales y jueces, así como la implementación de mecanismos de control preventivo orientados a mejorar la calidad de las decisiones jurisdiccionales. La política criminal no puede centrarse exclusivamente en el castigo interno del sistema, sino en la mejora estructural del aparato fiscal y judicial.

Garantías para el Uso de la Prisión Preventiva. Resulta necesario que el Ministerio Público y el Poder Judicial emitan directivas interpretativas que re-

afirmen el carácter excepcional de la prisión preventiva, recordando a los operadores del sistema su obligación de motivar adecuadamente toda medida que restrinja derechos fundamentales. Sin una orientación institucional clara, el riesgo de que esta medida cautelar se convierta en una regla general —y no en una excepción— es extremadamente alto.

La Ley N.º 32182 incurre en excesos normativos que vulneran principios constitucionales esenciales y comprometen gravemente la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público. La imposición de sanciones disciplinarias o penales automáticas por decisiones funcionales discrecionales distorsiona el equilibrio de poderes, fomenta una cultura del miedo y resulta incompatible con los valores de un Estado Democrático de Derecho.

En un escenario así, el justiciable queda en la incertidumbre: nunca sabrá si la prisión preventiva fue impuesta porque el caso realmente lo ameritaba, o porque el juez y el fiscal se sintieron obligados a evitar una denuncia por prevaricato. Ello deteriora la confianza ciudadana y convierte la audiencia de prisión preventiva en un mero formalismo cuya decisión ya estaría predeterminada por la ley.

Por todo lo expuesto, corresponde plantear una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 32182, a fin de evitar transgresiones a derechos fundamentales, restituir el equilibrio entre los poderes del Estado y garantizar que la prisión preventiva continúe siendo una medida cautelar excepcional, no un mecanismo automático de encarcelamiento.

Referencias

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO (INPE)

2024 *Informe estadístico agosto 2024*.

https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2024/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_agosto_2024.pdf

SEGUNDA PARTE

**DERECHO PENAL, PROCESAL PENAL Y
POLÍTICA CRIMINAL**

La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad: análisis de casos recientes y jurisprudencia en América Latina

Pre-trial detention and the principle of proportionality: analysis of recent cases and jurisprudence in Latin America

Carlos Manuel Chambi Porroa

Abogado investigador, Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, Cusco, Perú
carloschambi6914@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0006-0300-0964>

Resumen

La prisión preventiva, como medida cautelar, debe aplicarse de manera excepcional y conforme al principio de proporcionalidad. Sin embargo, en América Latina se ha extendido su uso de forma desproporcionada, afectando derechos fundamentales como la presunción de inocencia y la libertad personal. El objetivo de este estudio es analizar si la aplicación de la prisión preventiva en casos recientes de la región respeta el principio de proporcionalidad, a partir del examen de jurisprudencia nacional e internacional. Mediante un enfoque cualitativo y nivel descriptivo, se identifican prácticas judiciales que vulneran este principio, influenciadas por factores como la presión mediática, la falta de motivación fiscal y la debilidad institucional. Se concluye que es necesario reforzar la formación de operadores del derecho, garantizar la independencia judicial y aplicar con rigurosidad el test de proporcionalidad, a fin de evitar que esta medida cautelar se convierta en una pena anticipada.

Palabras clave: Prisión preventiva, Principio de proporcionalidad, Presunción de inocencia, Libertad, Derechos humanos.

Abstract

Pre-trial detention, as a precautionary measure, must be applied exceptionally and in accordance with the principle of proportionality. However, in Latin America, its use has expanded in a disproportionate manner, affecting fundamental rights such as the presumption of innocence and personal liberty. The objective of this study is to analyze whether the application of pre-trial detention in recent cases in the region respects the principle of proportionality, based on the examination of national and international jurisprudence. Using a qualitative and descriptive approach, judicial practices across the region that violate this principle are identified, influenced by factors such as media pressure, lack of prosecutorial reasoning, and institutional weakness. The study concludes that it is necessary to strengthen the training of justice system operators, ensure judicial independence, and rigorously apply the proportionality test to prevent this precautionary measure from becoming a form of anticipatory punishment.

Keywords: Pre-trial detention, Principle of proportionality, Presumption of innocence, Liberty, Human rights.

Introducción

La prisión preventiva, como medida cautelar privativa de libertad, debe ser aplicada de manera excepcional y sujeta a estrictos parámetros legales y constitucionales, entre ellos el principio de proporcionalidad. Sin embargo, en América Latina se observa una preocupante tendencia a su uso excesivo, prolongado e incluso arbitrario, afectando gravemente derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el debido proceso.

Casos recientes y decisiones jurisprudenciales revelan que, en muchos países de la región, los jueces recurren a esta medida sin una debida justificación de su necesidad ni una valoración adecuada de la proporcionalidad frente a la gravedad del delito o el riesgo procesal que se busca evitar. Esta situación ha sido objeto de crítica por parte de organismos internacionales y ha generado debates sobre la eficacia del control judicial, la independencia del Poder Judicial y la vigencia real de los derechos humanos en los sistemas penales de América Latina. Por lo que se plantean las siguientes preguntas:

- ¿Existe un uso adecuado y racional de la prisión preventiva en la región?
- ¿En qué medida la aplicación de la prisión preventiva en América Latina respeta el principio de proporcionalidad, según los casos recientes y la jurisprudencia vigente?

En este contexto, surge la necesidad de analizar si la aplicación de la prisión preventiva en casos recientes se ajusta al principio de proporcionalidad y cómo la jurisprudencia de los tribunales nacionales y cortes supranacionales está respondiendo a esta problemática. Pasando a plantear los siguientes objetivos:

Analizar el uso adecuado y racional de la prisión preventiva en la región. Analizar cómo el principio de proporcionalidad ha sido interpretado por los tribunales nacionales y cortes internacionales en materia de prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad: concepto y fundamentos

El principio de proporcionalidad es un estándar jurídico que limita el ejercicio del poder del Estado (*ius puniendi*), especialmente cuando se restringen derechos fundamentales. Tiene origen en el derecho constitucional europeo (particularmente en la jurisprudencia alemana) y se ha expandido a los sistemas jurídicos de América Latina como criterio de control en la aplicación de medidas restrictivas de derechos.

Ovalle (2019) define, en el campo del derecho penal, el principio de proporcionalidad, junto con los principios de legalidad, culpabilidad y la prohibición del doble juzgamiento (*non bis in idem*), como parte esencial del Estado de derecho democrático y social. Este principio debe ser considerado por el legislador al momento de evaluar si la medida adoptada es adecuada y proporcional.

El principio de proporcionalidad es una idea de justicia que quiere decir que a cada uno ha de dársele lo suyo según sus merecimientos, y que los desiguales deben ser tratados desigualmente. Este principio implica que las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido, o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que el daño causado por el delito.

Según Montoya, este planteamiento se basa en un examen compuesto por tres criterios o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero de ellos, la idoneidad, establece que toda medida que afecte derechos fundamentales —como la libertad— debe perseguir un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional, lo cual, en el ámbito penal, implica necesariamente la protección de un bien jurídico con respaldo constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha reiterado en su jurisprudencia que la protección de bienes jurídicos es un requisito esencial para justificar cualquier restricción a los derechos fundamentales. En ese sentido, en su sentencia del 15 de diciembre de 2006, señaló que la criminalización de una conducta —es decir, su conversión en delito con posibilidad de privación de libertad— solo será válida constitucionalmente si su finalidad es salvaguardar bienes jurídicos de relevancia constitucional (fundamento 27).

Su observancia resulta fundamental, ya que con frecuencia las decisiones político-criminales del poder legislativo no guardan una relación clara con los valores y principios constitucionales. Por ello, estos principios que regulan el ejercicio del *ius puniendi* deben entenderse como expresiones concretas de un auténtico Estado de derecho democrático.

Según Montoya (s. f.), este planteamiento se basa en un examen compuesto por tres criterios o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero de ellos, la idoneidad, establece que toda medida que afecte derechos fundamentales —como la libertad— debe perseguir un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional, lo cual, en el ámbito penal, implica necesariamente la protección de un bien jurídico con respaldo constitucional.

El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la protección de bienes jurídicos es un requisito esencial para justificar cualquier restricción a los derechos fundamentales. En ese sentido, en su sentencia del 15 de diciembre de 2006, señaló que la criminalización de una conducta —es decir, su conversión en delito con posibilidad de privación de libertad— solo será válida constitucionalmente si su finalidad es salvaguardar bienes jurídicos de relevancia constitucional (fundamento 27).

Este principio se estructura en tres subprincipios:

- **Idoneidad:** La medida debe ser adecuada para alcanzar un fin legítimo.
- **Necesidad:** No debe existir otra alternativa menos lesiva que logre el mismo objetivo.
- **Proporcionalidad en sentido estricto:** Debe existir un equilibrio entre los beneficios que la medida procura y los daños que causa.

Aplicación desproporcional de la prisión preventiva

La prisión preventiva constituye una medida cautelar privativa de libertad cuya aplicación debe ser excepcional, razonada y proporcional, conforme a lo establecido por el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 268 del Código Procesal Penal peruano. Sin embargo, en la práctica judicial, dicha medida ha sido desnaturalizada y utilizada de forma generalizada, afectando derechos fundamentales como la libertad personal y la presunción de inocencia.

Merchán y Durán (2022), sostiene que la aplicación generalizada de esta medida cautelar ha generado su desnaturalización, convirtiéndola en una suerte de sanción anticipada. Ello ocurre, principalmente, cuando los órganos jurisdiccionales omiten una evaluación exhaustiva de los presupuestos procesales que la

legitiman, particularmente los referidos al riesgo de fuga o a la posible obstaculización del proceso, esta crítica es compartida por Salinas (2021), quien destaca que la prisión preventiva se aplica como mecanismo de respuesta inmediata frente a la presión mediática o social, dejando de lado su función instrumental en el proceso penal.

La Defensoría del Pueblo (2022) ha alertado que esta práctica sistemática contraviene estándares internacionales de derechos humanos, al aplicar la prisión preventiva como regla general, sin agotar previamente el análisis de medidas alternativas. Esta entidad ha documentado casos en los que la prisión preventiva fue impuesta aun existiendo elementos de arraigo y delitos de baja lesividad, lo cual revela un patrón estructural de uso desproporcional.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución sobre medidas provisionales (2021), reafirma que toda detención preventiva debe estar fundada en elementos objetivos, no en presunciones automáticas ni en la gravedad del delito imputado. El incumplimiento de este estándar por parte de los jueces genera decisiones arbitrarias y vulneraciones al debido proceso.

La prisión preventiva: características y función

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, cuyo fin es asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, evitar la obstrucción de la justicia o prevenir la reiteración delictiva. En ningún caso debe emplearse como una sanción anticipada ni como una forma de castigo encubierto.

La prisión preventiva es una medida excepcional que debe responder a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, tal como establece el artículo 268 del Código Procesal Penal peruano y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, su uso desproporcionado genera una afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia (artículo II del Título Preliminar del CPP), al convertir la medida en una pena anticipada sin sentencia firme.

El Tribunal Constitucional peruano ha sido enfático al sostener, en reiterada jurisprudencia, que la prisión preventiva sólo puede dictarse cuando no sea posible emplear otra medida menos gravosa con igual capacidad de asegurar los fines procesales. Así, en la Sentencia N.º 0012-2007-PHC/TC se precisó que esta medida debe entenderse como excepcional, temporal, instrumental y sometida a control judicial riguroso, en respeto del principio de presunción de inocencia.

Palli (2020) indica que la prisión preventiva tiene una naturaleza cautelar, provisional y excepcional. Es cautelar porque busca garantizar el resultado del proceso, no castigar. Es provisional porque su duración está limitada a la existencia de los presupuestos que la justifican y al desarrollo del proceso. Y es excepcional

porque, al ser la medida más restrictiva de la libertad, solo debe aplicarse cuando no existan otras medidas menos gravosas que cumplan el mismo fin. El principio de última ratio subraya esta excepcionalidad, exigiendo que sea el último recurso y que se utilice únicamente cuando sea estrictamente necesaria y proporcionada.

Zaffaroni (2005) también sostiene que el abuso de la prisión preventiva constituye una forma de pena anticipada, especialmente cuando su aplicación se basa más en percepciones sociales o presión mediática que en elementos objetivos del caso.

Berlanga y Tafur (2024) añaden que este proceso debe respetar el principio de congruencia procesal, garantizando que la sentencia no se desvíe de los cargos acusatorios sin una motivación exhaustiva que preserve el derecho de defensa.

En la mayoría de sistemas latinoamericanos, la prisión preventiva debe aplicarse cumpliendo principios como legalidad, presunción de inocencia, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Factores que inciden en la aplicación de prisión preventiva

Diversos factores explican la aplicación desproporcionada de la prisión preventiva en el Perú. Según el estudio del Instituto de Democracia y Derechos Humanos PUCP (2023), precisa que entre las causas más frecuentes se encuentran la presión mediática, la falta de motivación judicial específica, la debilidad argumentativa en los requerimientos fiscales y la escasa capacitación en estándares de derechos humanos por parte de los operadores judiciales.

El informe también advierte que la prisión preventiva se impone con más frecuencia en personas con escasa defensa técnica, lo que acentúa la desigualdad procesal y revela un uso selectivo de esta medida. De igual manera, se señala que existe una tendencia judicial a aplicar criterios de peligrosidad sin sustento fáctico concreto, afectando directamente el principio de legalidad. Por otro lado, el informe anual de la OCMA (2022) documenta deficiencias recurrentes en la fundamentación de las resoluciones que imponen prisión preventiva, así como la inexistencia de una revisión periódica efectiva de su necesidad, lo cual contradice las exigencias de motivación reforzada exigidas por el Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 07031-2022-PHC/TC).

Chiroque (2022) sostiene que el populismo punitivo se manifiesta en la práctica judicial peruana mediante una tendencia a responder de forma inmediata y severa a la criminalidad, especialmente en contextos mediáticos de alto impacto. La autora argumenta que esta lógica transforma al juez en un agente de control social, subordinando el respeto a los derechos fundamentales del imputado a la presión pública y legislativa. Añade que esta práctica se ve acentuada por la ausencia de un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre medidas cautelares, lo que permite decisiones arbitrarias y poco razonadas.

Proporcionalidad y prisión preventiva en el marco de los derechos humanos

Como señala Binder (2010), la lógica del proceso penal moderno exige que la prisión preventiva sea una medida de última ratio, promoviendo el uso de otras medidas coercitivas que garanticen la continuidad del proceso sin vulnerar derechos fundamentales.

Según Liza (2022), desarrolla sobre el debido proceso, también denominado proceso justo, presenta una estructura compuesta por dos dimensiones: una de carácter formal y otra de naturaleza sustantiva. Esta última se vincula con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En su aspecto formal, el debido proceso se manifiesta a través de diversas garantías procesales fundamentales, tales como la presunción de inocencia, el derecho al juez predeterminado por ley, el derecho de defensa, la libertad probatoria (que incluye la posibilidad de argumentar, ofrecer y producir medios de prueba), el derecho a ser oído, a impugnar decisiones mediante recursos y el principio de pluralidad de instancia, entre otros. Dentro de estas garantías, cobra especial relevancia el derecho a obtener una decisión motivada jurídicamente y en concordancia con los hechos del caso, lo cual permite a las partes comprender las razones por las cuales se acoge o se rechaza su pretensión, asegurando además que dicha decisión no resulte arbitraria ni contraria a la Constitución.

Diversos tratados internacionales —como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)— y órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han reiterado que el uso de la prisión preventiva debe regirse por el principio de proporcionalidad. Su uso excesivo afecta derechos como:

1. Libertad personal
2. Presunción de inocencia
3. Debido proceso

La Corte IDH ha señalado que el Estado debe justificar de manera razonada y objetiva la necesidad y proporcionalidad de la medida, evitando su uso como regla general.

Jurisprudencia relevante en América Latina

En los últimos años, tribunales constitucionales y cortes supremas de países como Colombia, México, Perú y Argentina han emitido sentencias que abordan la aplicación desproporcionada de la prisión preventiva. Asimismo, la Corte IDH ha emitido fallos emblemáticos (como *Tibi vs. Ecuador* o *Bayarri vs. Argentina*) que fijan estándares claros sobre su uso excepcional.

Análisis jurisprudencial comparado: prisión preventiva y proporcionalidad en América Latina

Eto (2015) hace mención a que, una vez consolidada la existencia de un Tribunal Constitucional con facultades exclusivas para ejercer el control orgánico de la Constitución —mediante procesos como la acción de inconstitucionalidad y los procesos competenciales— y competencias concurrentes con el Poder Judicial en materia de protección de derechos fundamentales a través de procesos como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y el proceso de cumplimiento, se configuró un modelo complejo de jurisdicción constitucional. Este modelo no solo incide en la estructura del régimen político o de gobierno, sino que el propio Tribunal Constitucional ha llegado a ejercer una influencia decisiva en el desarrollo y consolidación de los actuales esquemas latinoamericanos de justicia constitucional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso Tibi vs. Ecuador (2004)

El señor Tibi fue detenido arbitrariamente y estuvo más de dos años en prisión preventiva sin juicio. El criterio de la Corte fue que la prisión preventiva fue considerada desproporcionada y contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La importancia es que la Corte reafirmó que la prisión preventiva debe ser excepcional y no puede prolongarse de forma injustificada.

Colombia – Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2012

Se evaluó la constitucionalidad de normas que autorizaban prisión preventiva sin mayor control judicial. El criterio del tribunal estableció que toda privación de libertad debe respetar el principio de proporcionalidad, incluso cuando se trate de delitos graves. La importancia es que refuerza el control judicial sobre la medida y sugiere que no puede aplicarse automáticamente por el tipo penal imputado.

Perú – Tribunal Constitucional, STC N.º 00245-2011-PHC/TC

El caso versó sobre un procesado que estuvo más de tres años en prisión preventiva sin sentencia firme. El criterio del TC indicó que mantener a un imputado en prisión preventiva por periodos prolongados viola el principio de proporcionalidad y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. La importancia es que establece que el tiempo es un factor esencial para evaluar la proporcionalidad.

Argentina – Corte Suprema, caso Loyo Fraire (2009)

Se discutía la justificación de la prisión preventiva impuesta sin pruebas de riesgo procesal. El criterio de la Corte reiteró que la medida solo puede aplicarse si

existen elementos objetivos que demuestren peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. La importancia es que subraya que el simple dictado de una acusación no basta para justificar la prisión preventiva.

México – Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo en revisión 315/2019

Se cuestionó la prisión preventiva automática para ciertos delitos. El criterio de la SCJN fue declarar inconstitucional la aplicación automática de prisión preventiva por violar el principio de proporcionalidad y la presunción de inocencia. La importancia es que marca un hito en la eliminación de la “prisión preventiva oficiosa”, como figura incompatible con los derechos humanos.

Material y Método

El enfoque de investigación será cualitativo. Tiene como objetivo describir, dentro de un contexto social, la aplicación de la prisión preventiva en América Latina a la luz del principio de proporcionalidad, mediante el estudio de casos recientes y jurisprudencia relevante, con el fin de identificar su adecuación a los estándares del derecho constitucional y los derechos humanos. El nivel de investigación es descriptivo porque aborda un fenómeno social actual sobre las consecuencias de la prisión preventiva a la luz de la proporcionalidad, aplicado en casos recientes en el Perú y la jurisprudencia en América Latina.

Resultados

Cabezón (2013) refiere que la implementación de los diversos códigos procesales reformados en América Latina se desarrolló en un escenario caracterizado por elevadas expectativas sobre su eficacia y resultados. Entre los factores que facilitaron el consenso político en favor de estas reformas no solo destacó la intención de fortalecer la tutela de los derechos fundamentales, sino también el propósito de optimizar la eficiencia y funcionalidad del sistema judicial. Dichas aspiraciones, además, se tradujeron en expectativas sociales respecto del desempeño institucional.

Desde finales de la década de 1980, la región ha estado marcada por la percepción persistente de un incremento sostenido en las tasas de criminalidad, acompañado de la sensación generalizada de que los sistemas de justicia penal resultan insuficientes para brindar respuestas efectivas. Estas percepciones influyeron decisivamente en los procesos de reforma judicial, legitimando la transición de modelos inquisitivos hacia sistemas acusatorios. De hecho, el discurso sobre la supuesta “derrota” frente a la delincuencia, la sobrecarga del sistema

penal y sus efectos negativos en la seguridad y calidad de vida de la población ha configurado buena parte de la agenda pública y gubernamental contemporánea.

En este marco, los sistemas procesales reformados han sido objeto de un intenso escrutinio social y mediático, especialmente en torno a su capacidad para enfrentar la criminalidad percibida como creciente. Los medios de comunicación han contribuido a amplificar la idea de que, pese a las reformas, la delincuencia continúa en ascenso y que las nuevas estructuras procesales no han cumplido sus promesas de mayor eficacia. Esta narrativa se ha visto reforzada por discursos que asocian la ampliación de las garantías de los imputados con un incremento de la criminalidad. Paralelamente, el movimiento de víctimas ha cobrado protagonismo al exigir una protección más robusta y una participación activa en el sistema penal.

Como resultado, las demandas de seguridad ciudadana se han intensificado, generando presiones para endurecer nuevamente los sistemas procesales reformados. Este fenómeno se ha traducido en propuestas y movimientos políticos orientados a restringir las garantías procesales en aras de una respuesta más severa frente al delito. Los medios de comunicación, impulsados por la transparencia propia de la oralidad, han mantenido una cobertura constante de los casos judiciales, contribuyendo a que cada actuación o aparente fallo del sistema penal se convierta en un tema de debate público y de evaluación social permanente.

Moscoso (2021) refiere que la imposición de la prisión preventiva en el sistema penal peruano debe sujetarse a dos principios rectores: la proporcionalidad de la medida y la debida motivación de las decisiones fiscales o judiciales. Dado que la libertad personal constituye un derecho humano fundamental, su restricción solo resulta legítima cuando se sustenta en una decisión debidamente motivada, basada en una sospecha grave de la comisión de un delito y en una argumentación que responda a los estándares constitucionales y convencionales establecidos por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, la prisión preventiva solo adquiere validez jurídica cuando el requerimiento fiscal presenta una fundamentación detallada y objetiva, respetando el principio de imputación necesaria y evitando cualquier sesgo derivado de la presión mediática. La decisión judicial debe apoyarse en un razonamiento lógico y verificable que permita controlar la discrecionalidad del juez y garantizar la tutela efectiva del derecho a la libertad.

El principio de proporcionalidad, reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal (1992), actúa como un límite esencial frente a medidas restrictivas desmedidas. Su observancia impide que la prisión preventiva se convierta en un instrumento punitivo anticipado, contrario al Estado de derecho.

Aunque este principio no se encuentra expresamente regulado en el Código Procesal Penal peruano, su aplicación ha sido exigida por la jurisprudencia de la Corte Suprema como garantía ineludible en toda decisión que afecte la libertad personal. En consecuencia, la proporcionalidad debe operar como una condición *sine qua non* de toda resolución fiscal o judicial, asegurando que la coerción procesal mantenga un carácter excepcional y respetuoso de la dignidad humana.

Según la CIDH, entre las garantías judiciales esenciales del proceso penal, la presunción de inocencia constituye la piedra angular del sistema de justicia y el fundamento de toda actuación jurisdiccional. Este principio se encuentra consagrado, sin excepción, en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2).

La presunción de inocencia implica que toda persona acusada debe ser considerada y tratada como inocente hasta que una sentencia firme determine su responsabilidad penal. En consecuencia, la imposición de una condena o pena solo puede sustentarse en la plena convicción del tribunal sobre la existencia del hecho punible y la autoría del acusado. Este principio exige que el juez actúe sin prejuicios ni presunciones de culpabilidad, garantizando así un juicio justo e imparcial.

Asimismo, de la presunción de inocencia deriva el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, según el cual toda persona sometida a proceso penal debe permanecer en libertad durante el juicio, salvo que existan razones estrictamente justificadas para restringirla. Aun en tales casos, el imputado mantiene la condición jurídica de inocente. Por ello, este principio constituye el punto de partida para evaluar el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encuentran bajo prisión preventiva, reafirmando su carácter excepcional y sujeción a control estricto en un Estado democrático de derecho.

En el ordenamiento procesal penal peruano, la prisión preventiva se encuentra regulada en el artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), que establece tres requisitos esenciales: la existencia de graves y fundados elementos de convicción sobre la comisión del delito, la probabilidad de que la sanción supere los cinco años de pena privativa de libertad y la verificación de peligro de fuga o de obstaculización procesal. A estos presupuestos, la Casación N.° 626-2013, Moquegua, añadió dos criterios complementarios: la proporcionalidad y la duración de la medida.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Montesinos Mejía vs. Ecuador* (2020), reafirmó que la prisión preventiva constituye la medida más gravosa dentro del proceso penal y, por tanto, debe aplicarse

con carácter excepcional. Conforme al principio de presunción de inocencia —reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana—, la regla general es la libertad del imputado mientras no exista sentencia condenatoria firme. En consecuencia, la privación preventiva de la libertad solo puede justificarse mediante una decisión judicial fundada en criterios objetivos y verificables, basados en hechos concretos del caso. La Corte precisó, además, que ni la gravedad del delito ni las características personales del imputado constituyen, por sí solas, razones suficientes para justificar dicha medida.

Desde esta perspectiva, la prisión preventiva, reconocida constitucionalmente (artículo 200 in fine de la Constitución Política del Perú) y procesalmente (artículo 253.2 del NCPP), debe someterse a un test de proporcionalidad, compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- El principio de idoneidad exige que la medida sea adecuada para asegurar el fin legítimo del proceso, como la comparecencia del imputado o la preservación de la prueba, excluyendo finalidades impropias como la presión social o la búsqueda de confesiones.
- El principio de necesidad demanda verificar si existen otras medidas cautelares menos gravosas que puedan alcanzar el mismo objetivo, priorizando siempre la menor restricción posible a la libertad.
- Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar los intereses constitucionales en conflicto: la presunción de inocencia frente al deber estatal de protección social. Cuanto mayor sea la afectación de la libertad, mayor debe ser la justificación de la medida.

La jurisprudencia nacional y regional —como el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2017), el caso Humala/Heredia (Exp. N.º 04780-2017-PHC/TC y acumulados) y la Casación N.º 626-2013, Moquegua— ha reiterado que la proporcionalidad constituye un presupuesto autónomo y obligatorio en la adopción de medidas cautelares personales. Dichos pronunciamientos han destacado, además, la incorporación de enfoques transversales, como la perspectiva de género y el interés superior del niño, al momento de ponderar los efectos de la prisión preventiva.

En síntesis, el principio de proporcionalidad opera como un mecanismo de control que permite determinar la legitimidad y racionalidad de la prisión preventiva, garantizando que su aplicación responda a fines constitucionalmente válidos y no derive en un uso desmedido o arbitrario. Su correcta aplicación asegura el equilibrio entre la tutela de la libertad personal y la eficacia del proceso penal, consolidando su carácter verdaderamente excepcional.

Dueñas y Dueñas (2024) indican que entre los años 2002 y 2024 los porcentajes de personas reclusas bajo prisión preventiva y el incremento sostenido de la población penitenciaria en América Latina evidencian una tendencia preocupante. Este fenómeno refleja la persistente vulneración de derechos fundamentales, particularmente del derecho al debido proceso, de la libertad personal y del principio de excepcionalidad que rige la aplicación de la prisión preventiva.

En el contexto peruano, y específicamente en el Distrito Judicial de Puno, se ha identificado que durante los años 2023 y 2024 varios jueces de investigación preparatoria omitieron fundamentar adecuadamente el principio de proporcionalidad, elemento esencial para justificar la restricción de la libertad personal. Esta omisión no solo contraviene las exigencias constitucionales y convencionales sobre motivación judicial, sino que además debilita la legitimidad del sistema de justicia penal al permitir la aplicación de medidas coercitivas sin la debida evaluación de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La prisión preventiva constituye, por naturaleza, una medida excepcional dentro del proceso penal. Su aplicación no puede efectuarse de manera automática ni genérica, sino únicamente cuando resulte indispensable para asegurar los fines del proceso y no existan medidas menos restrictivas que garanticen la comparecencia del imputado.

En consonancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que la libertad del procesado debe ser la regla y que la privación de libertad solo procede cuando existan razones objetivas y comprobables que acrediten el riesgo de fuga, la posible obstrucción de la investigación o la destrucción de pruebas. Dado que la prisión preventiva restringe gravemente la libertad personal y afecta derechos conexos —como la unidad familiar, la actividad laboral y la presunción de inocencia—, su imposición exige un nivel máximo de motivación judicial y respeto por las garantías del debido proceso.

Pese al marco normativo internacional que consagra la presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad (reconocidos en tratados de derechos humanos con carácter vinculante), la práctica judicial en numerosos países latinoamericanos ha evidenciado una aplicación desproporcionada y arbitraria de la prisión preventiva. Este uso indebido ha contribuido al hacinamiento penitenciario y a la falta de separación entre procesados y condenados, configurando un patrón estructural de vulneración de derechos humanos.

La CIDH, en su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, identificó la prisión preventiva excesiva como uno de los problemas más graves del sistema penal regional. En la misma línea, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) advirtió que el alto porcentaje

de personas sin sentencia firme representa una situación de especial gravedad, instando a los Estados a reducir tales niveles mediante políticas prudentes de detención.

De igual forma, diversos mecanismos de supervisión de las Naciones Unidas —como el Comité de Derechos Humanos, el Comité y Subcomité contra la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias y el Relator Especial sobre la Tortura— han reiterado la necesidad de limitar estrictamente el uso de la prisión preventiva. Según datos de la Organización de Estados Americanos (OEA), más del 40 % de la población penitenciaria de la región se encuentra en condición de prisión preventiva.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que el uso excesivo, desmedido o arbitrario de esta medida desnaturaliza la esencia del Estado democrático de derecho, pues convierte la prisión preventiva en una pena anticipada antes que en una medida cautelar legítima, vulnerando los principios de proporcionalidad, presunción de inocencia y excepcionalidad que sustentan el proceso penal garantista.

El análisis del principio de proporcionalidad aplicado a la prisión preventiva evidencia un patrón común en la jurisprudencia nacional e internacional: la medida cautelar de prisión preventiva ha sido aplicada, en múltiples ocasiones, de forma desproporcionada, vulnerando derechos fundamentales como la libertad personal, la presunción de inocencia y el debido proceso.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano como los fallos de cortes internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) coinciden en que la prisión preventiva debe cumplir con los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, la práctica judicial revela una tendencia a imponerla sin motivación adecuada, sin agotar alternativas menos gravosas y, en algunos casos, con fundamentos automáticos vinculados a la gravedad del delito.

Discusión

El análisis conjunto de los textos de Cabezón (2013) y Moscoso (2021) permite desarrollar una discusión crítica sobre la aplicación de la prisión preventiva en América Latina a la luz del principio de proporcionalidad, especialmente considerando el respeto a los estándares constitucionales y de derechos humanos. Esta discusión puede abordarse desde tres ejes: contexto sociopolítico, aplicación jurídica y desafíos estructurales.

La implementación de los nuevos códigos procesales en América Latina nació de un deseo de mayor eficacia en la justicia penal y una mayor protección de

los derechos fundamentales. Sin embargo, este impulso reformista se ha visto tensionado por factores como:

- El aumento de la percepción de inseguridad ciudadana desde los años ochenta, alimentada por medios de comunicación y agendas políticas que promueven un enfoque punitivo (“mano dura”).
- La frustración social ante la ineficacia del sistema penal, que ha derivado en presiones para endurecer las reformas, muchas veces debilitando las garantías procesales que inicialmente se querían fortalecer.
- El protagonismo del movimiento de víctimas, que demanda mayor intervención estatal y una justicia más severa, lo que contribuye a legitimar el uso extensivo de la prisión preventiva como medida de control social.

Este contexto muestra cómo la prisión preventiva, lejos de ser una medida excepcional, ha pasado a utilizarse con frecuencia para satisfacer demandas sociales de seguridad, incluso en detrimento del principio de inocencia. Un enfoque normativo y garantista de la prisión preventiva, que subraya la importancia del principio de proporcionalidad y la motivación adecuada de las decisiones fiscales y judiciales:

- La prisión preventiva solo puede ser legítima si cumple con los estándares constitucionales (artículo 2.24 de la Constitución del Perú) y los tratados internacionales (CADH, PIDCP).
- Exige un alto estándar argumentativo y pruebas sólidas (sospecha grave), sin que la prisión preventiva se base en conjeturas, estereotipos ni en presiones mediáticas.
- Subraya que las carencias estatales (falta de recursos para vigilar o ubicar al imputado) no pueden justificar una medida tan gravosa como la prisión provisional.
- Advierte del uso excesivo de esta medida en América Latina, donde cerca del 40% de personas privadas de libertad no han sido condenadas, lo cual vulnera el principio de presunción de inocencia.

La aplicación sistemática e ineludible del principio de proporcionalidad, aun cuando no esté expresamente regulado en el Código Procesal Penal peruano, es una exigencia del derecho constitucional y convencional.

Existe una tensión entre la demanda social de seguridad y la garantía de los derechos fundamentales. Esta tensión se traduce en una aplicación discrecional y desproporcionada de la prisión preventiva. A pesar de los esfuerzos normativos y jurisprudenciales por regular esta medida, su uso continúa siendo arbitrario y politizado.

Este problema refleja una falta de independencia judicial, agravada por una cultura institucional débil que cede fácilmente a la presión mediática y política. En lugar de aplicar el principio de proporcionalidad como límite y control, los operadores jurídicos muchas veces lo omiten, priorizando el castigo preventivo sobre la justicia garantista.

Además, el uso abusivo de la prisión preventiva impacta negativamente en poblaciones vulnerables, como personas pobres, jóvenes o con bajo nivel educativo, que no pueden acceder a una defensa eficaz. Esto profundiza las desigualdades estructurales del sistema penal.

Se destaca que el principio de proporcionalidad surge como un límite al poder punitivo del Estado, exigiendo que toda medida restrictiva de derechos fundamentales —como la prisión preventiva— esté debidamente justificada y sea la última ratio.

En la aplicación judicial distorsionada, diversos actores, como la Defensoría del Pueblo y autores como Merchán y Durán (2022) y Salinas (2021), coinciden en señalar que, en la práctica judicial peruana, esta medida ha perdido su carácter excepcional, convirtiéndose en una forma de pena anticipada. Esta distorsión se acentúa cuando se impone sin una valoración individualizada del caso, por presiones sociales o mediáticas.

En cuanto a los estándares internacionales, la Corte IDH, en casos como *Tibi vs. Ecuador* y *Bayarri vs. Argentina*, ha fijado estándares claros: la prisión preventiva no puede fundarse exclusivamente en la gravedad del delito ni en presunciones automáticas. Debe estar basada en elementos objetivos, ser revisada periódicamente y aplicarse solo cuando no existan otras medidas cautelares eficaces.

Respecto de la jurisprudencia nacional e influencia del principio, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que esta medida debe ser temporal, excepcional e instrumental, sujeta a un control judicial estricto y basada en motivación reforzada. La Sentencia N.º 0012-2007-PHC/TC es clave en este sentido. Sin embargo, informes como los de la OCMA (2022) y el Instituto de Derechos Humanos PUCP (2023) muestran que muchas resoluciones carecen de fundamento suficiente y se imponen sin revisar alternativas, lo que evidencia una aplicación débil o superficial del principio de proporcionalidad.

Factores como la presión mediática, la falta de capacitación de jueces y fiscales, la desigualdad de defensa técnica y la ausencia de una jurisprudencia uniforme agravan la aplicación desproporcionada de la medida. Según Chiroque (2022), esto puede considerarse una forma de populismo punitivo judicial.

Conclusiones

Primera: La aplicación de la prisión preventiva en América Latina continúa siendo incompatible con los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente cuando se omite el análisis de proporcionalidad. Mientras las reformas procesales se pensaron como herramientas para una justicia más eficaz y garantista, han sido distorsionadas por una lógica punitiva que responde más a percepciones sociales y presiones mediáticas que a criterios jurídicos.

Por tanto, es urgente fortalecer la cultura jurídica de los operadores del sistema penal, garantizar la independencia judicial y establecer mecanismos de control efectivo sobre el uso de la prisión preventiva. Solo así se podrá equilibrar la eficacia del sistema penal con la protección real de los derechos fundamentales.

Segunda: El estudio demuestra que, aunque el principio de proporcionalidad está reconocido y detalladamente desarrollado en normas, jurisprudencia y doctrina tanto a nivel nacional como internacional, su aplicación efectiva en materia de prisión preventiva es deficiente y desigual.

La prisión preventiva, lejos de ser una medida cautelar excepcional, ha sido transformada en muchos contextos en una herramienta de control penal anticipado, especialmente en sociedades marcadas por la inseguridad, la presión mediática o el populismo punitivo. Esta práctica contradice los principios del Estado de derecho y socava garantías fundamentales del debido proceso.

Se requiere una reforma estructural y cultural en los sistemas judiciales, que incluya una mayor capacitación en estándares de derechos humanos, una uniformidad jurisprudencial y mecanismos de control más eficaces sobre el uso de esta medida. Solo así será posible garantizar que el principio de proporcionalidad deje de ser un mero enunciado y se convierta en una verdadera garantía contra el abuso del poder punitivo del Estado.

Referencias

BERLANGA, F., & TAFUR, A.

2024 Facultad de jueces de variar el tipo acorde al principio de congruencia y debida motivación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

BINDER, A.

2010 *Introducción al derecho procesal penal*. Ad Hoc.

CABEZÓN, A.

2013 *Prisión preventiva en América Latina, enfoques para profundizar el debate.* Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30357.pdf>

CHIROQUE BANCES, M. D.

2022). El populismo punitivo y la prisión preventiva en el Perú: Un análisis desde el principio de inocencia. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(16).

DUEÑAS ROQUE, D., & DUEÑAS ROQUE, C. N.

2024 *Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.* Epsir.

ETO CRUZ, G.

2015 *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano.* Gaceta Jurídica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2020 Sentencia de 27 de enero de 2020. CIDH.

LIZA CASTILLO, L. M.

2022 La importancia de la motivación de las resoluciones judiciales. *Revista Oficial del Poder Judicial.* Poder Judicial.

MERCHÁN MIÑÁN, P. R., & DURÁN OCAMPO, A. R.

2022 Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones. *Revista Espacios.*

MONTOYA VIVANCO, Y.

s.f. *Derecho penal de principios.* Tirantonline Palestra.

MOSCOSO BECERRA, G.

2021 *Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano.* SciELO.

PALLI CALLA, C. F.

2020 El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura.*

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2022 *Análisis de la prisión preventiva en el Perú. Riesgos para la garantía de de
rechos.* Defensoría del Pueblo.

SALINAS SICCHA, J.

2021 *Prisión preventiva: Medida cautelar o pena anticipada.* Revista Ius et Praxis.

ZAFFARONI, E.

2005 *Derecho penal.*

La ignorancia deliberada como tercera forma de imputación subjetiva: a propósito de la fundamentación en la sentencia contra Ollanta Humala

Deliberate ignorance as a third form of subjective imputation: regarding the reasoning in the ruling against Ollanta Humala

Daniel Jurado Palma

Director Académico del ICAC. Universidad Continental, Lima, Perú

danieljurado@estudiojuradoabogados.com

<https://orcid.org/0000-0003-0021-7309>

Héctor Rusbell Choque Córdova

Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco

hchoquecordova@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-4327-4890>

Resumen

El artículo analiza la controversia sobre la ignorancia deliberada como forma de imputación subjetiva en sistemas penales de tradición romano-germánica, tomando como referencia la sentencia contra Ollanta Humala por lavado de activos. Se argumenta que esta figura, que se originó en el common law, no debe equipararse al dolo eventual, ya que mientras este último implica conocimiento y aceptación de un riesgo, la ignorancia deliberada se caracteriza por la ausencia deliberada de conocimiento o representación de los elementos objetivos de un tipo. El uso de esta figura en el caso Humala, al utilizarla como una manifestación del dolo eventual, vulnera el principio de legalidad, además de realizar una motivación errónea al aplicar esta institución. El ensayo propone que la ignorancia deliberada sea tratada como una categoría autónoma de imputación subjetiva, intermedia entre dolo e imprudencia, con un régimen sancionatorio propio y proporcional. Critica la expansión indebida del dolo por vía jurisprudencial, lo que desdibuja las fronteras entre dolo e imprudencia. Se concluye que, para ser compatible con el sistema penal de tradición romano-germánica, la ignorancia deliberada debe ser regulada de forma específica y diferenciada, además de que la aplicación de esta institución fue equivocada por parte del colegiado que condenó a Humala.

Palabras clave: Ignorancia deliberada, Ceguera ante los hechos, Dolo eventual, Ollanta Humala.

Abstract

The article analyzes the controversy surrounding deliberate ignorance as a form of subjective imputation in civil law criminal systems, taking the ruling against Ollanta Humala for money laundering as a reference. It argues that this concept, which originated in the common law tradition, should not be equated with eventual intent (*dolo eventual*), since the latter involves knowledge and acceptance of a risk, whereas deliberate ignorance is characterized by a deliberate avoidance of knowledge or awareness of the objective elements of a crime. The use of this concept in the Humala case, treating it as a manifestation of *dolo eventual*, violates the principle of legality and results in flawed judicial reasoning. The essay proposes that deliberate ignorance be treated as an autonomous category of subjective imputation, intermediate between intent (*dolo*) and negligence, with its own proportional sanctioning regime. It criticizes the undue expansion of intent through jurisprudence, which blurs the boundaries between intent and negligence. The study concludes that, to be compatible with civil-law criminal systems, deliberate ignorance must be specifically and distinctly regulated, and that its application in Humala's case was erroneous.

Keywords: Deliberate ignorance, Willful blindness, Eventual intent, Ollanta Humala.

Introducción

La problemática jurídica en torno a la ignorancia deliberada radica en que se trata de una institución de origen anglosajón, diseñada en el common law, pero que en las últimas décadas ha comenzado a ser incorporada y aplicada en sistemas penales de tradición romano-germánica, como España, Argentina y Perú. Su peculiaridad reside en que opera como una forma de imputación que prescinde de la constatación plena de la voluntad y del conocimiento de los elementos objetivos de un tipo penal, pero cuyos efectos jurídicos se asimilan al *dolo*, al acarrear la misma sanción. En el Perú, la controversia ha cobrado especial relevancia a raíz de la reciente sentencia contra el expresidente Ollanta Humala, condenado por el delito de lavado de activos. En dicho fallo, el tribunal utilizó la ignorancia deliberada como si se tratase de una manifestación del *dolo eventual*, lo que ha generado, a nivel nacional, un debate que lleva años presente en la dogmática penal internacional: ¿es constitucional y compatible con los principios de un

sistema penal de tradición romano-germánica aplicar esta figura, o implica una distorsión dogmática de los criterios tradicionales de imputación subjetiva?

El abordaje de este tema resulta pertinente por tres razones. En primer lugar, desde un plano jurídico, porque la ignorancia deliberada no está prevista expresamente en los códigos penales de tradición continental, donde las únicas formas clásicas de imputación subjetiva han sido el dolo y la imprudencia. En segundo lugar, desde una perspectiva social y política, porque su aplicación práctica afecta directamente a la seguridad jurídica, al riesgo de extender el alcance del derecho penal más allá de lo permitido por el principio de legalidad. Y, en tercer lugar, desde un punto de vista académico, porque se trata de una categoría que exige un análisis crítico de su compatibilidad con los principios estructurales del derecho penal, así como de la conveniencia de plantear, eventualmente, una reforma de lege ferenda que involucre la necesidad de crear una nueva categoría de imputación subjetiva autónoma legalmente.

Este humilde trabajo tomará como punto de referencia inmediato la sentencia contra Ollanta Humala, donde se recurrió a la ignorancia deliberada para justificar su condena por lavado de activos. No obstante, el análisis no se restringirá a dicho fallo: se revisarán los estudios doctrinales más relevantes producidos en los últimos veinte años, así como las experiencias jurisprudenciales de tribunales en sistemas romano-germánicos, con especial énfasis en el derecho penal español, que constituye uno de los escenarios donde este debate ha alcanzado mayor desarrollo.

El objetivo central es demostrar la incompatibilidad dogmática entre la ignorancia deliberada y el dolo eventual, señalando por qué la primera no puede ser tratada ni sancionada como si fuese una manifestación de dolo. En consecuencia, se argumentará que la ignorancia deliberada debe configurarse como una tercera forma de imputación subjetiva, intermedia: más grave que la imprudencia, pero más leve que el dolo. La posición que se sostendrá al final del ensayo académico, una vez comprendida la naturaleza dogmática de la ignorancia deliberada en sentido estricto, es que la decisión del tribunal encargado de sentenciar al expresidente Ollanta Humala resulta jurídicamente errónea, pues la ignorancia deliberada no puede equipararse ni en su estructura ni en sus efectos al dolo eventual, como erróneamente se ha fundamentado. Antes bien, para su aplicación coherente en un sistema de tradición romano-germánica, debe reconocerse como una categoría autónoma de imputación subjetiva por su estructura diferente y, en consecuencia, atender la necesidad de regulación normativa.

Método

Metodológicamente, se adopta un enfoque cualitativo, jurídico-dogmático y analítico, fundamentado en el análisis de la dogmática y jurisprudencia interna-

cional, así como en la revisión crítica de la sentencia condenatoria contra el ex-presidente Ollanta Humala. Este método permitirá no solo definir los elementos que configuran la ignorancia deliberada, sino también distinguirla frente al dolo eventual y evitar problemas de aplicación entre ambas instituciones dogmáticas.

La estructura típica del dolo: conocimiento y voluntad

En la tradición continental, el dolo se construye sobre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y, según sectores, más un componente volitivo (García, 2019); aunque debe admitirse que la doctrina nacional e internacional mayoritaria reconoce que es imprescindible el elemento volitivo, para efectos de este trabajo citaremos mayoritariamente a autores con una visión cognitiva del dolo; sin embargo, ello no implica que las líneas a desarrollar a continuación sean incompatibles con las tesis volitivas. Con todo, Greco (2017) sostiene una posición nítida: el dolo es, ab initio, conocimiento; en consecuencia, allí donde no hay conocimiento auténtico de los elementos típicos, no hay “dominio” de la realización y, en consecuencia, no corresponde hablar de dolo. La voluntad, por su parte, no añade ni resta dominio; por ello, no justifica exigirla como elemento del concepto de dolo. En sus términos, en la ceguera ante los hechos no hay lugar para hablar de dolo, puesto que no existe dominio; el dolo es exclusivamente conocimiento y no voluntad.

En la misma línea, el citado autor concluye que el dolo es conocimiento que proporciona dominio y que no deben multiplicarse sus formas (directo/indirecto/eventual) por razones volitivas, sino perfeccionar una teoría de probabilidad de representación. Este punto de partida introduce una consecuencia clave para el resto del trabajo académico: allí donde el conocimiento no se puede probar, o solo hay decisión de no saber, la calificación dolosa exige especial cautela, pues la frontera con la imprudencia, y con nuevas categorías intermedias —ignorancia deliberada—, se vuelve decisiva para la proporcionalidad del reproche. Por tanto, las figuras que desafían la estructura del dolo, que prescinden del conocimiento de los elementos típicos, y por ende con mayor razón del elemento volitivo, son la ceguera ante los hechos y la ignorancia deliberada, instituciones que muchas veces son confundidas entre sí, pero que tienen orígenes sumamente diferentes, mismas que serán abordadas a continuación.

La doctrina de la ceguera ante los hechos

Ragués (2013b; 2023) distingue dos líneas que han quebrado la “unanimitad” en torno al elemento cognitivo del dolo: (i) una corriente germánica que postula tratar como dolosos algunos casos de ceguera ante los hechos (Tatsachenblind-

heit), y (ii) la doctrina angloamericana de la willful blindness, importada a sistemas binarios: dolo y culpa. Son instituciones distintas: la primera normativiza el dolo para abarcar supuestos sin conocimiento efectivo; la segunda equipara la ignorancia intencional al conocimiento.

En su reconstrucción, Ragués (2023) muestra cómo esta discusión tuvo expresión judicial reciente: el caso Messi en España por el delito de defraudación fiscal, que sirvió para aplicar teorías de ceguera e ignorancia deliberada; primero, se justificó la condena sobre la base de que el desconocimiento era fruto de un desinterés deliberado; más tarde, el Tribunal Supremo mantuvo la condena pero recondujo el fundamento al dolo eventual tradicional, afirmando que había prueba suficiente de conocimiento; por ejemplo, la intervención de asesores fiscalistas. Advirtió la inapropiada extensión de los alcances dogmáticos del dolo eventual.

Críticamente, el autor español antes citado advierte que la objetivación del dolo, convertirlo en una mera lectura normativa del “deber haberse representado”, puede terminar agravando indebidamente supuestos que, por tradición, se sancionan como culposos, criticando de esta manera la tesis de normativización y objetivación del dolo de Pérez Barberá (2011; 2012), y tesis similares, como las de Michael Pawlik y Günther Jakobs. De ahí su propuesta de lege ferenda: pensar una categoría intermedia entre dolo y culpa para los casos limítrofes; por ejemplo, representación muy tenue del riesgo, ceguera ante los hechos sin representación suficiente o auténtica ignorancia deliberada.

La ceguera ante los hechos (línea germánica) se plantea como normativización del dolo ante riesgos obvios no representados y la willful blindness (línea angloamericana) equipara una renuncia consciente a saber con el conocimiento. En suma, es importante separar nítidamente ambas instituciones y advertir los riesgos de su trasplante a sistemas continentales.

La doctrina de la ignorancia deliberada

Sobre la ignorancia deliberada, los textos de Ragués (2007; 2013a; 2013b; 2023) reseñan que la willful blindness se consolidó en el ámbito anglosajón, concretamente desde EE. UU. vs. Jewell, permitiendo sustituir la prueba de conocimiento por la de una decisión consciente de no saber. Su injerto en sistemas continentales como España, Brasil, entre otros, ha sido polémico; en España, por ejemplo, la Fiscalía y la jurisprudencia la invocaron especialmente en tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales, aunque con resistencias internas por tensiones con legalidad y culpabilidad; en Brasil, la definición legal de dolo hace aún más difícil su encaje, pues su código penal indica que el dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad.

Puppo (2013) subraya dos críticas centrales a la aplicación de la ignorancia deliberada: (a) su expansión se ve facilitada allí donde no hay definición legal de dolo, como en España, Argentina o el Perú, lo que permite que la jurisprudencia ajuste sus contornos según necesidades de política criminal, y (b) produce una forma de retroactividad epistémica, porque el juez sustituye el dato epistémico faltante con un juicio moral de reprochabilidad, desplazando el núcleo del elemento subjetivo. De forma similar, Manrique (2014) indica que el concepto de ignorancia deliberada debe entenderse como un ilícito atípico. Aunque la fundamentación aún se encuentra en una fase preliminar, sostiene que, si esta interpretación es correcta, el reproche bajo esta figura vulneraría el principio de legalidad penal.

En consecuencia, incluso dentro del campo favorable a su recepción, la *willful blindness* exige cautelas: no toda renuncia a saber es estrategia exculpatoria; la delegación razonable de tareas, en casos de organización compleja, no basta para afirmar la equiparación al dolo.

La ignorancia deliberada en sentido estricto

La discusión contemporánea diferencia entre ignorancia deliberada en sentido amplio, muchas veces reconducible a dolo eventual con una motivación probatoria adecuada, y la ignorancia deliberada en sentido estricto, cuando el sujeto evita adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual (por ejemplo, el bloqueo intencional de comunicaciones oficiales sin la representación mínima de cometer un tipo penal). En su contrarréplica, Ragués (2013b) muestra que en la jurisprudencia española se ha aplicado de modo indiferenciado la etiqueta “ignorancia deliberada” a situaciones muy distintas: desde borrar un correo que presumiblemente contenía un requerimiento (“no quiso ni abrirlo”), reconducible a dolo eventual, hasta configurar filtros para que nunca lleguen las notificaciones oficiales (caso paradigmático de la ignorancia deliberada en sentido estricto). Además, advierte que el uso judicial de esta categoría ha servido con frecuencia para aligerar la carga de fundamentación en la prueba del elemento cognitivo del dolo; en la práctica, se presume el carácter deliberado del desconocimiento del simple hecho de “poder haber sabido y no saber”, lo que desdibuja la frontera con la culpa, especialmente con la imprudencia inconsciente, en el extremo en que la falta de previsión exigible resulta ser el fundamento de la sanción.

Ragués (2013b; 2017) precisa que la mayoría de supuestos que la jurisprudencia ha llamado “ignorancia deliberada” son, en realidad, de dolo eventual, o en su defecto de dolo eventual alternativo, si se motiva correctamente el juicio de inferencia sobre la representación del riesgo; por tanto, no sería necesaria la doctrina anglosajona para dispensar el tratamiento del dolo en esos casos. En

cambio, subsistiría un núcleo estricto: supuestos en que el sujeto decide permanecer sin saber, ni siquiera a nivel mínimo, aquello que activaría el conocimiento exigido por el dolo eventual; por ejemplo, aquel “testaferro” que se coloca de manera estable en un puesto para cubrir usos futuros indeterminados de una persona jurídica, sin la representación mínima de estar cometiendo un tipo penal. Aquí, Ragués (2013a) observa dos problemas dogmáticos:

Objeto del dolo y concreción: la tentativa de fundar el dolo sobre una representación demasiado laxa, “macro dolo eventual alternativo” respecto de casi cualquier delito, flexibiliza en exceso el objeto del dolo, contrariando el criterio clásico de que el autor debe representarse los rasgos esenciales del hecho principal; una mera sospecha o una representación indeterminada de conductas típicas no basta para el elemento intelectual del dolo.

Sincronía temporal del dolo: la exigencia tradicional de que la representación coexista al tiempo de la realización del tipo plantea dificultades cuando la “decisión de no saber” se adoptó mucho antes (por ejemplo, filtrar todas las comunicaciones oficiales “desde 2007” y, por ello, no leer un requerimiento en “2014”); reconocer dolo aquí requeriría flexibilizar también el eje temporal (dolo antecedens/subsequens).

Puppo (2013) coincide en que la indeterminación del concepto de dolo en sistemas sin definición legal facilita la extensión hacia la “ignorancia deliberada”; insiste en distinguir la ignorancia “avestruz” (debilidad moral) de la ignorancia “zorro” (cálculo estratégico para beneficiarse de no saber), subrayando que esta última ha motivado propuestas de respuesta específica, aunque una noción demasiado amplia de ignorancia deliberada multiplica los problemas sistemáticos.

¿Es correcto tratar a la doctrina de la ignorancia deliberada como dolo?

Esta pregunta, más allá de haber sido negada por amplia doctrina especializada, lamentablemente ha sido abordada en forma incorrecta por el tribunal que condenó a Ollanta Humala, pues en sus fundamentos jurídicos (por ejemplo, Fundamentos Jurídicos 25, 200, 205 y 206) tratan a la ignorancia deliberada como una manifestación del dolo eventual, afirmación contradictoria a su propia estructura dogmática.

Greco (2013) sostiene que, en gran parte de los casos reconocidos por la jurisprudencia como ignorancia deliberada, ya hay dolo (al menos eventual) o puede reconstruirse dolo por la vía de una decisión previa con conocimiento (autoría mediata, *actio libera in causa* o delito a distancia); por ello, la figura resulta prescindible en esos supuestos. Para los casos que Ragués (2013) denomina estrictos, cuando el contenido excede el del dolo, Greco los considera inaceptables como equivalentes al dolo. Sus argumentos centrales son:

1. **Fundamento del trato más severo del dolo:** el dolo es conocimiento que confiere dominio/control; la voluntad no añade dominio. Desde una perspectiva de protección de bienes y de imputación ligada a la libertad, el mayor reproche del dolo se explica porque quien sabe controla y puede adaptar su acción a lo inesperado; esa capacidad no existe en quien “no sabe” por mantenerse en la ignorancia. Por ello, no procede igualar ignorancia deliberada sin conocimiento con dolo con conocimiento.
2. **Motivación “zorro vs. avestruz”:** aun si se considera intuitivamente más reprochable el “zorro” (quien se beneficia de no saber), esa motivación no cambia la naturaleza cognitiva del dolo ni el riesgo creado; hay dolo altruista e imprudencia egoísta, y ambos planos, motivación y estructura subjetiva, no deben confundirse.
3. **Problema general de la tentativa:** si la ignorancia deliberada equivale al dolo, habría que castigar la tentativa cuando el tipo no llega a consumarse (por ejemplo, nunca llegó comunicación oficial; nunca se abrió el buzón “que nadie abriría”): ¿tentativa de qué delito en hipótesis abiertas (armas, drogas, pornografía, órganos)? ¿Cuál sería el inicio de la tentativa si no hay plan cognoscible por falta de conocimiento? Estas dificultades muestran que la ignorancia deliberada, en el mejor de los casos, se asemeja a una imprudencia “un tanto grave”, no a dolo ni a su equivalente.

Así también, Greco (2013) observa barreras de lege data: en ordenamientos como el español y el argentino, la regla legal de error de tipo, el desconocimiento de elementos del tipo excluye el dolo, impide, de entrada, equiparar ignorancia deliberada estricta (desconocimiento) a dolo sin lesionar el principio de legalidad; tal equiparación es una analogía contra reo, de modo que la tesis solo puede defenderse de lege ferenda.

Por su parte, Ragués (2023), en clave eminentemente descriptiva, ya había advertido que la importación de la willful blindness produjo una pérdida de límites claros entre dolo e imprudencia y una merma de la motivación judicial exigible sobre el elemento cognitivo; se presume “pudo haber sabido”, ampliando indebidamente el ámbito de lo doloso. Y, como enfatiza Puppó (2013), la sustitución de la prueba del conocimiento por el reproche a la actitud de no saber implica un riesgo de “retroactividad epistémica”: al imputado se le atribuye un saber que no tuvo, por inferencia de que hubiera podido tenerlo.

La ignorancia deliberada como una tercera forma de imputación subjetiva

A partir de los casos estrictos y de los límites del binomio dolo/culpa en la tradición continental, Ragués (2013; 2023) propone de lege ferenda una categoría intermedia entre dolo e imprudencia para resolver tres segmentos limítrofes: (i)

dolo eventual con representación muy tenue; (ii) ceguera ante los hechos (normativización del dolo sin conocimiento efectivo); e (iii) ignorancia deliberada estricta, decisión de no adquirir el mínimo saber, con un tratamiento sancionatorio intermedio y autónomo, evitando expandir el dolo por vía interpretativa. Esta vía pretende preservar el principio de culpabilidad, la proporcionalidad del reproche según la actitud subjetiva efectivamente constatable y el de legalidad, evitando que, sin base legal, se asimile al dolo lo que no es dolo.

Puppo (2013) y, en parte, Manrique (2014) reconocen que algunos casos estrictos podrían exigir una respuesta específica, pero insisten en que una noción demasiado general de ignorancia deliberada agrava los problemas de legalidad y de prueba; por eso, sugieren mantener el alcance acotado y distinguir claramente sospecha de creencia/aceptación para el elemento cognitivo.

Greco (2013), en cambio, plantea dos reservas fuertes: (a) de lege data, las normas sobre error de tipo excluyen el dolo cuando hay desconocimiento, de modo que cualquier “tercera vía” requiere reforma legal expresa —en la misma línea Feijoo (2015)—; (b) de lege ferenda, la equiparación al dolo, o cuasi dolo, de situaciones sin conocimiento reabre los problemas de tentativa, objeto del dolo y punto de inicio; por lo que la ubicación sistemática más coherente de la ignorancia deliberada estricta es, si acaso, como modalidad imprudente cualificada, no como “dolo intermedio”.

Discusión. La incorrecta aplicación de la ignorancia deliberada en el caso Ollanta Humala

El razonamiento del tribunal en el caso de Ollanta Humala, al equiparar la “ignorancia deliberada” al dolo eventual, presenta varios problemas dogmáticos si lo contrastamos con la doctrina que hemos revisado en el presente ensayo. En concreto, el tribunal expresó lo siguiente: “En consecuencia, la tesis que aquí se sustenta es la del dolo eventual, en su manifestación de ignorancia deliberada. Esto es, la decisión consciente de no exigir previsiones mínimas como indagar, informarse o razonar en relación con el flujo de altas sumas de dinero (...)” (Fundamento 205, Sentencia 249-2025, Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada – Tercer Juzgado Penal Nacional). Esta fundamentación y otras similares en la sentencia presentan los siguientes defectos:

Confusión entre ignorancia deliberada y dolo eventual: El tribunal afirma que la “decisión consciente de no exigir previsiones mínimas como indagar, informarse o razonar” basta para configurar dolo eventual. Sin embargo, como sostienen Ragués (2013a) y Greco (2013), el dolo exige conocimiento, aunque sea bajo la forma de representación de un riesgo, y una aceptación mínima de este. La ignorancia deliberada, en sentido estricto, se caracteriza precisamente

por la ausencia de conocimiento: el sujeto opta por no representarse el riesgo ni adquirir información. Equiparar esa omisión a dolo eventual significa fundar el dolo en un “sin saber”, lo que contradice su estructura cognitiva.

Problema de legalidad: El Código Penal peruano, como otros de tradición romano-germánica, establece que el dolo requiere conocimiento de los elementos del tipo y que el error de tipo lo excluye (artículo 14 del Código Penal). Al usar la ignorancia deliberada para “rellenar” ese vacío de conocimiento, el tribunal incurre en una analogía contra reo, pues crea una forma de dolo no prevista por la ley penal. Como advierte Greco (2013), esto solo podría sostenerse de lege ferenda, no de lege lata. A nivel nacional, posición similar tienen Oré Sosa (2018) y Pariona Arana (2021).

Reducción de la motivación probatoria: En la sentencia, el tribunal se limita a afirmar que Humala “debió indagar” y que la falta de esa diligencia equivale a dolo. Ragués advierte que esta forma de argumentación rebaja el estándar probatorio, porque ya no se prueba un conocimiento real ni una representación del riesgo, sino que se condena sobre la base de que el acusado pudo haber sabido y no lo hizo. Este razonamiento no distingue entre dolo eventual e imprudencia consciente.

Proporcionalidad del reproche: La actitud descrita por el tribunal (no exigir previsiones mínimas) puede ser reprochable, pero no equivale al mismo desvalor subjetivo de quien se representa el riesgo y lo acepta. Como concluye la doctrina, el grado de culpabilidad es intermedio y, por tanto, debería tratarse como una tercera forma de imputación subjetiva con sanción propia, más leve que el dolo pero más grave que la imprudencia, y, en última instancia, ante la duda, debe elegirse la más favorable al reo.

En síntesis, el tribunal incurre en un error dogmático al tratar la ignorancia deliberada como dolo eventual. Su razonamiento confunde la falta de diligencia para informarse con conocimiento y aceptación del riesgo, vulnerando los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que estructuran la imputación subjetiva en el derecho penal continental.

Un punto central a indicar es que la motivación de ignorancia deliberada debe ser la prueba sobre “la intencionalidad”, aspecto que no ha ocurrido, pues solo se limitó a fundamentar la falta de cuidado y diligencia, motivación más típica del dolo eventual que de una ignorancia deliberada propiamente dicha, por lo que su uso fue erróneo.

Conclusiones

De lo trabajado en este ensayo, confirmamos la tesis inicial expuesta en el primer apartado y llegamos a las siguientes conclusiones:

1. La ignorancia deliberada no puede equipararse dogmáticamente al dolo eventual, pues mientras este último exige la representación y aceptación de un riesgo, aquella se caracteriza por la ausencia deliberada de conocimiento.
2. La utilización de la ignorancia deliberada como equivalente al dolo en el caso Humala vulnera el principio de legalidad penal, ya que introduce por vía jurisprudencial una forma de dolo no contemplada en el Código Penal.
3. El razonamiento judicial que sostiene que el acusado “debió indagar” reduce indebidamente el estándar probatorio del dolo, sustituyendo la prueba de conocimiento por una valoración moral de la actitud de no saber o la falta de diligencia de proveerse de información, que clásicamente ha sido calificada como una imprudencia inconsciente.
4. El desvalor subjetivo de la ignorancia deliberada se sitúa en un punto intermedio entre el dolo y la imprudencia consciente, lo que exige una respuesta normativa diferenciada y proporcional que no confunda categorías.
5. La dogmática penal comparada seleccionada ofrece un consenso crítico en torno a que, de lege ferenda, la ignorancia deliberada debería configurarse como una tercera forma autónoma de imputación subjetiva, con un régimen sancionatorio propio, menor al dolo y mayor a la imprudencia consciente.

Referencias

FEIJOO SÁNCHEZ, B.

2015 La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3.

GARCÍA CAVERO, G.

2019 *Derecho penal. Parte general*. Jurista Editores.

GRECO, L.

2013 Comentarios al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 13, 67–78.

2017 Dolo sin voluntad. *Nuevo Foro Penal*, 13(88), 10–38.

MANRIQUE, M.

2014 Ignorancia deliberada y responsabilidad civil. Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 40, 163–195.

PARIONA ARANA, R.

2021 *El delito de lavado de activos*. Instituto Pacífico.

PÉREZ BARBERÁ, G.

2011 *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.* Hammurabi.

2012 Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Pensar en Derecho*, 1, 169–211.

PUPPO, M.

2013 Comentario a Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal, de Ramón Ragués i Vallés. *Discusiones*, 13, 36–66.

RAGUÉS I VALLÉS, R.

2007 *La ignorancia deliberada en derecho penal.* Atelier.

2013a Mejor no saber. Sobre la ignorancia deliberada en el Derecho Penal. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 13, 13–38.

2013b A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 13, 13–38.

2023 ¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi. *Revista Electrónica de Direito Penal e Política Criminal*, 10(2), 63–76.

ORÉ SOSA, E.

2018 Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del dolo en el delito de lavado de activos. *Advocatus*, 37, 135–141.

La participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación: alcances y desafíos

The participation of the defense attorney in the indictment control hearing: scope and challenges

Johan's Arturo Cárdenas Díaz

Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Lima, Perú

jacardenasd@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0005-5395-3686>

Resumen

El control de acusación constituye un filtro procesal esencial donde la defensa técnica debe verificar la viabilidad jurídica y probatoria del requerimiento fiscal antes del juicio oral. El presente artículo analiza sistemáticamente las tres dimensiones del control que el abogado defensor debe ejercer en esta audiencia, conforme al Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116 y la doctrina procesal contemporánea. El control formal examina el cumplimiento de requisitos estructurales del artículo 349 del Código Procesal Penal, identificando imprecisiones en el relato fáctico, errores de calificación jurídica y defectos en la determinación de la pena. El control sustancial evalúa la suficiencia probatoria, la coherencia de la hipótesis fiscal, la presencia de elementos típicos y la existencia de causas de justificación o inculpabilidad. El control probatorio depura los medios de prueba mediante criterios de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud, incluyendo estrategias de exclusión probatoria y cuestionamiento de cadena de custodia. Mediante análisis doctrinal, jurisprudencial y casuístico, se demuestra que la defensa eficaz no se limita a la presencia física del abogado, sino que exige participación activa en el debate, control constante del procedimiento y manejo estratégico de la información. Se concluye que la defensa técnica en esta etapa no solo protege al imputado, sino que garantiza la legitimidad del sistema penal al evitar juicios innecesarios fundados en acusaciones defectuosas.

Palabras clave: Defensa eficaz, Control de acusación, Etapa intermedia, Garantías procesales, Debido proceso.

Abstract

Indictment control constitutes an essential procedural filter in which the defense counsel must verify the legal and evidentiary viability of the prosecutor's request before the oral trial. This article systematically analyzes the three dimensions of control that the defense attorney must exercise in this hearing, in accordance with Plenary Agreement No. 6-2009/CJ-116 and contemporary procedural doctrine. Formal control examines compliance with the structural requirements of Article 349 of the Code of Criminal Procedure, identifying inaccuracies in the factual account, errors in legal classification, and defects in the determination of the penalty. Substantial control evaluates the sufficiency of evidence, the coherence of the prosecution's hypothesis, the presence of the elements of the offense, and the existence of justification or exculpatory causes. Evidentiary control screens the means of proof according to relevance, usefulness, admissibility, and legality, including strategies for excluding evidence and questioning the chain of custody. Through doctrinal, jurisprudential, and case-based analysis, the study demonstrates that effective defense is not limited to the physical presence of the attorney but requires active participation in the debate, constant procedural oversight, and strategic management of information. The study concludes that technical defense at this stage not only protects the accused but also ensures the legitimacy of the criminal justice system by preventing unnecessary trials based on flawed accusations.

Keywords: Effective defense, Indictment control, Intermediate stage, Procedural guarantees, Due process.

Introducción

La audiencia de control de acusación constituye uno de los momentos procesales más decisivos del sistema penal acusatorio peruano, donde el abogado defensor debe desplegar toda su competencia técnica para ejercer un control riguroso sobre el requerimiento fiscal (Oré Guardia, 2024). Esta audiencia representa la última oportunidad procesal para evitar que un imputado sea sometido a juicio oral sin fundamento suficiente, es decir, a un contradictorio innecesario, materializándose así el derecho de defensa consagrado en el artículo 139.14 de la Constitución Política del Perú.

El derecho de defensa es una garantía procesal de los acusados que, en los sistemas acusatorios, les permite postular su estrategia de descargos (González Navarro, 2010). La defensa técnica hace efectiva la garantía de la defensa en el proceso penal, porque mediante dicha asistencia se realizan los principios de igualdad de las partes y contradicción (Nakazaki Servigo, 2006); pues, interpretado por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 1323-2002-HC/TC, es conocido como “un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso”, trasciende la mera presencia formal del abogado para exigir una participación activa, técnica y estratégica. En la etapa intermedia, esta garantía adquiere particular relevancia porque constituye el filtro que protege tanto el principio de presunción de inocencia como la economía procesal del sistema de justicia (San Martín Castro, 2015). La participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación se articula a través de tres dimensiones complementarias que permiten un análisis exhaustivo del requerimiento fiscal: el control formal, que verifica el cumplimiento de requisitos estructurales; el control sustancial, que evalúa el mérito y fundamento de la imputación; y el control probatorio, que examina la calidad y licitud de los medios de prueba ofrecidos. Cada una de estas dimensiones requiere competencias específicas y estrategias diferenciadas que configuran el ejercicio integral del derecho de defensa.

Desarrollo del tema “La audiencia de control de acusación”

La doctrina legal establecida por el Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116 no solo ordena la actuación del juez de investigación preparatoria en la etapa intermedia, sino que también redefine el rol del defensor técnico como operador estratégico de garantías. Al consagrar la sucesividad de controles —primero formal, luego sustancial—, el precedente crea dos momentos procesales diferenciados en los que la defensa penal puede desplegar su intervención eficaz: en el control formal, mediante la identificación de vicios estructurales, omisiones o defectos que impidan la validez del requerimiento acusatorio; y en el control sustancial, mediante el análisis crítico de los cinco elementos esenciales que sustentan la viabilidad jurídica y probatoria de la acusación. Esta estructura procesal exige una defensa técnica rigurosa, capaz de traducir los derechos del imputado en objeciones concretas, y una defensa material comprometida con la protección integral del sujeto procesado frente a imputaciones infundadas o desproporcionadas.

Desde esta perspectiva, el precedente jurisprudencial se convierte en una herramienta metodológica para el defensor, quien debe conocer no solo los estándares legales del artículo 344.2 del Código Procesal Penal, sino también las estrategias argumentativas que permitan activar el control judicial en cada fase.

La defensa penal, en este contexto, no se limita a reaccionar frente a la acusación, sino que asume un rol propositivo, orientado a garantizar que solo lleguen a juicio aquellos casos que superen ambos filtros de control de manera legítima y razonable (Reátegui Sánchez, 2011). Así, el Acuerdo Plenario y la doctrina de González Navarro convergen en una misma exigencia: que la defensa penal sea técnica, activa y humanizada, y que el proceso penal sea un espacio de verificación real de derechos, no una mera formalidad institucional.

Observaciones durante el control formal

Si bien se advierte supra que el control de la acusación lo ejerce el juez de garantías, también resulta oportuno indicar que el abogado defensor, al recepcionar el traslado de la acusación fiscal, ha tenido diez días para analizar dicho requerimiento fiscal y postular sus observaciones por escrito, las cuales serán expuestas ante el ad quo durante la audiencia de control de acusación. Así, el control formal (cuestiones de forma) constituye la primera línea de defensa técnica en la audiencia de control de acusación, donde el abogado defensor debe verificar meticulosamente el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 349 del Código Procesal Penal. Esta fase del control no debe entenderse como una revisión superficial, sino como un examen riguroso capaz de identificar vicios estructurales que comprometan la validez de la acusación (García Huanca, 2018).

Análisis de la precisión del relato fáctico

Una estrategia fundamental consiste en examinar si la descripción de los hechos es clara, precisa, completa y coherente. El defensor debe identificar imprecisiones, contradicciones internas o vacíos informativos que impidan al imputado conocer exactamente los cargos formulados. Del Río Labarthe (2016) destaca que “la imprecisión en el relato fáctico no solo vulnera el derecho de defensa, sino que compromete la congruencia procesal y puede generar incongruencias entre la acusación y la eventual sentencia” (p. 234).

La acusación, per se, debe contener una descripción concreta, detallada y específica de los hechos atribuidos al imputado (Mendoza, 2015). Formulaciones genéricas o ambiguas impiden que el acusado comprenda con claridad los cargos en su contra, lo que vulnera su derecho a preparar una defensa adecuada; por eso, es de suma importancia que el abogado ataque lo que yo denomino el relato circunstanciado. Aunado a ello, el defensor puede solicitar observaciones si la imputación carece de individualización o si no se delimita claramente la conducta atribuida.

¿Qué implica un relato circunstanciado? Consiste en que el fiscal debe precisar en su acusación fiscal las circunstancias precedentes, concomitantes y poste-

riorios al hecho imputado. Las precedentes abarcan los antecedentes personales, motivaciones y contexto previo; las concomitantes describen la ejecución del delito, la participación de los intervinientes y las reacciones inmediatas; y las posteriores permiten comprender las consecuencias del acto. La ausencia o insuficiencia en esta narración puede ser objeto de observación por parte de la defensa, especialmente si impide reconstruir el contexto fáctico con la precisión necesaria para evaluar la responsabilidad penal.

En algunos casos, el fiscal formula la acusación señalando que “el imputado habría ingresado al local comercial y sustraído objetos”, sin precisar qué bienes fueron sustraídos, cómo se produjo el ingreso al inmueble ni en qué momento ocurrió el hecho. Esta vaguedad impide al imputado comprender con claridad la conducta que se le atribuye, lo que vulnera su derecho a preparar una defensa adecuada. La defensa puede observar que no se ha delimitado el marco fáctico mínimo exigido para sostener una imputación penal válida.

Otro ejemplo frecuente se presenta cuando se afirma que “la víctima fue agredida físicamente”, sin describir el tipo de agresión, el lugar del cuerpo afectado, si hubo lesiones visibles, si se utilizó algún objeto o si se requirió atención médica. Esta omisión impide valorar la gravedad del hecho y su adecuación al tipo penal invocado. Además, genera incertidumbre sobre la prueba que deberá ser contradicha en juicio, afectando la igualdad de armas procesales.

También es común encontrar acusaciones que mencionan “complicidad” sin identificar a los coimputados ni describir su rol específico en la ejecución del delito. Por ejemplo, se afirma que “el imputado actuó junto a otros sujetos”, pero no se indica quiénes son, cómo se coordinó la acción ni qué participación tuvo cada uno. Esta falta de individualización diluye la responsabilidad penal y puede generar confusión sobre la estructura del hecho punible, lo que justifica una observación formal por parte de la defensa.

Cuestionamiento de la calificación jurídica

El abogado defensor debe analizar si la tipificación propuesta por el fiscal corresponde efectivamente a los hechos descritos, evaluando la correcta subsunción típica y verificando que se hayan identificado adecuadamente los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Esta verificación puede revelar errores de calificación que justifiquen la solicitud de corrección o incluso el sobreseimiento.

Es un punto crítico esta parte de la calificación jurídica de los hechos; por eso, el juez debe verificar si el fiscal ha tipificado correctamente la conducta, considerando las agravantes específicas que puedan modificar la tipicidad básica del delito, así como también teniendo cuidado si no se presentan esas agravantes y, aun así, las está considerando. En consecuencia, una calificación deficiente no solo afecta la validez formal de la acusación, sino que también puede generar

incongruencias en la determinación de la pena y alterar las estrategias defensivas. Por ello, el abogado defensor debe estar atento a errores de subsunción, omisiones relevantes o interpretaciones forzadas que distorsionen el marco jurídico aplicable.

Un error recurrente en la subsunción típica ocurre cuando el fiscal califica el hecho como robo agravado por “pluralidad de agentes”, pero en el relato fáctico solo se menciona la actuación de un sujeto, sin referencia a terceros. Esta incongruencia entre el hecho descrito y el tipo penal invocado revela una aplicación indebida de agravantes que puede impactar directamente en la pena solicitada. La defensa debe advertir esta discordancia y exigir una corrección que respete el principio de legalidad.

Otro ejemplo se presenta cuando se imputa el delito de lesiones graves sin acreditar que el daño corporal haya generado más de treinta días de incapacidad. En la acusación no se adjunta informe médico ni se describe el tipo de lesión sufrida por la víctima. La calificación jurídica exige la verificación de elementos objetivos que no pueden inferirse sin sustento probatorio. En ausencia de tales elementos, la acusación incurre en una tipificación forzada que debe ser observada por el juez.

También se observa la atribución del delito de peculado a un trabajador contratado por locación de servicios, sin vínculo funcional ni manejo de bienes públicos. En este caso, el imputado no ostenta la condición de funcionario público ni tiene acceso directo a caudales del Estado, lo que excluye la posibilidad de subsumir su conducta en el tipo penal de peculado. La defensa puede solicitar el sobreseimiento por falta de adecuación típica, evitando que se judicialice una imputación jurídicamente inviable.

Observaciones en la determinación de la pena

El control formal también debe extenderse al análisis de la fundamentación de la pretensión punitiva, verificando que el Ministerio Público haya aplicado correctamente el sistema de determinación de pena correspondiente, ya sea el sistema de tercios para delitos sin agravantes específicas o el sistema escalonado para aquellos que sí las contemplan. El juez debe constatar que la acusación especifique claramente la metodología empleada, explique la ubicación de la pena en el tercio correspondiente y las razones que la justifican, o, en el caso del sistema escalonado, desarrolle completamente sus dos etapas diferenciadas (Mendoza Ayma, 2014). La ausencia de esta fundamentación metodológica configura un defecto formal que puede motivar observaciones y comprometer la validez de la pretensión punitiva.

En la fundamentación de la pretensión punitiva, es común que el fiscal solicite una pena —por ejemplo, diez años de privación de libertad— sin indicar

si corresponde al tercio inferior, medio o superior, ni justificar la elección de ese quantum. Esta omisión vulnera el principio de motivación y dificulta el control judicial sobre la proporcionalidad de la sanción. La defensa puede exigir que se explicita la metodología empleada y las razones que sustentan la propuesta punitiva.

Otro caso se presenta cuando se aplica el sistema escalonado, pero la acusación omite desarrollar la etapa de determinación básica y no explica qué agravantes justifican el incremento punitivo. Por ejemplo, se propone una pena agravada sin detallar las circunstancias específicas que la fundamentan, como la pluralidad de agentes, el uso de armas o la especial vulnerabilidad de la víctima. Esta falta de desarrollo técnico compromete la validez de la pretensión estatal y puede ser objeto de observación formal.

Finalmente, se observa que la acusación propone una pena sin considerar atenuantes o sin las causas de disminución de punibilidad. En nuestro sistema existen varias figuras jurídicas que permiten descuentos por debajo del mínimo legal, como la confesión sincera, la reparación civil voluntaria, la responsabilidad restringida por la edad, la tentativa, o de haber contado con resultado positivo sobre que, al momento de los hechos, estaba bajo drogas tóxicas también podría permitir descuentos.

En algunos casos, estos elementos están acreditados en la carpeta fiscal, pero no son ponderados en la determinación de la pena. Esta omisión distorsiona la valoración integral del caso y puede conducir a una sanción desproporcionada. La defensa debe advertir esta omisión y solicitar que se incorpore una ponderación adecuada de los factores personales y procesales del imputado.

Observaciones durante el control sustancial

El control sustancial representa la dimensión más compleja de la participación defensiva, pues requiere que el abogado defensor analice críticamente el fondo del asunto, evaluando la solidez de la hipótesis acusatoria y la suficiencia del material probatorio para sustentar cada extremo de la imputación.

Evaluación de la suficiencia probatoria

El análisis de suficiencia probatoria exige que el defensor examine no solo la cantidad de medios probatorios ofrecidos, sino también su calidad, coherencia y capacidad para sostener la imputación penal. Desde una perspectiva cuantitativa, se debe verificar si existe un volumen mínimo de evidencias que respalden la acusación. Desde el enfoque cualitativo, se evalúa si los elementos probatorios son consistentes entre sí, si convergen en la hipótesis fiscal y si presentan debilidades que puedan ser explotadas por la defensa.

Un claro ejemplo es cuando el fiscal ofrece como único medio probatorio una declaración de la víctima, sin corroboración pericial, documental ni testimonial. Esta insuficiencia cuantitativa impide sostener la acusación en juicio, pues no se supera el estándar mínimo de corroboración exigido por la jurisprudencia garantista. O también cuando se presentan dos declaraciones contradictorias de testigos sobre la participación del imputado en el hecho, sin que el fiscal haya realizado diligencias para esclarecer la discrepancia. Esta inconsistencia cualitativa debilita la hipótesis acusatoria y puede ser utilizada por la defensa para solicitar el sobreseimiento o la exclusión probatoria.

Examen de coherencia interna de la hipótesis fiscal

Este examen busca verificar si existe una correspondencia lógica entre los hechos imputados, la calificación jurídica propuesta y los elementos probatorios ofrecidos. La defensa debe identificar si la subsunción típica realizada por el fiscal se ajusta a los hechos descritos y si los elementos del tipo penal invocado encuentran respaldo suficiente en el material probatorio (Nakazaki, 2019). Una hipótesis fiscal incoherente puede generar incongruencias que afecten la validez de la acusación.

A modo de ejemplo, se acusa por el delito de usurpación agravada, alegando que ingresó violentamente a un predio rural. Sin embargo, en los hechos descritos se indica que el ingreso fue pacífico, con autorización verbal del propietario, y que el conflicto surgió semanas después por desacuerdos sobre el uso del terreno. El defensor advierte que la calificación jurídica no guarda coherencia con los hechos narrados y que el elemento de violencia exigido por el tipo penal no está presente. Solicita la adecuación típica o el archivo judicial (sobreseimiento), señalando que la hipótesis fiscal incurre en una subsunción forzada.

Identificación de elementos típicos faltantes

El defensor debe verificar si la conducta imputada reúne todos los elementos típicos del delito invocado. Esto implica analizar los componentes objetivos (acción, resultado, nexo causal) y subjetivos (dolo, culpa, elementos subjetivos específicos). La ausencia de cualquiera de estos elementos constituye un defecto sustancial que puede justificar el sobreseimiento, al no configurarse el tipo penal de manera completa.

Cuestionamiento de la imputación subjetiva

La defensa debe analizar si el Ministerio Público ha acreditado suficientemente el dolo o la culpa del imputado. Los elementos subjetivos no pueden presumirse, sino que deben inferirse de datos objetivos que revelen la intención o negligencia.

cia del agente. La ausencia de esta acreditación compromete la viabilidad de la imputación penal y puede ser objeto de observación sustancial.

A modo de ejemplo, se acusa al imputado de lesiones culposas por atropellar a un peatón. El parte policial indica que el peatón cruzó intempestivamente por una zona no autorizada, y que el conductor circulaba dentro del límite de velocidad, con luces encendidas y sin signos de distracción. El defensor argumenta que no se acredita la imprudencia ni la negligencia del imputado, y que el hecho fue fortuito. Solicita el archivo por falta de imputación subjetiva, señalando que no hay datos objetivos que sustenten la culpa penal.

Análisis de causas de justificación o inculpabilidad

En el marco del control sustancial de la acusación, resulta indispensable que el juez y la defensa técnica examinen no solo la existencia del hecho y la participación del imputado, sino también la presencia de causas que excluyen la responsabilidad penal. Estas causas pueden agruparse en tres categorías: justificación, inculpabilidad y no punibilidad, cada una con efectos jurídicos distintos, pero complementarios, en la valoración del caso (Abanto, 2018).

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho; es decir, aunque la conducta se haya realizado, no puede considerarse ilícita por estar amparada por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo paradigmático es la legítima defensa, como cuando una persona repele una agresión ilegítima de forma proporcional e inmediata, actuando para proteger su vida o integridad. También se configura la justificación por estado de necesidad, como en el caso de una madre que hurta medicamentos para salvar la vida de su hijo en una situación de urgencia extrema. En ambos supuestos, el hecho existe, pero el orden jurídico lo considera permitido.

Por otro lado, las causas de inculpabilidad excluyen la posibilidad de reproche personal al imputado, ya sea porque carece de capacidad para comprender la ilicitud de su conducta o para actuar conforme a esa comprensión. Así ocurre, por ejemplo, en casos de inimputabilidad por trastorno mental, donde el sujeto actúa bajo un episodio psicótico que le impide comprender el carácter ilícito de su conducta. También se presenta el error de prohibición invencible, como cuando un agricultor comercializa carne de una especie protegida sin saber que está prohibido, debido a la ausencia de información oficial y a prácticas culturales arraigadas. En estos casos, el hecho es antijurídico, pero no puede atribuírsele culpabilidad al agente.

Finalmente, las causas de no punibilidad reconocen que, aun existiendo delito y responsabilidad penal, el ordenamiento jurídico decide no aplicar sanción por razones de política criminal, proporcionalidad o respeto al consentimiento del titular del bien jurídico. Por ejemplo, cuando una persona realiza una perfo-

ración estética en la oreja de otra con su consentimiento libre y consciente, no hay necesidad de intervención penal. Asimismo, el principio de insignificancia penal opera cuando el daño causado es mínimo, como en el hurto de una fruta de escaso valor, sin violencia ni reincidencia, donde la intervención del sistema resulta desproporcionada.

Observaciones durante el control probatorio: Depuración de los medios de prueba

El control probatorio constituye una de las funciones más relevantes de la defensa técnica en la etapa intermedia, pues permite depurar el material probatorio ofrecido por el Ministerio Público, garantizando que solo se incorporen aquellos elementos que cumplan con los estándares de legalidad, relevancia y eficacia. Este control no es meramente formal, sino sustancial, y debe ejercerse con base en criterios técnicos que aseguren un debate probatorio legítimo, racional y respetuoso de los derechos fundamentales.

Pertinencia probatoria

La pertinencia exige que exista una relación directa e inmediata entre el medio probatorio ofrecido y los hechos objeto de imputación. No basta con que la prueba esté genéricamente vinculada al proceso; debe guardar conexión específica con los extremos fácticos que se pretenden acreditar. En este sentido, Nakazaki Servigón (2019) advierte con acierto que “muchas veces los fiscales incluyen medios probatorios que carecen de relación específica con los hechos imputados, diluyendo la calidad del debate probatorio y generando confusión innecesaria” (p. 245). La defensa debe identificar estos excesos y solicitar la exclusión de pruebas que, aunque puedan parecer relevantes en abstracto, no aportan claridad ni precisión al objeto del proceso penal.

Utilidad probatoria

La utilidad se refiere a la capacidad real del medio probatorio para contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos. El defensor debe evaluar si la prueba tiene aptitud para confirmar o descartar algún extremo de la imputación, considerando no solo su contenido aislado, sino su interacción con el conjunto del material probatorio. Una prueba puede ser pertinente, pero inútil, si no aporta información nueva, si es redundante o si su valor explicativo es marginal. Este análisis exige una lectura estratégica del caso, donde la defensa valore qué pruebas fortalecen o debilitan la hipótesis fiscal, y cuáles pueden ser descartadas por su escasa incidencia en la reconstrucción fáctica.

Conducencia probatoria

La conducencia implica verificar si el medio probatorio es idóneo para demostrar el hecho específico que se pretende acreditar. No todas las pruebas son aptas para todos los hechos: por ejemplo, una declaración testimonial puede ser conducente para acreditar la presencia del imputado en el lugar de los hechos, pero no necesariamente para probar la intención dolosa. La defensa debe cuestionar la conducencia cuando el medio probatorio no guarda correspondencia técnica o lógica con el hecho que se busca probar, evitando que se introduzcan elementos que, aunque válidos en otros contextos, resultan ineficaces en el marco del caso concreto.

Licitud probatoria

La licitud es el filtro más exigente del control probatorio, pues se refiere al respeto de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. El abogado defensor debe examinar minuciosamente las circunstancias de producción de cada medio probatorio, verificando que se hayan cumplido las formalidades legales, que no se haya vulnerado el derecho a la intimidad, al debido proceso, a la defensa o a la no autoincriminación. Una prueba obtenida mediante coacción, sin autorización judicial o en violación de garantías constitucionales debe ser excluida del proceso, conforme al principio de legalidad y al estándar de prueba lícita consagrado en la jurisprudencia nacional e internacional.

Estrategias específicas de control probatorio

El ejercicio del control probatorio no se agota en la formulación de observaciones generales, sino que exige el despliegue de estrategias concretas que permitan a la defensa técnica neutralizar pruebas ilegítimas, cuestionar su validez y preservar el equilibrio procesal. A continuación, se describen algunas de las estrategias más relevantes:

Exclusión de prueba ilícita

Una estrategia fundamental es solicitar la exclusión de prueba directamente ilícita o derivada de fuente ilícita, conforme a la doctrina del “fruto del árbol envenenado”. En la doctrina procesalista, se han desarrollado aportes respecto a que “la exclusión de prueba ilícita requiere la demostración específica de la vulneración constitucional o legal que vicia la prueba, no siendo suficiente la mera alegación de ilicitud sin sustento fáctico concreto”. La defensa debe identificar con precisión el acto vulnerador, el derecho afectado y el nexo causal entre la ilicitud y el medio probatorio, construyendo una narrativa jurídica sólida que permita al juez excluir la prueba sin ambigüedades.

Cuestionamiento de la cadena de custodia

En casos que involucran evidencia física (armas, drogas, dispositivos electrónicos, etc.), el abogado defensor debe verificar rigurosamente el cumplimiento de la cadena de custodia. Cualquier ruptura, omisión o irregularidad en el registro, traslado o almacenamiento de la evidencia puede comprometer su autenticidad e integridad. La defensa debe solicitar informes, actas y testimonios que acrediten el manejo de la evidencia y plantear su exclusión o nulidad si se detectan inconsistencias que afecten la fiabilidad del medio probatorio.

Análisis de la competencia técnica de peritos

Cuando la acusación se sustenta en pruebas periciales, la defensa debe evaluar la competencia técnica de los peritos, verificando su formación académica, experiencia profesional y especialización en la materia objeto de peritaje. Un perito sin conocimientos específicos o con antecedentes de parcialidad puede comprometer la objetividad del informe. La defensa puede solicitar la exclusión del peritaje, el reemplazo del perito o la realización de una pericia alternativa, garantizando que el análisis técnico se realice con criterios de idoneidad, imparcialidad y rigor científico.

La participación activa del abogado defensor

La participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación trasciende la mera presencia física y se configura como una intervención dialéctica y técnicamente especializada. Como precisa Mixán Mass (2006), “el abogado defensor no es un simple acompañante procesal, sino un sujeto procesal activo cuya función esencial consiste en quebrar la pretensión punitiva mediante el ejercicio técnico del contradictorio” (p. 198).

Esta participación activa se manifiesta a través de la implementación de una estrategia defensiva integral que articule las observaciones formales, sustanciales y probatorias previamente analizadas, pero que además incorpore elementos propositivos orientados a la construcción de una teoría del caso alternativa (Pérez Sarmiento, 2005).

La dimensión dialéctica de la defensa activa

La característica esencial de la participación activa radica en su naturaleza dialéctica, que implica no solo refutar la hipótesis acusatoria, sino proponer una reconstrucción alternativa de los hechos que favorezca al imputado. Como señala Binder (2005), “la defensa activa no se conforma con demostrar las debilidades

de la acusación, sino que construye una narrativa coherente que explique los hechos desde una perspectiva exculpatoria o atenuante” (p. 234).

Esta dimensión se concreta en la audiencia mediante:

- La formulación de preguntas estratégicas que evidencien contradicciones o vacíos en la imputación.
- La proposición de interpretaciones jurídicas alternativas que favorezcan al imputado.
- La construcción de argumentos que contextualicen la conducta atribuida.

El deber de vigilancia procesal permanente

La participación activa impone al defensor un deber de vigilancia procesal permanente durante toda la audiencia; esto implica que un abogado debe ejercer un control crítico de la legalidad del procedimiento y no ser un simple espectador (Eduardo Jauchen, 2005). Además, esto significa que debe mantenerse alerta ante cualquier irregularidad, vulneración de derechos o desviación procedimental que pueda afectar las garantías de su patrocinado (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 1995). Bovino (2005) destaca que “el defensor eficaz es aquel que no permite que transcurran actos procesales viciados sin formular la observación correspondiente, pues su silencio puede interpretarse como una renuncia tácita al derecho vulnerado” (p. 156). Esta vigilancia se extiende desde la verificación de la correcta citación hasta el control del respeto a los tiempos procesales establecidos.

La gestión estratégica de la información

Un aspecto fundamental de la participación activa consiste en la gestión estratégica de la información disponible. El defensor debe decidir cuándo y cómo revelar elementos que beneficien a su patrocinado, evitando anticipar completamente su estrategia defensiva, pero proporcionando suficientes elementos para lograr el sobreseimiento o la modificación de la acusación.

Esta gestión implica evaluar si conviene plantear todas las observaciones disponibles o reservar algunas para etapas posteriores del proceso. Como advierte Cafferata Nores (2008), “la defensa estratégica exige una ponderación cuidadosa de los momentos procesales más favorables para cada alegación, evitando el desgaste innecesario de argumentos” (p. 287).

Consecuencias de la participación deficiente

La participación deficiente o pasiva del abogado defensor puede acarrear consecuencias procesales irreversibles. El Tribunal Constitucional ha establecido que la defensa debe ser “real y efectiva, no meramente formal” (STC N.º 1323-

2002-HC/TC), lo que exige una actuación profesional que se ajuste a estándares objetivos de competencia técnica.

La jurisprudencia comparada ha desarrollado criterios para evaluar cuándo la participación defensiva resulta deficiente. En este sentido, la defensa será considerada ineficaz cuando se demuestre que la actuación del abogado estuvo por debajo de los estándares de razonabilidad profesional y que existe una probabilidad concreta de que una actuación competente habría producido un resultado diferente.

Conclusiones

La audiencia de control de acusación no es un trámite intermedio, sino un espacio de definición procesal donde el abogado defensor tiene la responsabilidad de marcar los límites legítimos del ejercicio punitivo del Estado. Su intervención debe ser activa, estratégica y profundamente técnica, orientada a garantizar que el juicio oral se construya sobre bases sólidas, respetuosas de los derechos fundamentales y ajustadas al principio de legalidad (Moreno Catena, 1999). En este escenario, el defensor no es un espectador del proceso, sino el arquitecto de sus condiciones de validez.

La omisión del abogado defensor en esta etapa no es una simple negligencia procesal: es una forma de violencia institucional que compromete la legitimidad del proceso penal. La jurisprudencia ha sido clara al establecer que la defensa será considerada ineficaz cuando no se ejerce control sobre los aspectos formales, sustanciales o probatorios de la acusación, y cuando esa omisión tiene un impacto razonable en el resultado del proceso. Callar ante una acusación defectuosa, una prueba ilícita o una imputación sin sustento no es prudencia, es renuncia a la defensa.

El control formal, sustancial y probatorio no es un lujo técnico reservado a defensas sofisticadas, sino una exigencia ética que debe ser asumida por todo abogado defensor que se compromete con la justicia material. En esta etapa, el defensor tiene la oportunidad de evitar que el juicio oral se convierta en una simulación de justicia, donde se debaten hechos mal narrados, pruebas mal obtenidas y calificaciones jurídicas erróneas. Quien domina esta audiencia no solo defiende a su patrocinado, sino que defiende el sentido mismo del proceso penal.

Finalmente, la defensa eficaz en la audiencia intermedia no se mide por la cantidad de alegatos, sino por la calidad del control ejercido. Un defensor que identifica vicios formales, plantea causas de exclusión de responsabilidad penal y depura el debate probatorio está cumpliendo con los estándares jurisprudenciales de razonabilidad profesional. Su intervención no solo protege al imputado, sino que contribuye a la legitimidad del sistema penal, fortaleciendo la confianza

ciudadana en que el proceso no es una maquinaria automática, sino un espacio de garantías reales.

Recomendaciones

A partir del análisis realizado sobre la participación del abogado defensor en la audiencia de control de acusación, se formulan las siguientes recomendaciones orientadas a fortalecer el ejercicio efectivo del derecho de defensa y la legitimidad del sistema procesal penal:

- 1. Implementar protocolos de revisión defensiva en el traslado de la acusación.** Los colegios de abogados del Perú y el Ministerio de Justicia deben desarrollar guías metodológicas que orienten al abogado defensor en el análisis sistemático de la acusación fiscal durante los diez días de traslado. Estas guías deben incluir listas de verificación que faciliten la identificación de vicios formales, deficiencias sustanciales y problemas probatorios, permitiendo una preparación técnica rigurosa antes de la audiencia. La estandarización de estos protocolos garantizará que todos los imputados, independientemente de su condición económica, accedan a una defensa de calidad que cumpla con los estándares constitucionales de eficacia.
- 2. Fortalecer la formación especializada en control de acusación.** Las facultades de Derecho y los programas de capacitación continua deben incorporar módulos específicos sobre técnicas de control formal, sustancial y probatorio en la etapa intermedia. Esta formación debe ir más allá de la exposición teórica, incluyendo ejercicios prácticos de identificación de errores de subsunción típica, análisis de suficiencia probatoria y estrategias de exclusión de prueba ilícita. Asimismo, debe enfatizarse el dominio de los sistemas de determinación de pena (tercios y escalonado), pues la práctica forense revela que este aspecto es frecuentemente desatendido por los defensores, generando pretensiones punitivas desproporcionadas que no son debidamente cuestionadas. Aunado a ello, considero pertinente sostener que las capacitaciones no solo deben estar orientadas a la participación del abogado en la audiencia, sino también a la redacción de las absoluciones de acusación fiscal, pues estas deben adiestrar a los abogados a realizar peticiones de medios técnicos de defensa o sobreseimientos, incluyendo de manera obligatoria la redacción jurídica en los programas de pregrado y posgrado.
- 3. Establecer estándares judiciales uniformes para el control de acusación.** La Corte Suprema de Justicia debe emitir lineamientos complementarios al Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116 que precisen los criterios mínimos de admisibilidad de la acusación fiscal. Estos estándares deben especificar

qué nivel de detalle se exige en el relato circunstanciado, qué elementos de convicción constituyen piso mínimo para superar el control sustancial y qué defectos formales ameritan devolución versus corrección en audiencia. La uniformización de estos criterios evitará disparidades regionales que actualmente generan inseguridad jurídica, donde una misma acusación puede ser admitida en un distrito judicial y rechazada en otro, afectando tanto a la defensa como a la predictibilidad del sistema. En ese sentido, de no darse una iniciativa por el entorno judicial, considero que los colegios de abogados, el Ministerio de Justicia o las universidades deben impulsar propuestas de mejoras respecto al control de la acusación fiscal y el rol del juez de investigación preparatoria durante la etapa intermedia. Por ejemplo, si revisamos el Código Procesal Penal apreciaremos que carece de datos que permitan informar sobre los controles formales, sustanciales y probatorios.

4. **Crear repositorios de jurisprudencia especializada en etapa intermedia.** El Poder Judicial y el Ministerio Público deben implementar bases de datos de acceso público que sistematicen las resoluciones más relevantes sobre control de acusación, organizadas por tipo de observación (formal, sustancial, probatoria) y por delito. Este repositorio debe incluir tanto resoluciones que admitieron observaciones defensivas como aquellas que las desestimaron, permitiendo a los abogados identificar patrones argumentativos exitosos y anticipar posibles respuestas fiscales. La democratización del conocimiento jurisprudencial fortalece la igualdad de armas procesales, especialmente para defensores que ejercen en provincias con limitado acceso a recursos de actualización jurídica.
5. **Incorporar indicadores de calidad defensiva en la gestión judicial.** Los órganos de control del sistema de justicia deben desarrollar mecanismos de evaluación que midan objetivamente la eficacia de la defensa técnica en la audiencia de control de acusación. Estos indicadores pueden incluir: porcentaje de acusaciones observadas formalmente, número de medios probatorios excluidos por solicitud defensiva, frecuencia de solicitudes de sobresiimiento fundadas en control sustancial y tiempo promedio de intervención del defensor en audiencia. La visibilización de estos datos no solo permite identificar casos de defensa deficiente que requieren corrección, sino que también genera incentivos institucionales para elevar los estándares profesionales, protegiendo así el derecho fundamental a una defensa real y efectiva, consagrado en la Constitución.

Referencias

ABANTO VÁSQUEZ, M. A.

2018 *Derecho penal económico: Consideraciones jurídicas y criminológicas*. Idemsa.

BINDER, A. M.

2005 *Introducción al derecho procesal penal* (2.^a ed.). Ad-Hoc.

BOVINO, A.

2005 *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Editores del Puerto.

CAFFERATA NORES, J. I.

2008 *La prueba en el proceso penal* (6.^a ed.). Lexis Nexis.

BERNAL CUÉLLAR, J., & MONTEALEGRE LYNETT, E.

1995 *El proceso penal* (3.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.

DEL RÍO LABARTHE, G.

2016 *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores.

GARCÍA HUANCA, L. E.

2018 *Fases y elementos de la teoría del caso en el sistema acusatorio*. Idemsa.

GONZALES NAVARRO, A. L.

2010 *La defensa penal, técnica y material en el proceso penal acusatorio*. Leyer.

JAUCHEN, E. M.

2005 *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni.

MENDOZA AYMA, F. C.

2014 *Pretensión punitiva, la confirmación del proceso. Nuevo Código Procesal Penal*. San Bernardo Libros Jurídicos.

2015 *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*.

MIXÁN MASS, F.

2006 *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Ediciones BLG.

MORENO CATENA, V.

1999 *Derecho procesal penal* (3.^a ed.). Colex.

NAKAZAKI SERVIGÓN, C.

2006 La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión. En Universidad de Lima (Ed.), *Libro homenaje*

Facultad de Derecho (pp. 13-43). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

2019 *Litigación estratégica en el proceso penal*. Gaceta Jurídica.

ORÉ GUARDIA, A.

2020 *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Reforma.

2024 *La desnaturalización de la etapa intermedia y la inviabilidad del juicio oral: El caso cocteles*. Reforma S.A.C.

PÉREZ SARMIENTO, E.

2005 *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Editorial Temis.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.

2011 Más sobre el principio de imputación necesaria. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 18.

SAN MARTÍN CASTRO, C.

2015 *Derecho procesal penal*. Jurista Editores, INPECCP y CENALES.

Reinserción social y derechos de las personas privadas de libertad: ¿política pública o discurso vacío?

Social reintegration and the rights of persons deprived of liberty:
public policy or empty rhetoric?

Alex Fernández Lara

Ministerio del Interior, Lima, Perú

alxabogados@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-4848-6947>

Resumen

El presente artículo analiza críticamente la efectividad de las políticas públicas orientadas a la reinserción social de las personas privadas de libertad en el Perú, cuestionando si este derecho se materializa como una política pública real o se mantiene en el plano del discurso normativo. A partir de un enfoque jurídico y socio-crítico, se examina el marco normativo vigente, así como datos empíricos provenientes de informes institucionales y estudios académicos. Los resultados evidencian una profunda desconexión entre la normativa que consagra la reinserción como fin resocializador de la pena y las condiciones estructurales del sistema penitenciario peruano, caracterizado por el hacinamiento, la escasa inversión pública y la limitada ejecución de programas de rehabilitación. Asimismo, se advierte que el enfoque de derechos humanos es débilmente aplicado en el ámbito penitenciario. Se concluye que la reinserción social constituye, en muchos casos, un discurso vacío, y se proponen líneas de acción que permitan su implementación efectiva como política pública, en cumplimiento del mandato constitucional y de los estándares internacionales.

Palabras clave: Reinserción social, Derechos humanos, Sistema penitenciario, Políticas públicas, Personas privadas de libertad, Perú.

Abstract

This article critically analyzes the effectiveness of public policies aimed at the social reintegration of persons deprived of liberty in Peru, questioning whether this right is implemented as a genuine public policy or remains in the realm of normative discourse. Using a legal and socio-critical approach, the study examines the current regulatory framework as well as empirical data from institutional reports and academic studies. The results reveal a profound disconnect between the legal provisions that establish reintegration as the resocializing purpose of punishment and the structural conditions of the Peruvian prison system, characterized by overcrowding, limited public investment, and limited implementation of rehabilitation programs. Furthermore, the human rights approach is weakly applied in the penitentiary context. The study concludes that social reintegration constitutes, in many cases, empty rhetoric and proposes lines of action to enable its effective implementation as public policy, in compliance with the constitutional mandate and international standards.

Keywords: Social reintegration, Human rights, Penitentiary system, Public policies, Persons deprived of liberty, Peru.

Introducción

En el marco del Estado constitucional de derecho, la reinserción social de las personas privadas de libertad constituye uno de los principios importantes del sistema penitenciario moderno. Esta finalidad es reconocida por instrumentos nacionales y supranacionales. Estas normas aspiran a que la ejecución de la pena privativa de libertad no solo represente una forma de sanción o castigo, como lo pretende la finalidad absolutista de la pena planteada por el filósofo de Königsberg Immanuel Kant, sino que debe ser un proceso de cambio, de transformación personal y de reconciliación con la sociedad (Naciones Unidas, 2016), y, más aún, debe buscarse un tratamiento penitenciario que logre una reinserción real. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos, incluido nuestro país, el Perú, esta promesa plasmada en las normas, conforme así lo establece nuestra norma fundamental en el numeral 22 del artículo 139, que señala que la pena tiene una finalidad resocializadora, en conexión con el artículo 1 del mismo cuerpo normativo, que precisa que la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, contrasta con la realidad de los sistemas penitenciarios, marcados por el hacinamiento, la violencia estructural, la escasez de recursos y la debilidad institucional, lo que lleva a cuestionar si la reinserción social es efectivamente una política pública o si se reduce a un discurso vacío.

En efecto, la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 139, inciso 22, el Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.º 654) y el TUO del Código de Ejecución Penal consagran la función resocializadora de la pena. A nivel internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) establecen estándares orientados a garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, promoviendo el acceso a la educación, al trabajo, al tratamiento psicológico, médico y a programas de reintegración (ONU, 2015). No obstante, diferentes estudios han podido evidenciar que existe una brecha muy significativa entre el marco normativo y su aplicación real dentro de nuestra sociedad. Se puede advertir que, en algunos casos, la política penitenciaria está más orientada al control y al castigo que a la reeducación y rehabilitación.

Esta tensión entre norma y práctica plantea una interrogante concreta: ¿en el Perú la reinserción social es una política pública real y efectiva o solo un discurso que legitima el sistema penal? La respuesta a esta pregunta exige un enfoque crítico que combine el análisis jurídico con una evaluación empírica y real de las condiciones penitenciarias, el acceso a derechos y un real tratamiento penitenciario, lo que implica la implementación de programas de tratamiento, reeducación, readaptación y reintegración. Además, se considera necesario evaluar la actividad de la autoridad estatal, en ella ver si existe voluntad política y asignación presupuestal coherente con la finalidad resocializadora de la pena o si, por el contrario, se trata de una retórica institucional que encubre violaciones sistemáticas a los derechos humanos de la población carcelaria (Basombrío, 2018).

En ese contexto, se hace necesario conceptualizar el término reinserción social, que, conforme señala Campaña (2018), implica un conjunto de métodos técnico-científicos que buscan que las personas privadas de libertad no vuelvan a delinquir y reflexionen respecto de lo que hicieron. Ello atañe no solo al mismo individuo, sino que también involucra y perjudica a todos aquellos que se encuentran detrás, tales como amigos y familiares. En la gran mayoría de los casos, las familias de las personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad desconocen el ilícito penal que habría cometido su familiar, así como desconocen identificar y niegan haber tenido sospechas o indicios de la tendencia a realizar actos delictivos.

Así señala Acebedo Taipe en su tesis intitulada Política criminal y su implicancia en el proceso de reinserción social de los internos del Penal San Fermín - Huancavelica, durante el año 2019, para optar el grado académico de maestro en la Universidad Nacional de Huancavelica, base de datos repositorio institucional; haciendo referencia a Garland (1985) y Vanstone (2004), quienes, a su vez, citan a Hederman (2007), aludiendo a las primeras nociones sobre el término reinserción.

Las primeras nociones que se tienen sobre el término *reinserción* provienen de documentos de finales del siglo XVIII, cuando, de la mano de los procesos de industrialización, la cárcel se transformó en una institución de castigo y sanción penal propiamente tal. Es en esta época cuando empiezan las preocupaciones respecto de qué hacer con los privados de libertad, la mayoría de clase baja y, por tanto, desfavorecida, desprotegida y vulnerable en términos humanitarios y respecto del riesgo que representaban para la sociedad, para el orden y la seguridad (Acebedo, 2019, p. 78).

En la misma línea, Acebedo (2019, p. 79), citando a Peñafiel Valla (2013), quien a su vez es citado por Alonso García (2014), explica que la *reinserción social* se puede entender de dos modos: “sentido máximo: la aceptación y adaptación de la persona presa de valores y actitudes impuestos socialmente; sentido mínimo: la estrategia para generar alternativas frente a la actitud delictiva”. Indica que siempre se deberían considerar ambos modos, haciéndose mayor hincapié en las causas que han provocado la situación y no estancarnos en la resolución de las consecuencias, ya que conociendo las causas se podrá diseñar una estrategia más adecuada a la persona y se podrán ofrecer más alternativas y conseguir así que acepte las normas, valores y actitudes que la sociedad impone para que su reintegración social sea lo más eficaz posible (p. 12). Al respecto, Khier Viana (2012, págs. 61-62), citado por Alonso García (2014), afirma que “uno de los objetivos de la prisión para alcanzar la *reinserción* es que durante la estancia en la misma la persona presa siga manteniendo vínculos con el entorno social, potenciando el vínculo con la comunidad” (p. 12).

Por lo que es posible señalar que la *reinserción social* es el resultado de una forma eficaz del tratamiento penitenciario, desarrollado en modo pleno los subprincipios que contiene este, como son la reeducación, rehabilitación y la reincorporación, lo que, a la luz de la realidad, no se cumple en nuestro país, conforme así lo señala también el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 05436-2014-PHC/TC, Tacna, 2019, que ha declarado estado de cosas inconstitucional el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios en el Perú.

En este contexto, este artículo científico tiene un enfoque cualitativo cuyo objetivo es analizar el tratamiento jurídico y práctico de la *reinserción social* en el sistema penitenciario peruano, contrastando los postulados normativos con la realidad penitenciaria. Asimismo, se reflexionará sobre la eficacia de las políticas públicas implementadas en este sector, a fin de determinar si responden a un verdadero compromiso estatal con los derechos de las personas privadas de libertad o si reproducen un modelo punitivo excluyente e ineficaz.

Material y Método

Este estudio se enmarca dentro de una investigación de tipo cualitativa, de nivel explicativo y de diseño documental, con enfoque jurídico-crítico. Se opta por este enfoque metodológico debido a la naturaleza normativa y conceptual del objeto de estudio: el análisis de la reinserción social de las personas privadas de libertad y la protección efectiva de sus derechos en el marco de las políticas públicas del Estado peruano.

El material analizado está compuesto por diversas fuentes primarias y secundarias. Entre las fuentes primarias se incluyen normas constitucionales (como el artículo 139 de la Constitución Política del Perú), leyes ordinarias como el Código de Ejecución Penal y su reglamento, así como normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el Estado peruano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mandela, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre otros. Como fuentes secundarias, se consideran estudios doctrinarios de especialistas en derecho penitenciario, informes de organismos nacionales como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), así como documentos de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

El método de análisis utilizado es el método hermenéutico-jurídico, que permite la interpretación sistemática de normas jurídicas en su contexto doctrinal, jurisprudencial y social. A ello se suma el método crítico-reflexivo, mediante el cual se contrasta el discurso normativo y político del Estado con las condiciones materiales observadas en el sistema penitenciario, evidenciando las contradicciones entre el mandato legal y la aspiración del Estado de reinserción y la realidad penitenciaria.

La selección de fuentes y el análisis se desarrollaron bajo los principios de rigurosidad científica, exhaustividad documental y respeto por la pluralidad de enfoques, con el objetivo de ofrecer una comprensión integral del fenómeno objeto de estudio y, de ese modo, se pueda generar aportes sustantivos al debate sobre la reinserción social en nuestro país.

Resultados

La investigación realizada, basada en el análisis de normas y doctrina jurisprudencial e institucional, ha permitido identificar una serie de hallazgos relevantes que reflejan que no existe una cercanía entre el discurso jurídico (lo que prescribe la norma) de la reinserción social y su aplicación real en el contexto peni-

tenciario peruano (la realidad penitenciaria). A continuación, se presentan los resultados organizados en cinco ejes temáticos principales:

Brecha entre el marco normativo y la realidad penitenciaria

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la finalidad de resocialización que tiene la pena privativa de libertad a través de una norma constitucional como el artículo 139 de la Constitución Política, normas legales como el Código de Ejecución Penal y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú. Sin embargo, este marco normativo no se traduce en una práctica penitenciaria coherente. Los programas de tratamiento penitenciario no se desarrollan de forma sistemática ni universal, lo que limita seriamente su efectividad y contradice el mandato legal de rehabilitación.

Por lo que es menester desarrollar un cuadro de las normas nacionales e internacionales que hacen alusión al tratamiento penitenciario.

Tabla N.º 1. Cuadro de normas nacionales e internacionales que aluden el tratamiento penitenciario.

Nivel normativo	Norma	Contenido relevante sobre tratamiento penitenciario
Nacional	Constitución Política del Perú (Art. 139, inc. 22)	Reconoce el respeto a la dignidad del interno y la finalidad resocializadora de la pena
Nacional	Código de Ejecución Penal. Decreto Legislativo N.º 654	Regula el régimen de tratamiento penitenciario, incluyendo trabajo, educación, salud, deporte, asistencia social y clasificación
Nacional	Reglamento del Código de Ejecución Penal. D.S. N.º 015-2003-JUS	Desarrolla las disposiciones del Código de Ejecución Penal sobre el tratamiento individualizado y progresivo
Nacional	Ley N.º 29719. Ley que promueve la reinserción laboral del interno y liberado	Establece medidas para fomentar el trabajo penitenciario y la reinserción laboral del interno
Nacional	Ley N.º 28518. Ley sobre modalidades formativas laborales	Incluye a los internos en programas de capacitación técnico-productiva con fines de reinserción
Internacional	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 10)	Establece que el régimen penitenciario debe tener por finalidad esencial la reforma y readaptación social de los penados

Internacional	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)	Fijan estándares internacionales para un tratamiento penitenciario digno, individualizado y orientado a la rehabilitación
Internacional	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 5)	Reconoce el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con respeto a su dignidad
Internacional	Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Prohíbe cualquier forma de tratamiento que atente contra la dignidad humana en los centros penitenciarios

Carencias estructurales del sistema penitenciario

Uno de los principales obstáculos para la efectiva reinserción es la precariedad estructural del sistema penitenciario. Según informes de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), el hacinamiento, la infraestructura inadecuada, la falta de personal especializado y la escasez de recursos logísticos impiden la implementación adecuada de programas de educación, salud, trabajo y asistencia psicosocial. Esta situación vulnera el principio de dignidad humana y configura un entorno adverso para el proceso de rehabilitación.

Entre las principales carencias estructurales del sistema penitenciario peruano al 2025, tenemos la ausencia de infraestructura y hacinamiento, presupuesto, inversión, recursos humanos y corrupción, salud y condiciones sanitarias, seguridad interna.

Tabla N.º 2. Tabla de situación de los establecimientos penitenciarios, impacto, ejecución y retos pendientes.

Dimensión	Situación al 2025	Impacto/Ejecución y retos pendientes
Infraestructura y hacinamiento	La capacidad total de los penales es de aproximadamente 41,764 personas, pero actualmente albergan a más de 99,697 internos, según datos del INPE (Instituto Nacional Penitenciario)	Esto significa que la población penitenciaria supera la capacidad diseñada en más de 57,933 personas, representando un 143% de ocupación.
Presupuesto e inversión	De acuerdo al Portal del Estado Peruano, el INPE tiene un presupuesto de 55 MM	El INPE ha ejecutado el 100 por ciento de su presupuesto

Recursos humanos y corrupción	Personal penitenciario mal pagado y desmotivado; altos niveles de corrupción permiten ingreso de celulares, sobornos	Se requiere capacitación, sanciones y mejora de tecnología y sistemas anticorrupción
Salud y condiciones sanitarias	Insalubridad grave, brotes de enfermedades (TBC, VIH); internos que duermen en el suelo	Necesidad de infraestructura médica, personal de salud mental y protocolos actualizados
Seguridad interna	Carencia de control: escáneres sin operar, guardias insuficientes, mandos débiles	Violencia interna, bandas criminales y falta de supervisión efectiva
Jurídico - procesal	35 000 internos (36 %) en prisión preventiva sin sentencia	Retrasos judiciales agravan hacinamiento; se requiere agilizar procesos y priorizar medidas alternativas
Reinserción social y programas	Solo 50 % internos en instalaciones con condiciones adecuadas; muchos no completan educación secundaria; existe alta reincidencia (46 %)	Debilidades en educación, capacitación laboral y alineamiento al mercado; escasa atención a mujeres y grupos vulnerables
Política y gobernanza	“Estado de emergencia” declarado por 24 meses en noviembre 2024; PEM 2030 aprobado en 2024	Faltan articulación interinstitucional, capacidad operativa del INPE y supervisión efectiva

De acuerdo con el informe estadístico desarrollado por el INPE en el año 2024, se advierte la existencia de una superpoblación en los establecimientos penitenciarios, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Tabla N.º 3. *Sobrepoblación y hacinamiento de los establecimientos penitenciarios según las oficinas regionales del Instituto Nacional Penitenciario.*

Total	Capacidad de albergue (c)	Población penitenciaria (POPE)	Sobrepoblación (s=POPE-c)	% Sobrepoblación	% Hacinamiento (%H)
69 establecimientos penitenciarios	41,556	98,127	56,571	136%	116%

Fuente: Informe estadístico desarrollado por el Instituto Nacional Penitenciario, 2024; oficina General de Infraestructura, Unidad de Estadística.

Vulneración sistemática de derechos fundamentales

De acuerdo a Luis Ángel Sánchez Marín profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, en su artículo denominado; Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales señala que; (...) Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana[2]; precisando que consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria.

Para Truyol y Serra citado por Sanchez:

Refiere que el ejercicio de los derechos puede ser cohibido por el poder, que, al contrario, está obligado a reconocerlos y garantizarlos; señala que son “(aquellos derechos) que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados...”; de otro lado citando a Fernandez Galiano, señala que la exigencia de respeto a los derechos fundamentales por parte del poder es, más que una nota esencial de los mismos, una inevitable consecuencia de su carácter fundamental.

Siendo ello así, puede señalar que dentro de la realidad peruana, se advierten una constante vulneración a los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad; como al respecto de la dignidad, reconocido en nuestra norma fundamental en cuyo Artículo 1º, señala que; “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 1); y el numeral 22º del Artículo 139º de la Constitución Política del Estado de 1993, señala que El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; son normas de rango constitucional que determinan el derrotero de nuestro ordenamiento jurídico y paradigma social que nos hemos planteado y aceptado y que en nuestro país el tratamiento penitenciario debe desarrollarse con respeto de la dignidad de

Esta investigación evidencia que las personas que se encuentran privadas de su libertad sufren constantes vulneraciones de sus derechos fundamentales. Como el acceso a los servicios médicos son limitados y deficientes; los programas educativos y laborales son insuficientes; y la violencia institucional por parte de los operadores del sistema penitenciario y persiste como una práctica tolerada o encubierta. Estas condiciones transgreden normas nacionales e internacionales

que obligan al Estado a garantizar los derechos de las personas bajo su custodia, aun cuando estén privadas de libertad; se debe tener en cuenta que cuando una persona se encuentra privada de libertad solo pierde el derecho ambulatorio o de locomoción, mientras los otros permanecen incólumes, los que sin embargo son vulnerados por el actual sistema penitenciario.

Para mayor ilustración se presenta cuadro de diversas formas de vulneración de derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad en los establecimientos penitenciarios en el Perú.

Tabla N.º 4. Tabla sobre la identificación de derechos fundamentales vulnerados a personas privadas de su libertad, en los establecimientos penitenciarios.

Derecho Fundamental Vulnerado	Descripción de la Vulneración	Fundamento Constitucional / Convencional	Ejemplos o Evidencia
Dignidad humana	Condiciones infrahumanas: hacinamiento, insalubridad, trato degradante	Constitución Política del Perú, art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 5	Penales como Lurigancho y Castro operan con sobrepoblación de más del 200%
Derecho a la salud	Deficiente atención médica, carencia de medicamentos, ausencia de personal especializado	Constitución, art. 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 10.1	Reclusos fallecen por enfermedades como tuberculosis sin tratamiento adecuado
Integridad personal	Agresiones físicas, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes	Constitución, art. 2 inc. 1 y 24; CADH, art. 5	Informes de la Defensoría del Pueblo denuncian castigos corporales y uso excesivo de sanciones disciplinarias
Derecho al trabajo y reinserción social	Acceso limitado a programas de trabajo, educación y rehabilitación	Constitución, art. 139 inc. 22; Reglas Mandela (ONU)	Menos del 30% de internos participa en actividades laborales o educativas
Derecho a la comunicación familiar	Restricciones a visitas y medios de comunicación con sus familias	Constitución, art. 2 inc. 24; CADH, art. 17	Durante la pandemia, las visitas fueron suspendidas sin medidas alternativas efectivas

Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva	Dificultad para acceder a abogados, defensores públicos o presentar denuncias	Constitución, art. 139 inc. 3; CADH, art. 25	Escasa presencia de defensores públicos y trabas para presentar quejas o apelaciones
---	---	--	--

Ausencia de políticas de reinserción postpenitenciaria

Si bien el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado señala que el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, este se convierte en una norma de carácter declarativo, toda vez que la realidad del sistema penitenciario nos presenta otra cara, por lo que es evidente otro hallazgo traducido en la falta de políticas públicas orientadas a la reinserción social una vez que las personas recuperan su libertad (posterior al tratamiento penitenciario). Se puede advertir que no existen programas sistemáticos de seguimiento ni acompañamiento socio-laboral postpenitenciario, lo cual expone a los liberados al desempleo, la discriminación, la estigmatización, el abandono familiar y la reincidencia. Esta omisión estatal demuestra que la resocialización no es un proceso integral, sino fragmentado y limitado al tiempo de reclusión.

La reinserción como discurso simbólico y no como política pública real

Finalmente, se advierte que la reinserción social, a pesar de su reiterada invocación en el discurso institucional, carece de un desarrollo estratégico, presupuestal y operativo real. Su uso parece responder más a una función legitimadora del sistema punitivo que a una convicción estatal sobre la necesidad de reconstruir proyectos de vida. En consecuencia, la reinserción se mantiene como un ideal retórico, sin correlato tangible en la gestión penitenciaria y postpenitenciaria.

Así lo ha señalado el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú; EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC, Tacna, en sus fundamentos 15, 16 y 17, ha señalado:

Sin embargo, varios años después, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, indicó lo siguiente: “Han pasado 8 años de tal sentencia [en alusión a la Sentencia 03426-2008-HC/TC] y aún no se aprecia ni la existencia, ni la efectividad, de una política pública que restablezca la capacidad institucional de las respectivas instituciones, tal como fue dispuesto por este Tribunal” (fundamento 80); *negrita es nuestra*. Asimismo, en aquella oportunidad, este Colegiado indicó que, pese a la declaratoria de emergencia del INPE y a las medidas dictadas para su reestructuración y la del Sistema Nacional Penitenciario por un plazo de dos años, establecidos en el Decreto Legislativo 1325, publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de enero de 2017, el propio INPE, luego de vencido dicho plazo, a través del

Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por su Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Subdirección de Salud Penitenciaria, informó lo siguiente:

i) [...] no contaba con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental; ii) que no existían estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional; iii) que existe un médico psiquiatra a nivel nacional; y iv) que existen graves deficiencias en infraestructura, etc. [Sentencia 4007-2015-PHC/TC, fundamento 80]. Lo anterior explica que, como muestra de la falta de efectividad de las medidas establecidas para reestructurar el Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, se haya prorrogado por única vez la declaratoria de emergencia dispuesta en el aludido Decreto Legislativo 1325, a través del Decreto Supremo 013-2018-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 2018, prórroga vigente a partir del 7 de enero de 2019 hasta el 7 de enero de 2021. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluyó, en el fundamento 80 de la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, lo siguiente: Todo ello demuestra que en 2 años de haberse dictado la declaratoria de emergencia no se han establecido medidas mínimas y básicas sobre el diagnóstico y tratamiento de la salud mental de tales internos. Todas estas razones justifican ineludiblemente el control de dicha actividad estatal por parte del Tribunal Constitucional, así como la adopción de medidas que conlleven a restablecer la capacidad institucional de las respectivas instituciones.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que no existe voluntad política por parte de los actores del sistema penitenciario, precisando que la acción social ha fracasado frente al hacinamiento que existe en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, así en el EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC, Tacna, en cuyos fundamentos 62, 63 y 64, ha señalado:

(...) sobre la acción estatal sobre el ámbito penitenciario, la Defensoría se refirió, de manera explícita, en dicho informe, al “fracaso de la acción estatal contra el hacinamiento”. Así, además de sostener que dicha institución, en reiteradas ocasiones, había manifestado que “un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores” (negrita es nuestra), afectando de forma casi ineludible la dignidad de las personas encarceladas, indicó que “pese a los compromisos asumidos por diferentes gobiernos, el referido fenómeno no ha disminuido, sino por el contrario, ha aumentado significativamente”; fundamento 60. Asimismo, la Defensoría enfatizó que las medidas para enfrentar el hacinamiento no solo deben limitarse a la ampliación de la capacidad de albergue de los establecimientos penitenciarios, por cuanto ello no constituiría una solución a las causas reales de este fenómeno en el caso peruano:

Las evidencias demuestran con absoluta claridad que no es posible combatir el hacinamiento mediante la construcción de más unidades de albergue (cárceles). Se requiere, en forma indispensable, de reales niveles de coordinación entre las entidades que conforman el sistema de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial) y los poderes Ejecutivo y Legislativo. Conviene tener presente que en estos últimos descansa la responsabilidad por el excesivo aumento de penas, la eliminación progresiva de los beneficios penitenciarios y el reducido uso de medidas alternativas a la prisión, como la vigilancia electrónica personal, conversión de pena, entre otros.

Lamentablemente, a la fecha, no es posible sostener que tal voluntad se encuentre plasmada. El Plan Nacional de Política Penitenciaria, único instrumento público que plantea acciones en la materia, no cuenta con los recursos ni difusión necesarios que aseguren su real cumplimiento.

En esa misma línea, el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado refiere, en su fundamento 60:

Precisamente, el Decreto Supremo 005-2016-JUS, que aprueba la Política Nacional Penitenciaria y el Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2016-2020, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de julio de 2016, destacó que “todas las regiones se han visto rebasadas en su capacidad de albergue” y que “los resultados obtenidos dan un crecimiento promedio del 5.3 % anual, y se estima que la población penitenciaria alcanzaría los 222 487 internos e internas al año 2035. En contraste, la capacidad de albergue crecería en promedio el 2.8 % anual, estimando que las unidades de albergue disponible llegarían a 58 187, lo que determinaría un hacinamiento del 282 %”, a nivel nacional 22.

Se puede advertir así que ya el supremo tribunal ha señalado que la reinserción social no sería una política pública real, sino un discurso simbólico que, a la luz de la realidad, se cumple con la labor de controlar a personas privadas de su libertad dentro de un establecimiento penitenciario, pero no con su reinserción social.

Discusión

Los hallazgos obtenidos en esta investigación evidencian una brecha significativa entre el discurso normativo sobre la reinserción social y su aplicación efectiva como política pública. A pesar de la existencia de un marco normativo nacional de nivel constitucional, como la Constitución Política del Perú de 1993, y el Código de Ejecución Penal y otras normas supranacionales que reconocen este derecho, la investigación empírica demuestra que su implementación presenta serias deficiencias estructurales, institucionales y presupuestarias. Estos hallazgos permiten

responder afirmativamente a la hipótesis de que, en el contexto peruano, la reinserción social de la población penitenciaria se mantiene, en gran medida, como un enunciado declarativo más que como una política pública integral y operativa.

Interpretando estos resultados en función de los objetivos planteados, se advierte que la reinserción social en el Perú enfrenta un déficit de institucionalidad. La ausencia de programas sostenibles de educación, trabajo, salud mental y acompañamiento postpenitenciario sugiere que la finalidad resocializadora de la pena está siendo desplazada por una lógica de exclusión y control. Ello confirma que el discurso sobre la rehabilitación ha sido instrumentalizado como un elemento legitimador del sistema penal, sin que existan mecanismos reales que garanticen su eficacia. Factores como el hacinamiento, la carencia de personal técnico especializado y la escasa coordinación interinstitucional agravan la precariedad del sistema penitenciario y afectan directamente los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Estos hallazgos coinciden con estudios previos que denuncian el incumplimiento sistemático del deber estatal de promover la reinserción social; la reincidencia delictiva está asociada, en parte, a la ausencia de oportunidades reales y acciones de parte del Estado en búsqueda de un seguimiento post penitenciario. Así, el informe del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha observado con preocupación la persistencia de condiciones carcelarias incompatibles con los estándares internacionales, lo que reafirma que la política penitenciaria peruana prioriza el castigo por encima de la reintegración.

En términos teóricos, los resultados de este estudio contribuyen a problematizar el carácter simbólico del derecho a la reinserción en contextos de debilidad institucional. Desde una perspectiva crítica, se refuerza la tesis de que el sistema penal en el Perú no está orientado a la readaptación social, sino a la neutralización y confinamiento de sujetos considerados peligrosos. En el plano práctico, estos hallazgos demandan un rediseño de las políticas penitenciarias, que prioricen el enfoque de derechos humanos, el fortalecimiento del personal técnico-penitenciario, la inversión en programas de educación y trabajo intramuros, y la creación de redes de acompañamiento postpenitenciario con participación comunitaria.

No obstante, es importante reconocer las limitaciones de esta investigación. El estudio se ha centrado en algunos centros penitenciarios, lo que restringe la posibilidad de generalizar los hallazgos a nivel nacional, y, del mismo modo, el acceso a estadísticas oficiales completas fue limitado, lo que podría haber afectado la profundidad del análisis cualitativo.

Frente a estas limitaciones, futuras investigaciones podrían ampliar y profundizar el enfoque territorial del estudio, incluyendo establecimientos penitenciarios de otras regiones, particularmente aquellos en zonas rurales o de la Amazonía, donde la vulnerabilidad estructural del sistema es aún más grave. También

resulta necesario desarrollar estudios longitudinales que midan el impacto de los programas de reinserción sobre los índices de reincidencia, así como investigaciones interdisciplinarias que aborden la reinserción desde una perspectiva psicosocial, comunitaria y de género.

En suma, el análisis realizado evidencia que el derecho a la reinserción social en el Perú, aunque consagrado normativamente, carece de una implementación efectiva como política pública. Esta situación compromete no solo la vigencia de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, sino también la legitimidad del sistema penal en su conjunto. Por tanto, urge pasar del discurso a la acción mediante políticas públicas coherentes, sostenibles y centradas en el ser humano como sujeto de derechos.

Conclusiones

Primero. El presente estudio reafirma que, pese a la existencia de un marco normativo que reconoce la reinserción social como un derecho fundamental y una finalidad esencial de la pena, en el Perú su implementación sigue siendo más declarativa que efectiva. Los hallazgos permitieron confirmar que las políticas penitenciarias no responden a una estrategia integral de resocialización, sino que se encuentran fragmentadas, ausentes de financiamiento y desarticuladas del sistema nacional de derechos humanos. Esta situación reproduce un sistema punitivo centrado en la exclusión más que en la rehabilitación, lo cual refuerza el carácter simbólico del discurso estatal en torno a la reinserción. El aporte del estudio radica en evidenciar esta desconexión estructural y en plantear la necesidad de una política pública penitenciaria que no solo reconozca derechos, sino que los garantice de manera efectiva.

Segundo. Los resultados de esta investigación permiten afirmar que la reinserción social, tal como se plantea en el ordenamiento jurídico peruano, no logra traducirse en un conjunto de políticas públicas coherentes, sostenibles y con impacto real en la vida de las personas privadas de libertad. El estudio identificó que la debilidad institucional, la escasa asignación presupuestal, el hacinamiento y la carencia de programas técnicos y educativos adecuados obstaculizan gravemente la función resocializadora del sistema penitenciario. Este escenario refleja una omisión del Estado frente a sus obligaciones constitucionales e internacionales. En ese sentido, la investigación contribuye al debate jurídico y político sobre la urgencia de transformar el sistema penitenciario, no como un mecanismo de castigo, sino como un espacio de reconstrucción de ciudadanía.

Tercero. Este artículo ha demostrado que la reinserción social, lejos de consolidarse como una política pública estructurada en el Perú, permanece como una expresión vacía dentro del discurso institucional. La investigación no solo

permitió constatar el incumplimiento del principio de progresividad en la implementación de programas de reintegración, sino que también reveló la falta de articulación entre el sistema penitenciario y otras entidades del Estado. Este hallazgo interpela directamente a los operadores jurídicos, académicos y responsables de políticas públicas, a quienes corresponde repensar el enfoque del derecho penal desde una óptica garantista y humanista. En consecuencia, se sugiere impulsar reformas estructurales orientadas a garantizar la continuidad educativa, laboral y de salud de las personas privadas de libertad, incluso tras su liberación, como base para una reinserción auténtica y sostenible.

Referencias

BASOMBRÍO IGLESIAS, C.

2018 *Políticas penitenciarias y derechos humanos en el Perú*. Instituto de Defensa Legal.

2020 *Sistema penitenciario peruano: entre el castigo y la rehabilitación*. Instituto de Defensa Legal.

CANO, I.

2021 Prisión y reinserción: ¿una ecuación posible? *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, 5(2), 45–68.

<https://doi.org/10.2139/ssrn.3830054>

CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

1991 *Decreto Legislativo N.º 654* (2 de agosto). Diario Oficial El Peruano.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 *Constitución Política del Perú*.

https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_29_01_2024.pdf

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

1993 *Diario Oficial El Peruano*.

https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_29_01_2021.pdf

COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LAS NACIONES UNIDAS

2022 *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Perú*. Naciones Unidas.

<https://tbinternet.ohchr.org/>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2023 *Informe anual sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad.*
<https://www.defensoria.gob.pe>
- 2023 *Informe Defensorial N.º 191: Supervisión a los establecimientos penitenciarios del país.* Defensoría del Pueblo.
<https://www.defensoria.gob.pe/>

GONZÁLEZ, M. T.

- 2017 *El control social desde la criminología: discursos, instituciones y resistencias.* Dykinson.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

- 2023 *Estadísticas penitenciarias.*
<https://www.gob.pe/inpe>
- 2024 *Informe estadístico: Agosto 2024.*
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2024/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_agosto_2024.pdf

NACIONES UNIDAS

- 2015 *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela).*
<https://www.unodc.org>
- 2016 *Manual sobre la reintegración social de las personas que salen de prisión. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).*
<https://www.unodc.org>

ROSPIGLIOSI, F.

- 2019 *Política penitenciaria y derechos humanos: Una mirada crítica al sistema carcelario peruano.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

- 2020 *Informe sobre su visita al Perú del 10 al 20 de septiembre de 2019.* Naciones Unidas.
<https://www.ohchr.org/>

WACQUANT, L.

- 2004 *Las cárceles de la miseria.* Manantial.

ZAFFARONI, E. R.

2012 *En busca de las penas perdidas: Desarrollo de las ideas penales desde el humanismo hasta el final del siglo XX* (11.^a ed.). Ediar.

2015 *La cuestión criminal*. Ediciones Colihue.

TERCERA PARTE

**DERECHOS HUMANOS Y
DERECHO INTERNACIONAL**

Violaciones al Derecho Internacional Humanitario y la configuración del genocidio en Gaza: responsabilidad internacional de los Estados y actores armados

Violations of International Humanitarian Law and the Characterization
of Genocide in Gaza: International Responsibility of States and
Armed Actors

Isaac Enrique Castro Cuba Barineza

Abogado investigador, Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, Cusco, Perú
ecastro_cuba@yahoo.com
<https://orcid.org/0000-0003-4393-5415>

Resumen

El presente artículo analiza las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidas en la Franja de Gaza, examinando su posible configuración como genocidio y las implicancias jurídicas que ello conlleva en el marco del Derecho Internacional Público. La investigación, de enfoque cualitativo y dogmático-jurídico, se sustenta en el estudio de tratados, jurisprudencia y doctrina especializada, lo que permite identificar los elementos constitutivos de dichas infracciones y su relación con la responsabilidad internacional de los Estados y de los actores armados. Los hallazgos evidencian que las conductas documentadas —ataques indiscriminados contra civiles, destrucción de infraestructura esencial, bloqueos prolongados y desplazamientos forzados— trascienden el ámbito de simples crímenes de guerra, configurando patrones sistemáticos que pueden encuadrarse dentro de los supuestos de genocidio previstos por la Convención de 1948. Asimismo, se concluye que la responsabilidad internacional no solo se circunscribe a los autores materiales, sino también a los Estados que toleran o facilitan dichas prácticas. El estudio revela, además, las limitaciones actuales de los mecanismos internacionales de rendición de cuentas, resaltando la necesidad de reforzar el papel de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de Justicia en la protección de normas de *ius cogens*. En síntesis,

este trabajo aporta un análisis jurídico que contribuye a la comprensión del conflicto en Gaza y a la consolidación de estándares de protección internacional frente a violaciones masivas de derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario, Genocidio, Gaza, Responsabilidad internacional, Crímenes de guerra.

Abstract

This article analyzes serious violations of International Humanitarian Law (IHL) committed in the Gaza Strip, examining their possible characterization as genocide and the legal implications this entails within the framework of Public International Law. The research, employing a qualitative and dogmatic-legal methodology, is based on the study of treaties, jurisprudence, and specialized doctrine, allowing the identification of the constitutive elements of these violations and their legal thresholds, as well as their relation to the international responsibility of states and armed actors. The findings show that the documented conduct-indiscriminate attacks against civilians, destruction of essential infrastructure, prolonged blockades, and forced displacements-goes beyond isolated war crimes, constituting systematic patterns that may fall within the genocide categories established by the 1948 Convention. Furthermore, it is concluded that international responsibility is not limited to the material perpetrators but also extends to states that tolerate or facilitate such practices. The study also highlights the current limitations of international accountability mechanisms, emphasizing the need to strengthen the role of the International Criminal Court and the International Court of Justice in upholding norms of *ius cogens*. In summary, this work provides a legal analysis that contributes to understanding the conflict in Gaza and to consolidating international protection standards against massive violations of fundamental rights.

Keywords: International Humanitarian Law, genocide, Gaza, International responsibility, War crimes.

Introducción

El conflicto armado en la Franja de Gaza representa actualmente uno de los contextos más complejos y preocupantes desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y la protección de los derechos humanos. La persistencia y gravedad de los combates han provocado numerosas víctimas civiles y la destrucción de infraestructura vital, lo cual genera dudas significativas sobre

el cumplimiento de los principios fundamentales del DIH, especialmente los de distinción, proporcionalidad, humanidad y necesidad militar, establecidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

El principal problema que guía esta investigación es determinar si las repetidas violaciones al DIH en Gaza pueden ser identificadas jurídicamente como genocidio, conforme a la definición estipulada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, en consecuencia, cuáles son los mecanismos de responsabilidad internacional aplicables a los Estados y grupos armados involucrados.

El propósito general del artículo es realizar un análisis jurídico de las graves transgresiones al DIH cometidas en Gaza, considerando la posible tipificación de estos actos como genocidio, y examinar las repercusiones legales dentro del Derecho Internacional Público, especialmente en lo concerniente a la responsabilidad estatal internacional y la jurisdicción penal internacional.

El marco teórico se fundamenta en la teoría de la responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos internacionales, según lo desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI, 2001), así como en la conceptualización de los delitos internacionales como transgresiones a normas de *ius cogens*, que tienen una protección *erga omnes*. Además, se analizarán los avances doctrinales en relación con el principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considerado un mecanismo esencial para la persecución de crímenes internacionales.

Este estudio tiene como propósito ofrecer un análisis riguroso y sistemático sobre el tema, destacando la importancia de asegurar la efectividad de las normas internacionales aplicables y de reforzar los mecanismos de rendición de cuentas frente a violaciones graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

La justificación de esta investigación se basa en tres dimensiones principales: académica, práctica y metodológica.

Desde el punto de vista académico, la investigación es relevante porque aborda el análisis de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y su posible configuración como genocidio en Gaza, contribuyendo así al debate doctrinal acerca de los límites y alcances de la protección internacional de los derechos humanos en contextos de conflicto armado. Asimismo, busca cubrir un vacío en la bibliografía jurídica al organizar el marco normativo vigente, confrontarlo con hechos recientes y evaluar la aplicabilidad de la jurisprudencia internacional —especialmente la de la Corte Internacional de Justicia y tribunales penales internacionales *ad hoc*— para establecer estándares de responsabilidad para Estados y actores armados.

En cuanto a la dimensión práctica, esta investigación resulta pertinente al

proporcionar elementos que facilitan la comprensión de los mecanismos de responsabilidad internacional en casos de violaciones graves al DIH y a la Convención de 1948 sobre genocidio. Ante las dificultades que enfrenta la comunidad internacional para garantizar la rendición de cuentas, este trabajo ofrece argumentos jurídicos que pueden servir de base en litigios internacionales, informes de organismos multilaterales y en el diseño de políticas para la protección de la población civil en situaciones de guerra.

Metodológicamente, la investigación se fundamenta en un enfoque cualitativo y dogmático-jurídico, basado en un análisis sistemático de las fuentes formales del derecho internacional —tratados, costumbre, jurisprudencia y doctrina—, lo que garantiza la precisión y rigor del estudio. Este enfoque permite que las conclusiones no solo describan la realidad, sino que también provean criterios jurídicos objetivos para determinar si los hechos en Gaza corresponden al tipo penal del genocidio y cuáles son las implicancias legales para los sujetos del derecho internacional.

En conjunto, el trabajo busca contribuir a un debate académico sólido que tenga efectos prácticos en la defensa de los principios del DIH y en el fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección y de rendición de cuentas.

Método

Metodológicamente, se adopta un enfoque cualitativo, jurídico-dogmático y analítico, fundamentado en el análisis de instrumentos internacionales obligatorios, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de tribunales penales internacionales ad hoc —como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)—, además de la doctrina especializada de autores como Antonio Cassese, William Schabas y Claus Kress. Este método permitirá no solo definir los elementos que configuran las violaciones denunciadas, sino también determinar los criterios jurídicos para la posible responsabilidad internacional.

Desarrollo

Vulneración del Derecho Internacional Humanitario en Gaza

El principio de distinción es una norma fundamental del Derecho Internacional Humanitario (DIH) que exige a las partes en conflicto diferenciar constantemente entre combatientes y civiles, dirigiendo sus acciones solo contra objetivos militares (Convenios de Ginebra; Protocolos). En Gaza, la frecuente afectación de hospitales, escuelas y otros bienes civiles esenciales, comprobada por organi-

zaciones humanitarias e independientes, crea una fuerte presunción de violación de esta obligación, lo que implica una infracción grave del DIH y podría constituir un crimen de guerra si hay intención o negligencia grave en la ejecución de las operaciones (ICRC; OCHA; HRW).

El principio está expresado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I de 1977, que impone a las partes la diferenciación entre combatientes y civiles. En Gaza, diversos informes evidencian ataques indiscriminados contra viviendas, hospitales y escuelas, lo que representa un serio quebrantamiento de este principio. Como señala Dinstein, “el incumplimiento de la distinción convierte las hostilidades en actos ilegales indiscriminados” (Dinstein, 2016, p. 105).

El análisis jurídico se complementa con el principio de proporcionalidad y la prohibición de ataques indiscriminados. Realizar ataques sin tomar medidas de precaución o causar daños civiles claramente excesivos frente a una ventaja militar concreta y directa está prohibido y puede constituir crímenes de guerra. Los reportes recientes que muestran destrucción masiva sin evidencia pública de evaluaciones de proporcionalidad generan indicios serios de violaciones y justifican investigaciones penales y responsabilidades estatales (ICJ; HRW; OCHA).

El artículo 51(5)(b) del Protocolo I prohíbe ataques que produzcan pérdidas civiles excesivas en comparación con la ventaja militar prevista. Las operaciones militares en Gaza han provocado grandes daños a civiles, evidenciando un uso desproporcionado de la fuerza. Cassese resalta que “la proporcionalidad debe evaluarse en función del equilibrio entre necesidad militar y humanidad” (Cassese, 2005, p. 417).

Así pues, la privación deliberada de recursos esenciales para la supervivencia civil —como el acceso a alimentos, combustible y atención médica— cuando se utiliza como método de hostigamiento o castigo colectivo, viola el DIH y normas penales internacionales. La documentación de bloqueos y obstáculos al auxilio humanitario no solo representa una grave violación legal, sino que también implica riesgos masivos como hambre y colapso sanitario, cuya provocación intencionada podría considerarse un acto orientado a la destrucción física de parte de la población protegida (Amnesty; OCHA; ICRC).

El artículo 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949 prohíbe de manera explícita los castigos colectivos. El bloqueo prolongado de Gaza y las restricciones al ingreso de suministros esenciales pueden considerarse una forma de castigo colectivo ejercido contra la población civil. En este sentido, Roberts (2017) afirma que “el bloqueo total o parcial que impide la supervivencia mínima de la población civil constituye una acción ilícita conforme al Derecho Internacional Humanitario” (Roberts, 2017, p. 229).

Las situaciones de desplazamiento forzado masivo y la demolición de viviendas implican responsabilidades tanto en el ámbito penal (posibles crímenes con-

tra la humanidad y expulsión forzada) como en la responsabilidad internacional del Estado. Cuando las autoridades o fuerzas militares ordenan evacuaciones forzadas, destruyen zonas residenciales o crean condiciones de vida insostenibles, existen elementos objetivos que, combinados con una posible intención general de afectar a la población protegida, deben ser investigados de acuerdo con los estándares internacionales sobre la protección de civiles en conflictos armados (OCHA; HRW).

El DIH protege expresamente los bienes esenciales para la supervivencia civil, según el artículo 54 del Protocolo I. La destrucción de infraestructuras vitales como plantas de agua potable y hospitales en Gaza implica el incumplimiento de esta protección. Greenwood (2010) señala que “atacar infraestructuras críticas sin una justificación militar directa es incompatible con la obligación de minimizar el impacto del conflicto armado en la población civil” (Greenwood, 2010, p. 164).

De lo dicho, una evaluación completa de las conductas estatales y de actores armados debe considerar no solo los actos materiales, sino también el contexto normativo y comunicativo —como discursos, órdenes públicas y prácticas administrativas— que puedan revelar una política o predisposición dirigida a la destrucción física de un grupo protegido. La doctrina especializada destaca que la tipificación de crímenes internacionales, incluyendo el genocidio, requiere un análisis acumulativo y contextualizado de las pruebas materiales y testimoniales (Schabas; Kreß; Cassese).

Configuración de un genocidio

Aunque no todas las violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) equivalen a genocidio, ciertos actos podrían encuadrarse en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, especialmente cuando hay intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Schabas destaca que “la intención genocida puede deducirse de la magnitud sistemática y la naturaleza de los ataques dirigidos contra la población civil” (Schabas, 2009, p. 153).

El análisis de los hechos recientes en Gaza permite identificar acciones que podrían constituir actos genocidas conforme a los criterios de dicha Convención. Estos criterios incluyen, por un lado, el *actus reus*, como matanzas, lesiones graves o la creación de condiciones de vida incompatibles con la sobrevivencia y, por otro, el *dolus specialis*, es decir, la intención específica de destruir en todo o en parte a un grupo protegido. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado en diversas ocasiones que esta intención puede inferirse a partir de la sistematicidad de los actos, declaraciones de los responsables o un patrón de conducta consistente y persistente (CIJ, 2024).

Primero, la matanza masiva de civiles representa la prueba más evidente. Informes de organismos internacionales y ONG han registrado decenas de miles de muertes civiles como resultado de bombardeos y ataques aéreos en zonas con alta densidad poblacional (Human Rights Watch, 2024). Según Schabas (2009), este patrón es relevante porque el genocidio no exige la eliminación total del grupo, sino de una parte significativa del mismo (p. 153).

Segundo, se documenta la destrucción sistemática de infraestructuras esenciales —como viviendas, hospitales, escuelas y plantas de agua potable—, lo que infringe el artículo 54 del Protocolo Adicional I de 1977 y constituye actos que deterioran gravemente las condiciones de vida de la población civil (Greenwood, 2010). Greenwood (2010) destaca que el ataque a infraestructuras críticas, sin una justificación militar inmediata y directa, resulta incompatible con el principio de humanidad en el Derecho Internacional Humanitario (p. 164).

El bloqueo y las restricciones para el ingreso de ayuda humanitaria han provocado un colapso en el sistema de salud y una crisis alimentaria de gran magnitud. Según la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), estas acciones han impedido que la población civil pueda satisfacer sus necesidades básicas, lo que podría considerarse como la imposición de condiciones de vida destinadas a causar la destrucción física, conforme al artículo II(c) de la Convención de 1948. Roberts (2017) advierte que estos bloqueos, al privar a la población de recursos esenciales, constituyen una forma ilegal de castigo colectivo (p. 229).

Casi todos los hospitales de Gaza han dejado de funcionar. A mediados de junio de 2024, solo 13 de los 36 hospitales estaban funcionando de manera parcial (OMS). Todas las escuelas en Gaza han cerrado. Más de 410 instalaciones escolares (muchas utilizadas como refugios) han sido dañadas o destruidas (UNICEF y UNRWA). El 90 % de la población carece de acceso adecuado a agua potable. La mayoría de las plantas de tratamiento de agua y redes de alcantarillado han sido destruidas o dañadas, provocando brotes de enfermedades (OCHA; UNICEF).

Por último, el elemento subjetivo o *dolus specialis* debe evaluarse tomando en cuenta declaraciones públicas oficiales, la repetición sistemática de ataques y las políticas implementadas. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su orden de medidas provisionales en el caso Sudáfrica contra Israel (2024), admitió la posibilidad de que los hechos denunciados constituyeran genocidio y estableció medidas para evitar daños irreparables a la población palestina. Aunque esta decisión no implica un juicio de fondo, representa un reconocimiento judicial de la existencia de indicios suficientes para investigar la posible comisión de genocidio.

Discusión

Los resultados de este estudio permiten afirmar que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) registradas en Gaza no son incidentes aislados, sino que forman parte de un patrón sistemático de conductas que contravienen los principios esenciales de distinción, proporcionalidad y humanidad. Esta conclusión coincide con la postura de Dinstein (2016), quien enfatiza que la falta de distinción en las operaciones bélicas transforma dichas acciones en actos ilegales de carácter indiscriminado. La persistencia de ataques contra infraestructura civil vital, junto con bloqueos prolongados que dificultan la supervivencia de la población, evidencia una serie de prácticas que sobrepasan el nivel de simples violaciones al DIH.

Desde un enfoque jurídico internacional, el análisis demuestra que estas conductas no solo podrían constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, sino que, en ciertas circunstancias, podrían cumplir con los criterios del genocidio según lo establecido en la Convención de 1948. La doctrina de Schabas (2009) es especialmente relevante al señalar que la intención genocida puede deducirse no solo de expresiones explícitas, sino también de la magnitud, sistematicidad y naturaleza de los ataques. En el caso de Gaza, la cantidad significativa de muertes civiles, la destrucción de bienes esenciales para la vida y las condiciones impuestas a la población permiten contemplar la posible existencia del elemento subjetivo del genocidio, conforme lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia (2024).

Los resultados de la investigación coinciden con los reportes recientes de organismos internacionales y organizaciones defensoras de los derechos humanos (HRW, 2024; Amnesty, 2024), que señalan patrones de exterminio y prácticas de castigo colectivo dirigidas contra la población palestina. Aunque el umbral probatorio para calificar legalmente el genocidio es elevado, la acumulación de evidencias tanto materiales como contextuales pone de manifiesto una tendencia cada vez más definida hacia la categorización de estas conductas dentro de esa figura jurídica.

Además, los hallazgos reafirman la importancia de la teoría de responsabilidad internacional del Estado formulada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001. Las acciones registradas no solo implican responsabilidad penal individual para quienes las ordenan o ejecutan, sino que también vinculan la responsabilidad internacional de los Estados involucrados, ya sea por acción directa o por complicidad al permitir o facilitar tales actos. En este aspecto, el debate doctrinal de Kreß sobre la interpretación estricta del delito de genocidio se complementa con la necesidad de adoptar un enfoque más amplio en cuanto a la responsabilidad estatal, en especial cuando se trata de obligaciones erga omnes.

La investigación indica que los mecanismos internacionales de protección, particularmente la Corte Penal Internacional y la Corte Internacional de Justicia, enfrentan limitaciones de carácter práctico y político que dificultan una respuesta efectiva. Esta conclusión coincide con lo expresado por Cassese (2005), quien señaló que la efectividad del derecho penal internacional depende de la voluntad política de los Estados y de la comunidad internacional en general. Por ello, se subraya la necesidad urgente de fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas, no solo para sancionar a los responsables, sino también para impedir la repetición de violaciones graves que ponen en riesgo la vigencia de las normas de *ius cogens*.

Conclusiones

Primero. Las transgresiones sistemáticas al Derecho Internacional Humanitario en Gaza van más allá de infracciones aisladas, formando un patrón de acciones que violan los principios de distinción, proporcionalidad y humanidad. Estas conductas, al afectar de forma reiterada a la población civil y a bienes esenciales para su subsistencia, constituyen graves crímenes internacionales que implican tanto la responsabilidad penal individual como la responsabilidad internacional de los Estados.

Segundo. La caracterización del genocidio es jurídicamente viable conforme a la Convención de 1948, dado que los hechos constatados —la matanza masiva de civiles, la destrucción de infraestructura clave y la imposición de condiciones de vida que impiden la supervivencia— permiten deducir la existencia del elemento intencional específico (*dolus specialis*). Esta situación respalda las observaciones preliminares de la Corte Internacional de Justicia, que ha subrayado la urgencia de evitar daños irreparables al pueblo palestino.

Tercero. El conflicto en Gaza evidencia las deficiencias presentes en los mecanismos internacionales de rendición de cuentas, especialmente en la Corte Penal Internacional y en los órganos judiciales de Naciones Unidas, cuya eficacia está condicionada por la cooperación y la voluntad política de los Estados. Por ello, es fundamental fortalecer el sistema internacional de protección y asegurar la aplicación efectiva de las normas de *ius cogens*, como una salvaguarda esencial contra violaciones graves que impactan a toda la comunidad internacional.

Referencias

AMNESTY INTERNATIONAL

2024 *Amnesty concludes Israel is committing genocide in Gaza* (5 diciembre). Amnesty International.

2024 *You feel like you are subhuman: Israel is committing genocide against Palestinians in Gaza*. Amnesty International.

CASSESE, A.

2005 *International Law* (2.^a ed.). Oxford University Press.

2008 *International Criminal Law* (2nd/3rd ed.). Oxford University Press.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

2024 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (South Africa v. Israel), Order on Provisional Measures (26 de enero de 2024).

DINSTEIN, Y.

2016 *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (3.^a ed.). Cambridge University Press.

GREENWOOD, C.

2010 *Essays on War in International Law*. Cameron May.

HUMAN RIGHTS WATCH

2024 *Israel's crimes against humanity in Gaza*. Human Rights Watch.

2024 *Israel's Crime of Extermination: Acts of Genocide in Gaza*. HRW.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC)

2024–2025 *IHL Challenges Report; declaraciones públicas sobre Gaza*. ICRC.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

2024 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (South Africa v. Israel): Orders / Provisional Measures. CIJ.

OFICINA DE COORDINACIÓN DE ASUNTOS HUMANITARIOS (OCHA)

2024 *Humanitarian Situation Updates — Gaza*. Naciones Unidas.

2024–2025 *Humanitarian Situation Updates — Gaza Strip*. OCHA.

ROBERTS, A.

2017 *Laws of War and the Modern Battlefield*. Routledge.

SCHABAS, W. A.

2000 *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge University Press.

2009 *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (2.^a ed.). Cambridge University Press.

La dignidad humana como principio esencial de los derechos humanos: una reflexión contemporánea desde la teología del cuerpo

Human dignity as an essential principle of human rights: a contemporary reflection from the theology of the body

José María Herrera Albino

Abogado independiente, Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, Cusco, Perú
chem.herrera07@gmail.com

Resumen

Este artículo ofrece una reflexión profunda sobre el fundamento antropológico y jurídico de la dignidad humana como base primigenia, esencial e inalienable de los derechos humanos, con especial énfasis en el derecho a la vida desde la perspectiva de la Teología del Cuerpo de San Juan Pablo II, todo ello frente a la creciente tendencia a interpretar la dignidad humana de manera subjetiva. Por lo que se propone que la dignidad humana debe ser vista desde un todo integral, por constituir un hecho ontológico, es decir, como una unidad de cuerpo y alma, creada a imagen y semejanza de Dios, cuya vida posee un valor absoluto desde la concepción hasta la muerte natural. Del mismo modo, se analizan los marcos jurídicos nacionales e internacionales, así como los casos más emblemáticos en el contexto peruano que evidencian tensiones entre la protección de la vida y otros derechos en disputa. Asimismo, este artículo propone una reflexión sobre la defensa coherente y fundamentada de la vida como principio no negociable de los derechos humanos, que supone un imperativo ético, social y, sobre todo, jurídico.

Palabras clave: Dignidad humana, Derecho a la vida, Teología del cuerpo, Aborto, Eutanasia, Derechos humanos.

Abstract

This article offers a in-depth reflection on the anthropological and legal foundation of human dignity as the primary, essential, and inalienable basis of human rights, with special emphasis on the right to life from the perspective of the Theology of the Body of Saint John Paul II, in light of the growing tendency to interpret human dignity subjectively. It is proposed that human dignity should be understood holistically, as an ontological reality-that is, as a unity of body and soul-created in the image and likeness of God, whose life is attributed absolute value from conception to natural death. The study also examines national and international legal frameworks, as well as emblematic cases in the Peruvian context that identify tensions between the protection of life and other competing rights. Furthermore, the article reflects on the coherent and well-founded defense of life as a non-negotiable principle of human rights, representing an ethical, social, and, above all, legal imperative.

Keywords: Human dignity, Right to life, Theology of the Body, Abortion, Euthanasia, Human rights.

Introducción

La dignidad humana constituye el centro de los derechos humanos que, a su vez, constituyen el núcleo de las constituciones democráticas modernas y del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, su fundamento antropológico está siendo erosionado por visiones ideológicas que diluyen su contenido, especialmente en lo que respecta al derecho a la vida.

En ese sentido, el debate contemporáneo sobre los derechos humanos se ha enfocado principalmente en la protección de los mismos frente a la consolidación de diversas prácticas sociojurídicas que vulneran los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida en sus etapas más vulnerables, como son la concepción y la vejez, mediante prácticas disruptivas como el aborto, la eutanasia o la manipulación genética. Por lo que se hace imprescindible y urge revisar los fundamentos antropológicos sobre los que se basan los derechos humanos.

Por tanto, resulta urgente retornar a una visión antropológica jurídica sólida que ofrezca fundamentos objetivos para la dignidad humana como principio esencial de los derechos humanos. Al respecto, la Teología del Cuerpo, formulada por San Juan Pablo II, aporta una visión integral de la persona humana que puede iluminar de manera renovadora el debate jurídico sobre los derechos humanos, con especial atención a la vida como derecho fundamental e indisponible.

Desde esta mirada, la dignidad humana no se basa en condiciones subjetivas, sino en el hecho ontológico del ser humano: haber sido creado a imagen y semejanza de Dios y constituir un don de vida, lo que exige el reconocimiento y la protección jurídica de la misma en todas sus etapas. Cabe recalcar que este artículo no se trata de una mera reflexión religiosa, sino de una propuesta antropológica de la persona humana con implicancias éticas y jurídicas sustantivas que protegen la dignidad y, por ende, la vida misma de la persona.

A ello, resalta que, sin el cuidado y protección del derecho a la vida, ningún otro derecho posee fundamento o es objeto de derecho que pueda ejercerse y/o protegerse. Es en ese sentido que este principio debe estar al centro del debate jurídico, ético y social, en busca de su máxima protección, especialmente en aquellos espacios donde se discuten temas tan delicados como el derecho al aborto, la eutanasia y la manipulación genética, todos ellos atentatorios del derecho por excelencia: la vida.

Es por ello la importancia de recuperar esa visión integral del ser humano, que reconozca su dignidad intrínseca desde la concepción hasta la muerte natural (Pontificio Consejo para la Familia, 2006), y redefinir lo que entendemos por “dignidad humana” para comprender el propósito primigenio de los derechos humanos.

La dignidad humana como fundamento ontológico del Derecho

La noción de dignidad humana constituye el núcleo ético-jurídico que justifica la existencia misma de los derechos humanos. Sin embargo, su uso actual en muchos entornos jurídicos y políticos tiende a reducirla a una cuestión de autonomía personal, bienestar o funcionalidad, disociándola de su realidad ontológica: su corporeidad, su fin trascendente y su relacionalidad. Esta visión reduccionista abre la puerta a justificar prácticas como el aborto o la eutanasia bajo la premisa de “libertad personal”, desconociendo la dignidad intrínseca de todo ser humano por el mismo hecho de serlo.

Desde la perspectiva de la Teología del Cuerpo, esta ofrece una respuesta sólida: la dignidad no es concedida ni atribuida por la ley o el consenso social, sino reconocida en virtud de una verdad previa. Cada ser humano es persona desde el momento de la concepción, portador de una dignidad inviolable expresada a través de su corporeidad, que es el lenguaje visible de su alma. “El cuerpo —afirma Juan Pablo II— es capaz de hacer visible lo invisible” (Audiencia General, 20 de febrero de 1980). En ese sentido, la dignidad de la persona humana no depende de su funcionalidad, desarrollo o capacidad de decidir, sino del hecho mismo de haber sido creada a imagen y semejanza de Dios, con un cuerpo que expresa su identidad y vocación al amor (San Juan Pablo II, 1980). Desde esta

mirada, el cuerpo posee un valor intrínseco, no meramente funcional o utilitario, al cual se reduce actualmente.

Al respecto, esta concepción ontológica y relacional de la dignidad humana reclama su traducción en normas jurídicas que reconozcan y protejan al ser humano en todas sus fases, desde la concepción hasta su muerte natural. Si el derecho desconoce esta dignidad inscrita en la biología y la vocación relacional del cuerpo, se convierte en una construcción arbitraria y utilitarista, por lo que cualquier forma de cosificación, instrumentalización o eliminación del cuerpo humano, como ocurre en el aborto o la eutanasia, constituye una negación de su dignidad.

Por ello, una verdadera cultura jurídica debe traducir esta visión en políticas públicas, legislación y jurisprudencia que respeten la inviolabilidad de la vida y la centralidad del cuerpo como expresión de la persona, lo cual no es más que reconocer el principio de igual dignidad jurídica de todos los seres humanos, fundamento del derecho a la vida y demás consecuentes.

El derecho a la vida: derecho primero, no negociable

El derecho a la vida es el fundamento de todos los demás derechos. Sin su reconocimiento y protección efectiva, los demás derechos se vuelven ilusorios. Este principio ha sido consagrado en instrumentos como:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3): “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6): “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (art. 4.1): “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (OEA, 1969).

Al respecto, nuestra Constitución peruana (art. 1) establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y el Tribunal Constitucional ha reafirmado la protección constitucional del concebido como sujeto de derecho (Exp. N.º 02005-2009-PA/TC), sosteniendo que “el concebido es sujeto de derecho con protección constitucional expresa” y reconoció su derecho a la vida como bien jurídico tutelado.

Sin embargo, diversas iniciativas legislativas, presiones políticas y decisiones judiciales han intentado reinterpretar y relativizar este principio. Por ejemplo,

la aprobación del protocolo de aborto terapéutico ha ampliado arbitrariamente las causales para abortar, mientras que el caso Ana Estrada permitió la eutanasia activa, debilitando el principio de inviolabilidad de la vida, pese a la tipificación penal del homicidio piadoso en el artículo 112° del Código Penal. Es así que esta decisión judicial ha generado un fuerte debate ético y jurídico, pues, si bien se apeló al principio de autonomía, se dejó de lado el deber y obligación del Estado de proteger a toda costa la vida, particularmente en contextos de vulnerabilidad (Poder Judicial del Perú, 2021).

Igualmente, en 2023, la Comisión de Justicia del Congreso debatió proyectos de ley para despenalizar el aborto en casos de violación, argumentando un conflicto de derechos entre la madre y el concebido. Esta postura, sin embargo, desconoce la igual titularidad de derechos fundamentales y promueve una lógica de derechos en competencia, que mina el principio de indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos.

Al respecto, aceptar el aborto como un “derecho” enfrenta el propósito y génesis de los derechos humanos, pues introduce una lógica de exclusión en el seno de un discurso nacido precisamente para incluir a los más vulnerables. Una genuina actitud provida no es ideológica, sino coherente con los principios fundacionales del derecho: proteger al inocente, promover el bien común y tutelar la dignidad sin discriminación.

A pesar de ello, en el plano práctico, se han puesto en práctica estas conductas atentatorias contra la vida, relativizando estos principios a través de legislaciones que permiten eliminar la vida humana en sus fases más débiles. De este modo, se ha relativizado el derecho a la vida del concebido, como si fuese un derecho negociable. Todo ordenamiento jurídico auténtico debe proteger el bien fundamental y supremo sin el cual ningún otro derecho puede ejercerse: la vida.

Frente a estos desafíos, la Teología del Cuerpo nos ofrece una mirada humanista y profunda sobre el respeto y la defensa de la vida, la cual no es una imposición, sino una expresión de verdadero amor, firme y orientado, que protege, cuida y respeta incluso cuando la persona no puede defenderse a sí misma (Pontificio Consejo para la Familia, 2006). Desde esta mirada, la vida no es un bien disponible ni negociable, sino un don recibido que merece ser protegido, ya que afirma la sacralidad del cuerpo humano desde su origen, nos recuerda que la vida comienza en el instante de la concepción y que cada ser humano es portador de dignidad inalienable desde ese momento. Señalar que no se trata de una afirmación religiosa aislada, sino de una constatación antropológica y biológica trascendente.

Desde la primera célula, el ser humano posee una identidad genética y una vocación relacional inscrita en su corporeidad. La distinción entre “vida biológica” y “vida personal” no se sostiene ni desde la biología ni desde la antropología

cristiana. El cuerpo no es propiedad del individuo ni del Estado, sino el lugar donde la persona se revela y realiza su vocación al amor y a la comunión. En ese sentido, el cuerpo humano no es una “cosa” ni un “potencial”, sino ya una persona en acto. Esta perspectiva ofrece una base objetiva para la protección jurídica de los no nacidos, superando el subjetivismo de las categorías de “persona” o “sujeto de derecho” que dependen de criterios externos o arbitrarios.

Desde luego, proteger y defender la vida desde la concepción hasta la muerte natural no es un dogma religioso, sino un principio de justicia y trato digno de la persona por ser ella misma, por representar un quién y no un algo. Una sociedad que justifica la eliminación del más débil, ya sea por enfermedad, discapacidad, falta de acceso o deseo, termina debilitando la estructura fundamental del derecho. Es así que no puede haber derechos humanos si se excluye del círculo moral y jurídico al ser humano más indefenso (San Juan Pablo II, 1980). En consecuencia, tampoco pueden existir normas amoraless que pretendan quitar la esencia de la persona humana: la dignidad.

Casística peruana: dilemas bioéticos y desafíos normativos

Como se había comentado anteriormente, en el ámbito peruano tenemos algunos casos emblemáticos que ameritan la defensa del derecho a la vida:

Protocolo de Aborto Terapéutico

El Protocolo de Aborto Terapéutico (MINSA, 2014) ha sido objeto de críticas por establecer causales amplias y subjetivas, particularmente en lo relativo a la salud mental de la gestante. La Asociación Médica Pro-Vida ha denunciado que el protocolo se ha utilizado como puerta abierta al aborto por razones sociales encubiertas, sin criterios médicos estrictos. Este protocolo fue presentado como una medida excepcional para proteger la salud de la madre. Sin embargo, su ambigüedad, especialmente en torno a la salud mental, ha facilitado su uso como vía para prácticas abortivas no justificadas médicamente. Ello debilita la protección jurídica del no nacido y contradice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Proyecto de eutanasia (Caso Ana Estrada)

En 2021, el Poder Judicial autorizó el pedido de Ana Estrada para acceder a la eutanasia, despenalizando el acto para los médicos que lo ejecuten (Exp. N.º 00263-2020-PHC/TC). Este caso representa un hito preocupante al introducir una excepción judicial a la norma penal que protege la vida (art. 112 del Código Penal). Desde una visión pro-vida y de dignidad integral, se argumenta que la solución al sufrimiento no es la eliminación del paciente, sino la garantía de sal-

vaguardar la vida mediante el uso de cuidados paliativos dignos. Esta sentencia marcó un quiebre en la doctrina jurídica peruana, subordinando la protección de la vida al principio de autonomía individual, sin considerar el deber del Estado de proteger a los más vulnerables.

Ambos casos ilustran cómo la dignidad humana puede ser reinterpretada de forma utilitaria, abriendo grietas en el edificio de los derechos humanos.

Jurisprudencia internacional sobre el derecho a la vida

La jurisprudencia internacional ha abordado reiteradamente el derecho a la vida como fundamento esencial de los derechos humanos, reconociendo su carácter inviolable y no negociable.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), abordó el inicio de la vida humana y su protección jurídica. Aunque la Corte sostuvo una interpretación que permitió técnicas de fertilización *in vitro*, también reconoció que la vida prenatal merece protección, aunque no necesariamente igual a la vida nacida, lo cual ha generado debate en sectores provida (Corte IDH, 2012).

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido una postura más restrictiva en cuanto al reconocimiento del embrión como sujeto de derechos. En el caso *Vo vs. Francia* (2004), el Tribunal señaló que no existe un consenso europeo sobre cuándo comienza la vida; por lo tanto, los Estados tienen un margen de apreciación para legislar al respecto (TEDH, 2004).

Estas decisiones reflejan la necesidad de una fundamentación más clara y coherente sobre la dignidad humana desde la concepción. Frente a interpretaciones ambiguas o utilitaristas, la Teología del Cuerpo ofrece un marco antropológico sólido que puede enriquecer el marco jurídico del derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, amerita revisar profundamente el concepto de los derechos humanos y su jurisprudencia desde el principio de indivisibilidad y universalidad de los derechos, reconociendo que la vida es el primero de todos y sin el cual ningún otro derecho es posible (Naciones Unidas, 1966).

Implicaciones jurídicas y sociales de una antropología integral

Aceptar que el cuerpo humano posee dignidad desde la concepción implica serias consecuencias prácticas jurídicas y sociales, ya sea en el derecho constitucional, penal, bioética, políticas públicas, entre otras ciencias y ramas de las ciencias. En ese sentido, la coherencia con el principio de dignidad requiere:

- Proteger jurídicamente la vida desde la fecundación hasta la muerte natural.

- Reconocer y garantizar la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios ante leyes que impliquen la eliminación de vidas humanas.
- Promover políticas de apoyo a la maternidad vulnerable, alternativas reales al aborto y programas educativos centrados en la dignidad del cuerpo y la sexualidad.
- Evitar una legislación basada en criterios utilitarios (como la “calidad de vida”) que, lejos de proteger, excluyen y discriminan a los más frágiles.
- Reformar la legislación penal y sanitaria para asegurar la protección efectiva del concebido.
- Fortalecer la educación sexual integral centrada en la verdad del cuerpo y su apertura al amor.
- Fomentar políticas públicas que defiendan y fortalezcan la vida de la persona y, en consecuencia, de la familia como fin último de la sociedad.

Una legislación justa debe tener como principio rector la inviolabilidad de la dignidad humana, no su reinterpretación desde intereses políticos o ideológicos. El marco jurídico actual enfrenta desafíos crecientes ante las nuevas tecnologías biomédicas, ideologías de género y legislaciones que disocian derechos y deberes. Es así que una visión provida coherente del derecho implica políticas públicas que contribuyan sustantivamente a la reflexión sobre la persona humana y sus derechos como centro de la sociedad.

Por tanto, la defensa de los derechos humanos requiere una mirada filosófica y antropológica jurídica centrada en la verdad del hombre, su dignidad encarnada y su vocación al amor. De esa manera, se evitará caer en contradicciones y se cubrirán los diversos vacíos de la ley al proteger a unos mientras se despoja de humanidad a otros, teniendo claro aquellos principios y derechos irrenunciables, inviolables, universales e indivisibles consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el derecho a la vida.

En tal sentido, el derecho no puede construirse sobre bases subjetivas o ideológicas, sino sobre la verdad del ser humano. La Teología del Cuerpo nos recuerda que no es posible una justicia auténtica si no se reconoce la dignidad inalienable de cada persona, especialmente de los más débiles. Así, una legislación verdaderamente justa debe incluir a todos, sin excluir a los no nacidos, los enfermos terminales o las personas con discapacidad. Cualquier ordenamiento jurídico que niegue derechos a estos grupos debilita su propia legitimidad.

Conclusiones

La dignidad humana y el derecho a la vida del ser humano son los pilares innegociables del edificio jurídico de los derechos humanos. Estos no derivan del

reconocimiento jurídico, ni de construcciones ideológicas, ni de concesiones estatales negociables, ni mucho menos de productos culturales, sino de la verdad antropológica y ontológica del ser humano, previas al derecho, el cual está llamado a reconocer y proteger.

Es así que, en tiempos en que los derechos humanos se ven instrumentalizados o fragmentados, urge volver a una concepción integral de la persona, en la que toda vida humana sea afirmada sin excepciones. Solo desde esta base es posible construir un verdadero Estado de Derecho que sea, ante todo, un Estado de justicia para los más vulnerables. Por ende, la dignidad humana debe ser el punto de partida en la aplicación del derecho. En base a esta premisa, la vida no es una cuestión de funcionalidad, sino del propio ser de la persona desde su concepción hasta su muerte natural, principio fundamental que debe regir en toda legislación, política pública y sentencia judicial.

Desde la mirada de la Teología del Cuerpo, esta nos ofrece una brújula antropológica en medio de una cultura jurídica que parece fragmentarse por la pérdida de sus fundamentos más esenciales, por lo que nos ayuda a comprender que la vida y el cuerpo son dones que se expresan en el amor, la comunión y el bien común. En tal sentido, la dignidad humana no se concede, sino que se reconoce; por lo que una auténtica defensa de los derechos humanos exige un redescubrimiento de la persona humana y el valor absoluto que posee la misma, respaldada por el derecho.

El respeto del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural, constituye no solo una exigencia ética, sino una obligación constitucional y convencional centrada en su dignidad encarnada. Por tanto, reconocer la dignidad del ser humano en todas sus etapas y condiciones no es una opción ideológica, sino un acto de justicia. En una era de relativismos y subjetivismos, reafirmar la centralidad del cuerpo y de la vida humana es el único camino para construir una cultura jurídica verdaderamente inclusiva, racional y equitativa.

Recomendaciones

Si asumimos la visión integral del cuerpo humano desde la Teología del Cuerpo, que considera que el cuerpo es portador de dignidad desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, se hace necesario y primordial:

- La necesidad de reformar el Código Penal y la legislación sanitaria para reconocer y garantizar la protección eficaz del no nacido desde la concepción y de los adultos mayores en etapa senil.
- Reconocer legalmente el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud frente a prácticas contrarias al derecho a la vida.

- El deber del Estado de garantizar apoyo psicológico, social y económico a las madres gestantes en situación de riesgo, así como a personas con enfermedades graves, permitiendo cuidados y tratamientos paliativos que aseguren la vida de las personas.
- La promoción de políticas públicas de educación sexual integral basada en la verdad del cuerpo y su vocación al amor y la vida, implementando programas educativos que integren estos tres elementos.

Una legislación que excluya a los más vulnerables deja de ser justa. Como enseña Juan Pablo II, “una sociedad será juzgada por la manera en que trata a sus miembros más frágiles” (*Evangelium Vitae*, n. 3). La justicia no se mide por el poder, sino por la protección del más débil.

Referencias

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1993 *Constitución Política del Perú*.

<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/Constitucion-Politica-Peru.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1984 *Interpretación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre*.

JUAN PABLO II

1995 *Evangelium Vitae. Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*. Librería Editrice Vaticana.

MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ

2014 *Guía técnica: Protocolo de aborto terapéutico*.

<https://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/3014.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

1969 *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

2021 *Resolución del caso Ana Estrada: Expediente 00874-2020-0-1801-JR-CI-17*.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA
2006 *El Evangelio de la vida y la ley natural.*

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA
2006 *La familia y los derechos humanos.* Librería Editrice Vaticana.

SAN JUAN PABLO II
1980 *Audiencia general. En La teología del cuerpo: El amor humano en el plan divino* (20 de febrero). Librería Editrice Vaticana.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
2009 *Sentencia del Exp. N.º 02005-2009-PA/TC.*
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>
2022 *Exp. N.º 00263-2020-PHC/TC* (Ana Estrada).
<https://www.tc.gob.pe>

Violencia de género y justicia con enfoque interseccional: avances y desafíos normativos en América Latina

Gender-based violence and justice with an intersectional approach:
normative advances and challenges in Latin America

Yremy Vanessa Galindo Luque

Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú
024200025k@uandina.edu.pe

Resumen

El acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en situación de pobreza continúa siendo una problemática urgente en el contexto peruano. Este estudio tuvo como objetivo analizar las barreras estructurales que enfrentan estas mujeres al momento de buscar protección y reparación en el sistema de justicia. Se empleó una metodología cualitativa, con nivel descriptivo-analítico, mediante el análisis documental de normativa nacional, informes institucionales y jurisprudencia relevante. Los resultados evidencian la persistencia de prácticas revictimizantes por parte de operadores del sistema judicial. Asimismo, se identificó una débil articulación entre las instituciones responsables de la atención integral, lo cual agrava la indefensión de las víctimas. Si bien es cierto, reconocemos avances a nivel normativo y en la formación de operadores de justicia, estos resultan insuficientes frente a la complejidad del fenómeno. Se concluye que es necesario reforzar la implementación de políticas públicas con enfoque de género, garantizar el cumplimiento efectivo de las normas vigentes y diseñar mecanismos de acceso a la justicia que sean sensibles a las condiciones socioeconómicas de las mujeres. Finalmente, nuestro estudio contribuye a visibilizar la necesidad de una respuesta estatal más coherente y estructurada frente a la violencia de género.

Palabras clave: Violencia de género, Acceso a la justicia, Enfoque interseccional, Revictimización estructural, Derechos Humanos.

Abstract

Access to justice for women victims of violence living in poverty remains an urgent issue in the Peruvian context. This study sought to analyze the structural barriers these women face when seeking protection and redress within the justice system. A qualitative methodology with a descriptive-analytical approach was employed, including the documentary analysis of national regulations, institutional reports, and relevant jurisprudence. The results reveal the persistence of revictimization practices by judicial system operators. In addition, a weak coordination among institutions responsible for comprehensive care was identified, which exacerbates the vulnerability of victims. While normative advances and training for justice operators are acknowledged, these measures remain insufficient given the complexity of the phenomenon. The study concludes that it is necessary to strengthen the implementation of public policies with a gender perspective, ensure the effective enforcement of existing regulations, and design access-to-justice mechanisms that are sensitive to the socioeconomic conditions of women. Finally, this research contributes to highlighting the need for a more coherent and structured state response to gender-based violence.

Keywords: Gender-based violence, Access to justice, Intersectional approach, Structural revictimization, Human rights.

Introducción

La Organización de las Naciones Unidas (2023) define la violencia de género como actos perjudiciales cometidos contra una persona o un grupo de personas únicamente por razón de su género. Tiene sus raíces en el abuso de poder, la desigualdad de género y la persistencia de normas negativas. La expresión se utiliza, sobre todo, para llamar la atención sobre la realidad de que las mujeres y las niñas son vulnerables a diversas formas de violencia debido a las disparidades sistémicas de poder basadas en el género.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación es un eje prioritario en los sistemas regionales e internacionales de derechos humanos, tal como lo reconocen instrumentos como la Convención de Belém do Pará y la CEDAW. Estos tratados reflejan un consenso sobre la responsabilidad de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, garantizando un acceso efectivo y no discriminatorio a la justicia como primera

línea de protección frente a estas vulneraciones, en cumplimiento del principio de debida diligencia y con miras a evitar la impunidad.

En América Latina hemos podido observar también algunos cambios; por ejemplo, la legislación argentina ha reconocido la violencia basada en género y orientación sexual como una causal de agravamiento en delitos como el feminicidio (2022). Por su parte, Colombia ha avanzado en protocolos diferenciados para mujeres indígenas; tal es así que, mediante el Acuerdo N.º 019-2023 derivado del Convenio de Cooperación N.º 993 del 2023, se ha creado el modelo de atención multidisciplinario para mujeres indígenas que lleguen a presentar violencia de género, desde una perspectiva de género y derechos humanos (2023). Asimismo, México (2020) ha determinado un protocolo para juzgar con perspectiva de género, con la finalidad de guiar a los operadores de justicia en su obligación de juzgar con perspectiva de género y, sobre todo, para la aplicación de dicho método de análisis para la resolución de controversias. En el caso de Perú, la Ley N.º 30364 —Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar— constituye un hito relevante, ya que incorpora el enfoque de género y, progresivamente, ha sido modificada para incluir lineamientos diferenciados de atención para mujeres en situación de vulnerabilidad; más aún, el Tribunal Constitucional sostiene que la desigualdad que enfrentan las mujeres es un problema estructural que no puede abordarse solo desde una noción formal de no discriminación, sino que debe ampliarse hacia un enfoque sustantivo que reconozca a los grupos históricamente desventajados, integrando factores sociales e históricos de exclusión (2017).

A pesar del sólido marco jurídico existente, en América Latina persiste una profunda brecha entre la normativa y la realidad del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia, conforme lo ha señalado la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007), pues la mayoría de casos permanecen en la impunidad, especialmente cuando se trata de mujeres en situación de pobreza, quienes enfrentan barreras estructurales como la falta de recursos legales, la revictimización, la escasa credibilidad de sus testimonios y la ineficiencia institucional. Estos problemas no solo reflejan deficiencias procesales, sino que también evidencian una forma de violencia ejercida desde el propio sistema de justicia, aún insuficientemente conceptualizada como tal.

De esta manera, el presente trabajo tiene por objetivo analizar la manifestación de la “violencia jurídica” o “revictimización estructural” como extensión y potenciador de la violencia de género, pero en lugar de ser provocada por una persona, se ejecuta por el Estado mismo, manifestándose en la ineficacia, la discriminación y el trato inadecuado dentro del sistema de justicia. Este estudio es original en su enfoque al proponer la inclusión de esta conceptualización en

normas de protección a víctimas a fin de que sea reparado, con el propósito de avanzar hacia una justicia verdaderamente efectiva e interseccional. Nuestra hipótesis será entonces que la revictimización estructural, enraizada en patrones socioculturales discriminatorios y exacerbada por la pobreza y la vulnerabilidad, perpetúa la impunidad y desincentiva la búsqueda de justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia. Para alcanzar estos objetivos, se ha optado por una metodología cualitativa, basada en el análisis crítico de normas, jurisprudencia y documentos internacionales vinculados a la protección de los derechos de las mujeres en América Latina.

Material y Método

El presente trabajo se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, de tipo jurídico-dogmático, con un diseño no experimental y de nivel descriptivo y analítico. El objetivo de este trabajo es analizar la manifestación de la violencia jurídica o revictimización estructural como una forma de violencia ejercida desde el sistema de justicia en agravio de las víctimas de violencia en situación de pobreza, a través del estudio del marco normativo, los pronunciamientos jurisprudenciales y los discursos institucionales relevantes.

Para ello, se seleccionó una muestra de tipo intencionada, compuesta por una selección de documentos como: fallos jurisprudenciales, normativa relevante y documentos internacionales sobre derechos humanos y género.

El análisis se realizó a partir del marco teórico del enfoque interseccional y la violencia estructural, con énfasis en la conceptualización de la “violencia jurídica” como una forma de violencia de género ejercida desde el Estado. Se utilizaron como instrumentos matrices de análisis documental, estructuradas en torno a las siguientes dimensiones: i) reconocimiento jurídico de la violencia institucional, ii) barreras estructurales de acceso a la justicia para mujeres en situación de pobreza y iii) respuesta judicial y normativa frente a la revictimización.

La información recolectada fue sistematizada mediante fichas temáticas y tablas comparativas, lo que permitió identificar patrones de omisión, estereotipos institucionales, vacíos normativos y prácticas revictimizantes dentro del sistema de justicia, con especial atención al impacto que estas tienen sobre mujeres en situación de pobreza o vulnerabilidad interseccional.

Resultados

Este estudio pone en evidencia las múltiples dificultades que enfrentan las mujeres víctimas de violencia, especialmente aquellas que viven en situación de pobreza, cuando buscan acceder a la justicia. A partir del análisis realizado, se

han identificado distintas dimensiones del problema: hechos jurídicos concretos, patrones que se repiten en la actuación del sistema y vacíos normativos que dejan a muchas mujeres desprotegidas.

Castillo Vega (2023) nos ayuda a comprender mejor el alcance de este problema, haciendo énfasis en temas de total relevancia, desde la educación jurídica técnica y abstracta hasta un sistema judicial sobrecargado de trabajo y con una financiación inadecuada, considerando que los obstáculos institucionales son el resultado de un sistema judicial que pretende ser exclusivo; por otra parte, el hecho de que muchas mujeres no puedan permitirse pagar a peritos, abogados o transporte es una clara indicación de las limitaciones económicas y la dificultad de acceso a la justicia. Por último, pero no menos importante, las barreras sociales abarcan aspectos más complejos, como las barreras de género o las barreras lingüísticas y culturales en las culturas indígenas. Estas barreras pueden manifestarse en forma de desconfianza, vergüenza, miedo a la incredulidad o simple resignación ante un sistema que históricamente ha ignorado a las víctimas. Esta confluencia de circunstancias no solo impide el acceso a la justicia, sino que también perpetúa las injusticias sistémicas.

En cuanto al marco normativo y obligaciones estatales en materia de violencia de género y acceso a la justicia, podemos nombrar las siguientes:

Consagración internacional y regional del derecho

Como hemos venido señalando, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación ha sido consagrado como un desafío prioritario en los sistemas de protección de derechos humanos a nivel regional e internacional. Así, instrumentos como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará—, el instrumento más ratificado del sistema interamericano, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW (1981)—, reflejan un consenso regional sobre la necesidad de acciones estatales. De esta manera, el sistema interamericano de derechos humanos se fundamenta en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos es la primera línea de defensa de los derechos básicos.

Así, la Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer, incluyendo actos que infligen daños físicos, mentales o sexuales, amenazas, coacción y otras formas de privación de la libertad, ya sea perpetrados por agentes estatales o particulares, en el ámbito comunitario, educativo, laboral, de salud o cualquier otro (Organización de los Estados Americanos, 1994).

Obligación de debida diligencia del Estado

Evidentemente, los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia

para prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos y evitar la impunidad; dicha obligación implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Por su parte, la Comisión Interamericana refiere que la investigación es una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres, y las fallas en esta área suelen impedir u obstaculizar esfuerzos ulteriores para identificar, procesar y castigar a los responsables; reiterando que la ausencia de investigación y sanción constituye un incumplimiento de la obligación estatal (CIDH, 2003).

Finalmente, no debemos dejar de lado el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Espinoza González vs. Perú* (2014), al afirmar que la ineficiencia judicial en los casos de violencia contra las mujeres fomenta la impunidad, propicia la repetición de tales actos y transmite el mensaje de que la violencia contra las mujeres puede ser aceptada y tolerada. Esto promueve la continuación y la aceptación social del fenómeno, los sentimientos y la sensación de inseguridad de las mujeres y su desconfianza permanente en el sistema legal. Por lo tanto, el hecho de que las autoridades no investiguen las posibles motivaciones discriminatorias detrás de un acto de violencia contra las mujeres puede considerarse en sí mismo una discriminación por motivos de género cuando existen indicios claros o sospechas de violencia de género.

Principio de Igualdad y No Discriminación

El acceso a una tutela judicial efectiva debe garantizarse de manera no discriminatoria, conforme lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que implica no solo la ausencia de trato desigual explícito, sino también la obligación de remover los obstáculos estructurales que impiden el acceso real a la justicia. En esta línea, la Convención de Belém do Pará reconoce el derecho de toda mujer a vivir libre de toda forma de discriminación y a ser formada sin patrones estereotipados de comportamiento que perpetúen relaciones de subordinación, conforme ha advertido la autora Susana Villarán (2009).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado esta perspectiva al vincular la obligación de garantizar la igualdad con la necesidad de prevenir la violencia contra las mujeres, analizando el contexto social que condiciona las violaciones a sus derechos. Así, el sistema interamericano ha transitado hacia una concepción de igualdad material o estructural, que reconoce que ciertos sectores, como las mujeres en situación de vulnerabilidad, requieren medidas diferenciadas para lograr una equiparación real en el ejercicio de sus derechos (2007). En consecuencia, aplicar un trato formalmente igualitario puede, en contextos de desventaja, profundizar la exclusión, por lo que resulta jurídicamente exigible adoptar medidas de acción positiva que aseguren un acceso efectivo, digno y sin discriminación a la justicia.

En este entender, podemos afirmar que la discriminación normativa indirecta es un tipo de discriminación que se manifiesta en distinciones arbitrarias o desproporcionadas en la aplicación de normas o políticas que, a primera vista, parecen neutrales, pero ocultan un impacto perjudicial en grupos vulnerables. Por ejemplo, en el caso de las Niñas Yean y Bosico (2005), la Corte IDH señaló que requisitos excesivos y trabas burocráticas en la inscripción tardía de niños provocaban el aumento de niños sin documentación y sin nacionalidad, afectando a los hijos de inmigrantes ilegales.

Por otro lado, resulta necesario desarrollar aquellas circunstancias que consideramos obstáculos estructurales y manifestaciones de violencia institucional y jurídica (revictimización estructural), mismas que hemos individualizado de la siguiente manera:

Impunidad sistemática y la brecha entre norma y realidad

En el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) advirtió que la impunidad es incompatible con las obligaciones que los Estados han contraído en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalando que esta se entiende como la ausencia total de acciones estatales para investigar, perseguir, detener, juzgar y condenar a quienes cometen violaciones de derechos humanos. Además, dicho Tribunal señala que los Estados están obligados a erradicar la impunidad utilizando todos los mecanismos legales a su alcance, ya que su persistencia facilita la repetición sistemática de estas violaciones y deja en absoluta desprotección a las víctimas y sus familias.

Deficiencias en la investigación y el proceso judicial

El IGI o Índice Global de Impunidad correspondiente al año 2024 revela profundas deficiencias en los sistemas de investigación y en los procesos judiciales en América Latina, donde la impunidad alcanza niveles preocupantes en casi todos los indicadores evaluados. En países como México nos encontramos ante una alta impunidad con índices superiores a 46, y en países como Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia se ha determinado un índice de impunidad media con puntuaciones superiores a 33, evidenciando la continuación de una ineficiencia institucional que no se limita a un solo aspecto, sino que atraviesa todas las dimensiones analizadas: desde la falta de estructuras funcionales en el sistema de justicia hasta graves vacíos en la protección de los derechos humanos (2025).

El Índice Global de Impunidad 2024 (IGI) evalúa una dimensión estructural del sistema de justicia de cada país, el cual analiza las capacidades instaladas del Estado para garantizar la procuración e impartición de justicia conforme a las reglas del proceso, midiendo principalmente la impunidad “de derecho”, consi-

derando indicadores como los recursos físicos, jurídicos y humanos disponibles, incluyendo policías, fiscales, jueces, magistrados, marcos normativos de anticorrupción y transparencia, infraestructura penitenciaria y presupuesto destinado al sistema de justicia. Por otro lado, la dimensión funcional se enfoca en la impunidad “de hecho”, al evaluar el desempeño efectivo de las instituciones encargadas de impartir justicia, más allá del marco normativo existente. Así, mientras la dimensión estructural refleja el compromiso de los Estados en la construcción de capacidades institucionales para enfrentar la impunidad, la dimensión funcional mide los resultados sociales concretos derivados de su funcionamiento real, integrando variables que permiten valorar la eficacia del sistema de justicia en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, a fin de ilustrar la información contenida en este informe, procederemos a desarrollar el siguiente cuadro:

Indicador del IGI - 2024	Alemania (Posición N° 01 a nivel mundial)	Uruguay (Posición N° 01 en Latinoamérica)	Perú	México	Colombia
Posición a nivel mundial	1/94	11/94	61/94	81/94	66/94
Puntaje de impunidad	14.93	18.66	33.66	46.19	37.76
Posición global en el sistema de justicia (Dimensión estructural)	9	3	53	64	72
Posición global en el sistema de justicia (Dimensión funcional)	5	17	54	67	20

Fuente: Elaboración propia en base a los datos del IGI – 2024.

El gráfico anterior refleja una diferencia abismal entre aquellos países que priorizan el mejoramiento de su sistema de justicia, frente a países latinoamericanos como Perú, México y Colombia, donde se advierte la incapacidad sistemática para investigar, procesar y sancionar adecuadamente los delitos, debiendo considerar especialmente los ya mencionados contextos de violencia estructural. Por otro lado, las bajas tasas de enjuiciamiento, la ausencia de condenas y las falencias en los procesos de persecución penal generan un clima de impunidad

que no solo perpetúa la violencia, sino que también debilita la confianza ciudadana en el sistema judicial (Revista de Ciencias Sociales, 2016). Además, estas deficiencias se agravan en los contextos de mayor desigualdad y corrupción, donde el acceso a la justicia se convierte en un privilegio más que en un derecho, afectando especialmente a los grupos más vulnerables, como las mujeres en situación de pobreza.

Revictimización de las víctimas y trato inadecuado

Las mujeres víctimas de violencia suelen enfrentar procesos marcados por la revictimización, manifestada en la falta de sensibilidad institucional ante su situación, su género y la gravedad de los hechos denunciados. Además, algunas autoridades tienden a otorgar escasa credibilidad a los testimonios de las víctimas y a brindar un trato inadecuado tanto a ellas como a sus familiares.

La afirmación antes realizada se ve magnificada aún más cuando, en la propia realidad peruana, podemos advertir propuestas legislativas como el Proyecto de Ley N.º 11561/2024-CR, que pretende incorporar en el Código Penal el delito de “denuncia falsa en casos de violencia familiar”, sancionando con penas privativas de libertad a quienes no puedan acreditar fehacientemente los hechos de violencia denunciados. Esta iniciativa, presentada en junio de 2025, parte de la premisa errónea de que existe un “uso indebido” de denuncias de violencia que afectaría principalmente a varones, desconociendo la magnitud de la violencia estructural contra las mujeres en la realidad, más aún de aquellas que no cuentan con la capacidad económica para asegurar una defensa efectiva.

En un contexto en el que se registran decenas de feminicidios al año, miles de casos de violencia contra la mujer, violación sexual y una preocupante cifra de desapariciones de mujeres y niñas, la implementación de una norma de este tipo no haría más que consolidar la impunidad y desalentar las denuncias, generando un nuevo mecanismo de revictimización institucional. Advertimos, pues, que, en lugar de fortalecer la respuesta estatal para garantizar acceso a la justicia y protección efectiva, este proyecto traslada la carga de la prueba a las víctimas, las coloca bajo la amenaza de ser criminalizadas y perpetúa un trato discriminatorio y violento por parte del propio sistema que debería protegerlas.

Barreras socioeconómicas, culturales y geográfica

A todas luces, las mujeres en situación de pobreza enfrentan barreras estructurales múltiples y agravadas que dificultan su acceso efectivo a la justicia, entre las cuales destacan la carencia de recursos económicos para obtener asesoría legal adecuada, acceso a peritajes de parte, así como obstáculos lingüísticos, geográficos, culturales y normativos. En países como Perú, la ausencia de intérpretes y el predominio del medio escrito en los procedimientos judiciales vulneran los de-

rechos de mujeres hablantes de lenguas originarias, cuya tradición es predominantemente oral. A ello se suma la falta de reconocimiento de las prácticas consuetudinarias y la escasa articulación entre la justicia estatal y la comunitaria, lo cual imponen una hegemonía cultural excluyente. Además, el desconocimiento generalizado de los derechos y mecanismos de protección disponibles, junto con la naturalización de la violencia y la inacción de las autoridades, contribuyen a la baja tasa de denuncias. Finalmente, la morosidad judicial y la percepción de lejanía institucional profundizan la desconfianza hacia el sistema, consolidando una justicia inaccesible para las mujeres en contextos de pobreza (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Situación de grupos en particular vulnerabilidad (enfoque interseccional)

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las mujeres indígenas y afrodescendientes enfrentan una situación de especial vulnerabilidad derivada de la confluencia de múltiples formas de discriminación étnica, racial y de género, lo cual se traduce en exclusión estructural y desprotección sistemática. Señala que la invisibilidad estadística constituye una manifestación concreta de dicha exclusión, al impedir el diseño de políticas públicas adecuadas a sus realidades; asimismo, en diversos países, los datos disponibles evidencian que, incluso con niveles educativos similares, las mujeres indígenas ocupan consistentemente los niveles más bajos de ingreso. En el caso de las Hermanas González Pérez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó que el sufrimiento experimentado se agravó por su condición de mujeres indígenas, al no comprender el idioma de sus agresores ni de las autoridades y al enfrentar el rechazo de su propia comunidad, lo que profundizó su revictimización y aislamiento (2007).

Finalmente, hemos visto por conveniente realizar una evaluación sobre los patrones de intervención estatal y experiencias administrativas en el acceso a la justicia, respecto a la cual se advierte que los organismos internacionales, particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han formulado una serie de recomendaciones orientadas a mejorar el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia, entre las que destacan la capacitación y sensibilización de operadores judiciales y policiales, así como la implementación de programas educativos dirigidos a la población en general. Asimismo, se propone la simplificación de los procedimientos penales con el fin de reducir los tiempos procesales y ampliar los canales para la presentación de denuncias. Se ha insistido en la necesidad de eliminar disposiciones legales discriminatorias, especialmente en los delitos sexuales, y formar a los operadores de justicia con un enfoque de género. La Plataforma de Acción de Beijing, por su parte, subraya la obligación estatal de garantizar a las víctimas el acceso a recursos efectivos, incluyendo compensación e indemnización adecuada (CIDH, 2003).

Las iniciativas de capacitación y sensibilización de operadores del sistema de justicia han demostrado avances importantes en el fortalecimiento de las capacidades institucionales con enfoque de género. Experiencias como el proyecto del PNUD o Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Perú, que involucró a funcionarios de alto nivel en la formación, evidenciaron la importancia de una articulación interinstitucional para enriquecer la casuística y la resolución de casos. Asimismo, se han implementado guías metodológicas y programas de formación para operadores judiciales, policiales y del Centro de Emergencia Mujer – CEM (MIMDES Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual, s/f), contribuyendo al fortalecimiento institucional con perspectiva de género. Estos esfuerzos se han complementado con asistencia técnica orientada al desarrollo de indicadores de desempeño y la identificación de buenas prácticas en los módulos judiciales integrados.

En el ámbito de la información y la tecnología, se reconoce que la producción de datos estadísticos confiables y desagregados es una obligación estatal indispensable para diseñar y evaluar políticas públicas efectivas. La revolución digital y el uso de big data ofrecen herramientas para generar información en tiempo real sobre distintos grupos de mujeres, haciendo visible su situación específica. No obstante, la CIDH (2007) manifiesta que uno de los principales retos continúa siendo la conformación de registros únicos e integrados sobre violencia contra las mujeres, que articulen los datos provenientes de diferentes instituciones públicas, respetando al mismo tiempo la privacidad de las víctimas. En este marco, también se ha impulsado la difusión de información mediante productos comunicacionales con enfoque intercultural, como cartillas y spots en lenguas originarias, en el contexto de implementación de la Ley 30364 en Perú; asimismo, se pueden observar diversos informes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con mayor información sobre la realidad peruana.

Además, la violencia de género en entornos digitales ha sido reconocida como un fenómeno creciente que requiere una respuesta legal y política más integral. La Organización de las Naciones Unidas refiere que, de los países latinoamericanos con legislación integral sobre violencia contra las mujeres, solo ocho contemplan esta modalidad, lo cual indica un enfoque aún limitado. Se destaca la necesidad de superar la mera penalización, incorporando medidas de prevención, protección y reparación. En este sentido, el papel de los intermediarios privados, como las plataformas digitales, es crucial para garantizar una respuesta efectiva; sin embargo, persisten deficiencias en la disponibilidad de información clara y accesible en español y portugués sobre cómo denunciar violaciones a los derechos de las mujeres en estos entornos (2023).

Discusión

Los hallazgos del presente trabajo evidencian que, a pesar de los avances normativos en América Latina para erradicar la violencia de género —como la adopción de la Ley N.º 30364 en Perú—, persiste una brecha crítica entre el marco jurídico y su aplicación efectiva. Hemos identificado múltiples obstáculos estructurales que dificultan el acceso a la justicia para las mujeres, especialmente aquellas en situación de pobreza o pertenecientes a grupos históricamente discriminados, teniendo entre los hallazgos más relevantes la existencia de una “revictimización estructural” dentro del sistema de justicia, ejercida por el propio Estado a través de prácticas ineficaces, discriminatorias e insensibles, lo que perpetúa la impunidad.

En este sentido, en este estudio se ha logrado identificar que la violencia jurídica o revictimización estructural es una forma específica y poco visibilizada de violencia de género, que opera desde las propias autoridades y refuerza la exclusión. Lejos de garantizar el derecho a una justicia efectiva, el Estado se convierte en un agente perpetuador de violencia, especialmente cuando no se aplican principios de debida diligencia, igualdad sustantiva o enfoque interseccional, siendo que esta forma de violencia institucional agrava el sufrimiento de las víctimas y desincentiva su búsqueda de protección.

Asimismo, podemos relacionar el presente trabajo de investigación con el diagnóstico realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2007), que señala cómo la impunidad y la ineficacia estatal representan formas de violencia adicionales contra las mujeres. Además, coincide con estudios previos sobre el acceso desigual a la justicia en contextos de pobreza y discriminación interseccional, como los abordados en el caso de las Hermanas González Pérez; además, el presente estudio categoriza esta violencia institucional como “revictimización estructural” para su incorporación normativa.

En cuanto a los resultados, estos reflejan que no basta con el diseño formal de normas protectoras: es indispensable que el sistema de justicia reconozca y corrija sus propios sesgos estructurales y operativos, desde sus primeros operadores hasta llegar a los propios legisladores. Este análisis subraya la urgencia de abordar la violencia institucional como una categoría jurídica autónoma que permita reparación integral a las víctimas y garantice medidas de no repetición. Asimismo, los hallazgos encontrados reafirman que una justicia verdaderamente interseccional requiere acciones diferenciadas y enfoques contextualizados que respondan a las múltiples formas de discriminación que enfrentan las mujeres.

Entre las limitaciones del estudio se encuentra su enfoque eminentemente cualitativo, que, si bien permite un análisis crítico-normativo profundo, no incorpora datos cuantitativos recientes que permitan dimensionar estadísticamente

te la magnitud de la revictimización institucional, sobre todo en el contexto de violencia de género.

Finalmente, resulta recomendable desarrollar investigaciones empíricas que recojan testimonios directos de mujeres que han atravesado procesos judiciales para documentar de forma sistemática las manifestaciones de revictimización estructural. También es necesario analizar la eficacia de las capacitaciones y protocolos con enfoque de género implementados en sistemas procesales nacionales, así como evaluar la integración real del enfoque interseccional en la práctica de los órganos de justicia.

Conclusiones

El presente estudio tuvo como objetivo identificar los principales obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia en situación de pobreza para acceder a la justicia en el Perú, evidenciando cómo factores institucionales, normativos y sociales contribuyen a su revictimización. Así, se observa que persiste una atención deficiente en el sistema de justicia, marcada por la falta de sensibilidad y una limitada capacidad institucional para garantizar una protección efectiva. Estos hallazgos permiten afirmar que, si bien se han dado avances normativos y en la capacitación de operadores, el enfoque aún es insuficiente frente a la complejidad estructural del problema. El aporte de nuestro estudio radica en visibilizar, desde un enfoque jurídico y social, la necesidad urgente de fortalecer las garantías procesales con perspectiva de género, implementar mecanismos de control más rigurosos y replantear las perspectivas institucionales para asegurar un acceso a la justicia digno, eficaz y sin discriminación para las víctimas.

Referencias

CASTILLO VEGA, M.

2023 *Barreras en el acceso a la justicia de víctimas de violencia intrafamiliar en contexto de pareja.*

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/196815/Barreras-en-el-acceso-a-la-justicia-de-victimas-de-violencia-intrafamiliar-en-contexto-de-pareja.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

2001 *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Sentencia de 6 de diciembre de 2001.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_90_esp.pdf

2003 *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44.

- https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/MecInt/20.pdf
- 2005 *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf
- 2007 *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas.*
Obtenido de <https://cidh.oas.org/women/Acceso07/cap1.htm>
- 2014 *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL

- s.f. *Guía de atención integral de los Centros de Emergencia Mujer.*
https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/stapas/GUIA-DE-ATENCION-DE-LOS-CEM.pdf

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO DE COLOMBIA

- 2023 *Modelo de atención multidisciplinario para mujeres que lleguen a presentar violencia de género en el Resguardo La Yuquera, desde una perspectiva de género y derechos humanos.*
<https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/documentos-banco-2024/5.%20Modelo%20de%20Atención%20multidisciplinario.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

- 1981 *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- 2023 *La violencia de género es una de las violaciones más generalizadas de los derechos humanos en el mundo.*
<https://unric.org/es/la-violencia-de-genero-segun-la-onu/>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

- 1994 *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).*
<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública

- 2020 *Lineamientos para la operación de los Centros de Justicia para las Mujeres.*
Gobierno de México.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2017 *EXP. N.º 01272-2017-PA/TC Madre de Dios.*

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

2020 *Protocolo para juzgar con perspectiva de género.*

https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf

UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM)

2022 *Transfemicidios, travesticidios y crímenes por prejuicio en Argentina (2016-2021).*

https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2022/05/UFEM-Informe_sobre_sentencias_trans-1.pdf

VILLARÁN, S.

2009 *El acceso a la justicia para las mujeres.*

<https://corteidh.or.cr/tablas/a22095.pdf>

El reconocimiento legal de la naturaleza como sujeto de derechos: análisis comparado de los modelos de Ecuador y Bolivia

The legal recognition of nature as a subject of rights: comparative analysis of the models of Ecuador and Bolivia

Máximo Yanapa Cornejo

Abogado independiente, Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, Cusco, Perú
korianmaksimov@gmail.com

Resumen

Frente a la crisis climática actual, han surgido cuestionamientos desde distintos sectores de la sociedad que impulsan a repensar la relación entre el ser humano y la naturaleza para efectos de frenar el deterioro ambiental que, argumentan, se ve causado por una visión meramente instrumentalista del medio ambiente, subordinado a los intereses humanos. El *sumaq kawsay* y *suma qamaña* son las piedras angulares de la filosofía andina como fundamentos para posibilitar dicho cambio paradigmático y materializarse el reconocimiento de derechos a la naturaleza, otorgándole personería jurídica y un estatus similar del cual gozan las personas naturales. Ecuador y Bolivia son los pioneros en elevar a dicho rango constitucional e infraconstitucional, respectivamente. En ese sentido, se utilizará, desde el prisma cualitativo, una revisión documental, jurisprudencial y doctrinal que sirve de sustento a estos hitos jurídicos de gran relevancia. El propósito que se busca es analizar, desentrañar y revelar las diferencias y similitudes de dichos cuerpos jurídicos que reconocen a la naturaleza como sujeto de derechos, al amparo del nuevo paradigma del biocentrismo.

Palabras clave: Derechos de la naturaleza, Ecocentrismo, Antropocentrismo, Biocentrismo, Personería jurídica.

Abstract

Facing the current climate crisis, questions have emerged from different sectors of society that encourage rethinking the relationship between human beings and nature in order to halt the environmental deterioration attributed to a purely instrumentalist view of the environment, subordinated to human interests. Sumaq kawsay and suma qamaña are the cornerstones of Andean philosophy as foundations to make possible such a paradigmatic shift and to materialize the recognition of rights for nature, granting it legal personhood and a status similar to that enjoyed by natural persons. Ecuador and Bolivia are pioneers in elevating this to constitutional and infra-constitutional rank, respectively. From a qualitative perspective, a documentary, jurisprudential, and doctrinal review is employed, which serves as the basis for analyzing these highly relevant legal developments. The purpose of the study is to analyze and clarify the differences and similarities of these legal bodies that recognize nature as a subject of rights, under the protection of the new paradigm of biocentrism.

Keywords: Rights of nature, Ecocentrism, Anthropocentrism, Biocentrism, Legal personhood.

Introducción

La coyuntura mundial es una clara manifestación de una grave crisis de la civilización en sus variados ámbitos, como el económico, ideológico y ambiental, y tal como voces autorizadas sostienen, es el fin del régimen capitalista, donde para nada importan el ser ni lo esencial. Elizalde (2009) afirma: “los seres humanos hemos saqueado la naturaleza. Cada día miles de hectáreas de bosque desaparecen, la desertificación avanza a pasos agigantados, cientos de especies animales y vegetales se extinguen y el agujero en la capa de ozono se agranda” (p. 66).

Ante este panorama sombrío, surge en los países latinoamericanos, específicamente en Ecuador y Bolivia, un nuevo derrotero, una nueva esperanza que ancla sus fundamentos en la madre tierra que engendra y alimenta a todos los seres humanos y que permite una nueva mirada, una nueva oportunidad de liberación que tiene como principios fundantes el *allin kawsay*, apartado de visiones occidentales; el buen vivir como norma rectora de culturas milenarias como son las sociedades quechuas y aymaras, en cuyo seno fue una praxis y una visión respetuosa del mundo, lo cual se traducía en vivir en armonía y equilibrio con el entorno.

El *sumaq kawsay* responde a una cosmovisión indígena y esta es su fuente

principal, sin dejar de lado otros conocimientos provenientes de la cultura occidental. Barahona (2020) nos refiere que es “una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en la cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma *Pachamama*, o madre tierra” (p. 12). Para dicho propósito es necesario cambiar el concepto de ciudadanía basado en lo individual liberal por uno que se convierta en colectivo y comunitario.

Nuestro entorno geográfico es claro ejemplo de la simiente de un nuevo enfoque que nos conduce al reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos, dejando de lado los postulados de la visión de Occidente. Pavani (2019) nos dice que “la naturaleza como sujeto de derechos resulta un fenómeno complejo que no se puede analizar aisladamente de los procesos de transformación constitucional y territorial que están interesando a un segmento cultural del área andina” (p. 34).

El acometimiento del presente trabajo tiene como objetivo analizar y reflexionar sobre el código político de Ecuador, que es la más representativa de este cambio, que deja por un lado la visión antropocéntrica para decantarse por una visión ecocéntrica y una nueva concepción de los derechos que incluyen a sujetos animados e inanimados. Si bien es cierto que Bolivia no acoge los derechos de la naturaleza al interior de su carta magna, sí es ratificado por la impronta del legislador a través de dos leyes sobre la madre tierra.

El presente artículo describe y analiza críticamente las constituciones de Bolivia y Ecuador, relacionándolas con la visión de mundo de la *Pachamama* y del buen vivir, asumiendo como herramienta metodológica los lineamientos del enfoque cualitativo, y, para dicho efecto, se revisará el material documental, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, a fin de establecer el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y repensar y construir una nueva relación del Estado y sus ciudadanos con los recursos naturales, que ya no se sustenta en la voraz explotación que es parte del sistema económico, sino en reconocer el valor inobjetable de la naturaleza para su mejor protección y cuidado en igualdad de condiciones con los seres humanos.

Material y Método

El abordaje de esta investigación se realizó bajo el prisma del enfoque cualitativo. Bautista (2011) nos dice que es “una metodología que busca presentar elementos que nos conduzcan a dar respuestas y explicaciones sobre los eventos y acontecimientos que rodean al hombre”. Para dicho cometido se ha hecho uso del análisis documental y hermenéutico, el cual se materializó a través de la recopilación de información teórica que guarda conexión con el problema que

se investigó; a su vez, fue objeto de interpretación con la ayuda del análisis de las fuentes o referencias bibliográficas.

Para ir desbrozando el camino, se ha deslindado con los conceptos de antropocentrismo, biocentrismo y ecocentrismo, colocando al ser humano como eje principal y clave para el armazón jurídico y titular de derechos exclusivos. Asimismo, se plasmaron posturas filosóficas y jurídicas tales como la filosofía de la liberación, la filosofía andina, el derecho indígena y el pluralismo jurídico; se procedió con la cortedad sin descuidar lo esencial de estos saberes que apuntalan la presente investigación.

En cuanto concierne al ámbito de la técnica, se tuvo que utilizar la observación directa, que permitió la intermediación con las fuentes bibliográficas, doctrinarias, jurisprudenciales y otros materiales necesarios para la comprensión del presente fenómeno.

Resultados

Bolivia y Ecuador son dos de los países del contexto latinoamericano cuyas nuevas Constituciones son las que exhiben los principales cambios en su organización interna, las que patentizan su rechazo frente a tradiciones constitucionales de raíces individualistas y elitistas. Lograron reconocerse como Estados plurinacionales, lo que nos lleva a una reconfiguración en la concepción de un nuevo civitas, una nueva forma de ciudadanía y la visibilización de la diversidad de sus sociedades. En la misma línea, Moura (2012) refiere que estas cartas magnas también buscan fomentar y tratar de resolver los desequilibrios sociales y, además, buscar la protección y restauración de la naturaleza. Sin dejar de mencionar que, desde épocas de la colonización hasta mediados del siglo XX, la población nativa e indígena fue subyugada e ignorada por los poderes reales que han dominado durante ese contexto histórico. Fue la fermentación social de aquellos años y un intenso e incesante diálogo intercultural lo que se fue hilvanando en la búsqueda de puntos de encuentro y armonía de las naturales diferencias culturales, y estas desemboquen en una postura sólida del Estado plurinacional como alternativa contrapuesta al Estado republicano vigente, transición que reivindica la auténtica representación política directa de los pueblos indígenas, el establecimiento y respeto de sus autonomías territoriales y la búsqueda del buen vivir en plena armonía con la naturaleza.

Pinto Calaça, Carneiro de Freitas, Da Silva y Maluf (2018) vienen a sostener que las Constituciones tanto ecuatoriana como boliviana son las que se encargaron de abrir nuevos horizontes desde las vías del biocentrismo y del ecocentrismo hacia una nueva perspectiva del mundo, de tal forma que se ha ido forjando un nuevo paradigma, que es el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, también denominado Constitucionalismo Andino o Neo constitucionalismo Lati-

noamericano, cuya importancia radica en ofrecer una respuesta a los problemas socioambientales a través de un constitucionalismo plurinacional comunitario, identificado con un paradigma más holístico y que se contrapone a la visión del mundo hegemónico eurocéntrico caracterizado por el antropocentrismo. Estas dos constituciones adoptan la filosofía del buen vivir (*sumak kawsay* en Ecuador y *suma qamaña* en Bolivia), contraria al modelo de desarrollo económico capitalista moderno:

Boff (2012) afirma que:

El 'buen vivir' apunta a una ética de lo suficiente para toda la comunidad, y no solamente para el individuo. El 'buen vivir' supone una visión holística e integradora del ser humano, inmerso en la gran comunidad terrenal, que incluye además del ser humano al aire, el agua, los suelos, las montañas, los árboles y los animales; es estar en profunda comunión con la *Pachamama* (Tierra), con las energías del Universo y con Dios (p. 66).

Así, tenemos el caso de Ecuador, que en el año 2008 reconoció dichos derechos en su Carta Política, constituyéndose en el primer y único país en el mundo, hasta la fecha, en otorgarle a la naturaleza la categoría constitucional de sujeto de derechos. Consagración que se ha visto replicada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional de dicho país, donde se reconoce derechos a entidades como los ríos, lagos, parques nacionales, entre otros componentes de la naturaleza.

A la sazón, la Constitución de Montecristi, donde se llevaron a cabo los debates constituyentes, fraguó un proyecto político de vida en común, con perspectivas de un cambio en la civilización. Al contemplar los Derechos de la Naturaleza en la carta política de 2008, que recoge muchas demandas y expectativas acumuladas a nivel nacional, regional y hasta global, marcó un hito histórico en el país y en el constitucionalismo mundial. La Constitución de 2008, con sus 444 artículos, rompió la visión clásica y tradicional que prioriza unos derechos sobre otros al reconocer los derechos como interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11, numeral 6). Esta Constitución clasifica los derechos de forma distinta a la clasificación tradicional y colonizadora de influjo europeo. Así, la Constitución de Montecristi, en sus artículos 71 y 72, incorpora una de sus mayores innovaciones: otorgarle personalidad jurídica a la naturaleza y hacer de la misma un sujeto de derechos. Es decir, la naturaleza como portadora de un conjunto de facultades e inmunidades constitucionalmente establecidas.

Desde el punto de vista jurídico, al otorgarle calidad de sujeto a la naturaleza, se supone un reconocimiento de personalidad jurídica y la capacidad de

defenderse de todo cuanto le cause daño, y, si el daño ha sido causado, que este sea reparado. Estos derechos fueron establecidos en el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, al calor del debate en la elaboración de la nueva Constitución, encontrándose variados criterios de todo tipo. Sin embargo, varios asambleístas, como Leonardo Viteri, opositor al bloque oficialista, mencionaron:

Se trata de una concepción *sui generis*. ¿Cuándo la naturaleza podrá demandar al Estado por la violación de estos derechos?, cuestionó. La naturaleza, a pesar de no tener voz, se expresa de muchas maneras... sin embargo, no tenemos que esperar que la naturaleza se exprese para poder ir a una corte a demandar una violación. Para eso existen ciudadanos y colectivos responsables, que, con este nuevo derecho, no solo podrán exigir indemnización por los daños que ellos sufren, sino por los daños evidentes que se hayan producido contra la naturaleza y sus ecosistemas (Actas Asamblea Constituyente).

Moura (2012) sostiene que:

La Constitución de Ecuador es la principal referencia jurídica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Esta conservó los derechos tradicionales a un medio ambiente saludable y a la calidad de vida y, de forma inédita, incluyó los derechos de la naturaleza. En este caso, reconoce a la naturaleza como titular de derechos por sus propios valores y, por tanto, como sujeto de derechos (p. 18).

En esta carta política podemos advertir la transformación de la visión antropocéntrica a la biocéntrica, donde la naturaleza y sus recursos naturales se vuelven el centro del mundo, donde el hombre forma parte de él. Es así como la *Pachamama* y la filosofía del buen vivir son mencionadas en el preámbulo de la Constitución del Ecuador (2008), que señala:

Celebrando a la naturaleza, la *Pacha Mama*, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia [...] decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades” (p. 15).

El capítulo segundo de la Constitución ecuatoriana configura los derechos del buen vivir; tan es así que los artículos 12 y 13 reconocen, con meridiana claridad, el derecho humano al agua y el derecho a alimentos saludables y nutritivos. Los artículos 14 y 15 tratan del ambiente saludable. En el artículo 15

son prohibidas, por ejemplo, la producción, comercialización e importación de productos genéticamente modificados por ser perjudiciales para la salud humana y atentar contra la soberanía alimentaria y los ecosistemas (Constitución del Ecuador, 2008). El capítulo séptimo trata específicamente de los derechos de la naturaleza (*Pachamama*): el artículo 71 reconoce el derecho que la naturaleza tiene de reproducirse, realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales. Cualquier persona podrá exigir el cumplimiento de estos derechos junto a autoridades (Constitución del Ecuador, 2008). El artículo 72 menciona el derecho de restauración de la naturaleza y el artículo 73 trata de medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, a la destrucción de ecosistemas y a la alteración permanente de los ciclos naturales. También prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que pueda alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. El artículo 74 revela el derecho de las personas a beneficiarse del ambiente y las riquezas naturales que les permitan el buen vivir (Constitución del Ecuador, 2008). Gussoli (2014) afirma que: “La Constitución del Ecuador es el único instrumento jurídico constitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y que cita de forma explícita los derechos del buen vivir o *sumak kawsay* al lado de los derechos humanos” (p. 16). Consecuentemente, se aprecia que el texto ecuatoriano defiende los valores intrínsecos de la naturaleza, así como de las especies vivas y de los ecosistemas. De donde se desprende que el *sumak kawsay* es esa relación de armonía y equilibrio que debe existir entre el ser humano y la Madre Tierra, lo que significa que esa imbricación con la naturaleza sea provechosa para las personas, como también para la sobrevivencia de los ecosistemas. Así, la Constitución del Ecuador extiende la personalidad jurídica a entes no humanos, como es el caso de la naturaleza, atribuyéndole el carácter de sujeto de derechos.

En el caso de Bolivia, dicho reconocimiento se ha producido a nivel legal mediante la Ley de Derechos de la Madre Tierra y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, y esta concepción del buen vivir es semejante a la noción de “bien común de la humanidad”, paradigma filosófico de los países andinos que trastoca un cambio en la perspectiva moderna, por aceptar las ricas diversidades culturales, étnicas y sociales. Bajo ese contexto es que se inicia el debate por los derechos de la Madre Tierra, que ha sido fruto de esa transición crispada entre el poblador indígena-campesino, que apuesta por una revaloración del pensamiento que se tiene con relación a la naturaleza. Entonces, es desde el año 2010, aproximadamente, que Bolivia logró posicionarse como el abanderado en denunciar los efectos depredadores de la globalización y promover el reconocimiento de los derechos de la Madre Tierra en múltiples foros internacionales. Tal es el caso de la Conferencia Mundial de los Pueblos

sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, celebrada en Tiquipaya (Cochabamba) en abril de 2010, por iniciativa del Gobierno boliviano. Al respecto, Kauffman (2020) asevera que: “El encuentro representa un hito fundamental en la conformación de una red internacional de intercambio y apoyo en la promoción de los derechos de la naturaleza, como contribución a un emergente sistema informal de gobernanza mundial” (p. 27). Sin embargo, en este camino tortuoso y lleno de contradicciones, Bolivia aparece posicionada en la vanguardia del reconocimiento de los derechos de la Madre Tierra, ya que fue uno de los primeros países en el mundo con legislación específica en la materia.

Seguidamente, vamos a describir muy someramente los artículos más resaltantes de la carta magna boliviana. Por ejemplo, destaca en primer orden la importancia del artículo 3° de la Ley N.º 071-2010, donde se establece que: “La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada...”. Los puntos dedicados al tema del medio ambiente están establecidos en los artículos 33 y 34, 342 a 347, 348 a 358 y 373. Aquí podemos advertir que dicho código político apenas menciona el derecho de las personas a un medio ambiente saludable y a una calidad de vida, lo que confirma una visión del mundo desde el prisma antropocéntrico y no incluye el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, o sea, la *Pachamama* como sujeto de derechos, a pesar de hacer alusión a esta en el preámbulo constitucional (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009). No obstante, es preciso destacar que, a través de la legislación infraconstitucional, Bolivia asegura los derechos de la Madre Tierra (*Pachamama*) en la Ley 71/2010, que en su artículo 5 reconoce el carácter jurídico de la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público. Por otra parte, los artículos 342 a 347 tratan sobre el equilibrio del medio ambiente por medio de un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Asimismo, los artículos 348 a 358 tratan de los recursos naturales, como agua, aire, suelo y subsuelo. El artículo 373 inaugura el capítulo dedicado a los recursos hídricos. También es menester indicar que el artículo 6 hace referencia a que los ciudadanos bolivianos son parte integrante de la comunidad de seres que componen la Madre Tierra y están premunidos de derechos establecidos en esta ley. En la Gaceta Oficial de Bolivia (2010) se evidencia un elemento diferenciador de la Ley 71/2010, que en su artículo 10 contempla la creación de la Defensoría de la Madre Tierra, que tiene como uno de sus objetivos principales cautelar los derechos previstos para la *Pachamama*.

Compartimos la siguiente tabla, donde se resume los principales derechos reconocidos a la naturaleza en los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia.

Constitución de Ecuador 2008	Ley 071, Ley de los derechos de la Madre Tierra, Bolivia 2010
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la conservación integral (Art. 71) • Derecho a la restauración (Art. 72) • Derecho a la precaución de especies y no introducción de organismos genéticamente modificados (Art. 73, inc. 1) • Derecho a la no apropiación de servicios ambientales (Art. 73, inc. 2) 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la vida, al mantenimiento de los ecosistemas y a la regeneración (Art. 7.1) • Derecho a la diversidad de la vida (Art. 7.2) • Derecho al mantenimiento del equilibrio de los componentes de la Madre Tierra (Art. 7. 5) • Derecho a la restauración de los sistemas afectados por actividades humanas (Art. 7.6) • Derecho a la preservación de la Madre Tierra de la Contaminación (Art. 7.7)

Fuente: Portugal (2022).

Por los años 50 del siglo XX, fue Aldo Leopold, ingeniero forestal y ecólogo norteamericano, quien dio origen a la ética ecológica como una disciplina filosófica con perfiles claros, donde reflexiona con profundidad sobre la relación entre el ser humano y la biosfera, de tal manera que fue la primera persona en utilizar el concepto de comunidad que incluía a los seres humanos como al resto de la naturaleza. Por lo tanto, los individuos forman parte de una comunidad y la comunidad es un todo expresado en la tierra. En los últimos años, el paradigma de reconocimiento de derechos fue variando porque los sujetos o entidades que no poseían derechos ahora son titulares; tanto es así que, históricamente, la “naturaleza”, la mujer y las percepciones, los conocimientos ancestrales, para la sociedad occidental no fueron considerados importantes; por ello, se la relegó. Por consiguiente, la actitud del ser humano como agente dotado de racionalidad y capacidad para transformar y modificar la naturaleza debía cambiar porque este tiene la obligación de mostrar su respeto por otras especies y seres vivientes con los que comparte la tierra. Concretamente, suponía cambiar el paradigma del ser humano como un conquistador de la tierra y, en vez de ello, se proponía que sea percibido como un miembro o especie más de la tierra. Esta teoría no fue bien recepcionada en su tiempo porque los esquemas de pensamiento todavía estaban cimentados en la idea de que el ser humano es el principal artífice que articula las relaciones sociales; a su vez, su deber era dominar la naturaleza.

Posteriormente, James Lovelock planteó que la tierra es un organismo vivo en el que están integradas todas las partes, incluido el ser humano; por lo tanto, ello suponía que la tierra generaba una interrelación e interdependencia entre

todas las especies que la habitan. Ningún ser viviente era capaz de ser superior a la Gaia. Finalmente, Arne Naess, destacado filósofo noruego, desde la ecología profunda postula que los seres humanos son elementos que, en igualdad de condiciones con otros seres vivos, forman parte de un sistema natural; por lo tanto, existe una íntima relación entre la naturaleza y el ser humano, subrayando que en la armonía con la naturaleza está la clave para convivir de un modo correcto, de tal manera que la mayor parte de los habitantes del planeta salgan beneficiados.

En los últimos años, el paradigma de reconocimiento de derechos fue variando porque los sujetos o entidades que no poseían derechos ahora son titulares de dicha categoría, tal como ha sucedido con la mujer o los animales, aunque en menor medida en este último caso. La negación de derechos hacia la mujer fue una situación histórica. En relación con los derechos de la naturaleza o Madre Tierra sucede lo mismo, ya que por bastantes años, y aún continúa en la actualidad, su negación como categoría de sujeto de derechos y, por ende, no es titular de ningún derecho. A pesar de ello, hoy existen esfuerzos por considerar a la Madre Tierra como titular de derechos.

La filosofía de la liberación y la filosofía andina, que, a decir de Zaffaroni (2011), “opta por proclamar una convivencia de todos los seres vivientes dentro de la tierra, denunciando coyunturalmente al fundamentalismo de mercado de las décadas del siglo pasado” (p. 108). A su vez, el derecho indígena y el pluralismo jurídico son los pilares necesarios para justificar y fundamentar el reconocimiento de derechos a la Madre Tierra o *Pachamama*. Se acude a estas posturas porque la depredación y desgaste del medio ambiente están tornándose insostenibles, por lo cual se requieren acciones concretas desde diversas áreas del conocimiento, ya que el problema ambiental es de carácter transversal y su impacto es general. En ese sentido, Rivero (2012) sostiene que: “El reconocimiento de derechos a la naturaleza lo que busca es proteger y restaurar la afectación que se ha producido en el medio ambiente, a su vez, es dotar de herramientas para su protección” (p. 14).

Delimitación y características del antropocentrismo y el biocentrismo

Por antropocentrismo en sentido moral podemos entender la doctrina según la cual los seres humanos constituyen la tasa y medida de todo valor, es decir, el paradigma que tiene como foco de reflexión al hombre, desde el cual todo lo que lo rodea se valora, se mira y se cuantifica. Todo lo que beneficie y sea útil para el hombre será valioso, y donde el hombre ejerce dominio sobre todo lo que está a su alrededor, marcado por una conciencia altamente egoísta y operativa. El hombre es considerado aquí como el único fin; todo lo demás se convierte únicamente en medios para su fin. Barros (2010) refiere que: “El antropocen-

trismo ve en la naturaleza un gran almacén de recursos naturales los cuales son infinitos” (p. 8). El hombre se siente autorizado para someterla y depredarla para la satisfacción de sus necesidades. Al principio, él buscaba satisfacer sus necesidades básicas que le permitirían vivir decentemente, pero luego del periodo de la industrialización lo que busca es expandir su egoísmo y acumular riquezas, elevando su nivel de vida. Si la visión antropocéntrica es egoísta, cerrada sobre sí misma, olvidándose de lo demás y pensando solo en el hombre, instrumentalizando todo lo demás. Si algo caracteriza el antropocentrismo, es el concepto de superioridad de la especie humana sobre las demás especies.

El antropocentrismo está focalizado en la tecnociencia como facilitadora del bienestar humano y la calidad de vida, pero sin preocuparse mucho por el sistema cultural de los valores humanos. Es decir, es el paradigma del mundo occidental que busca obtener grandes ganancias a costa de todo y de todos. Les resta importancia a aspectos sustanciales como la protección ambiental, la seguridad alimentaria, el empobrecimiento de grandes masas, los riesgos para la salud humana, entre otros.

El biocentrismo, que es la teoría moral que afirma que todo ser vivo o la naturaleza como tal poseen valor y, por ello, merecen respeto, tiene como centro de reflexión y valoración la vida misma como generadora y sostén de todas las demás formas vitales tanto humanas como no humanas. La vida ejerce en este paradigma una fuerza centrípeta, es decir, su fuerza vital fluye desde el centro hacia el exterior, hacia la periferia. Barros (2010) señala: “El biocentrismo entiende al hombre como un ser integrado totalmente en la naturaleza puesto que él mismo es naturaleza, tal como los primeros filósofos eleáticos lo definieron: ‘El hombre es parte de la naturaleza’” (p. 6).

Esta teoría sostiene que los recursos naturales son finitos; por lo tanto, propone el uso racional y respetuoso de los recursos naturales, no consumiéndolos por encima de su capacidad de reposición natural. Lo que se pretende es crear en el imaginario colectivo de todas las sociedades una nueva visión del mundo, un nuevo paradigma, con una visión holística, integrada, interconectada, interdependiente, sistémica y compleja de nuestra casa común. Recogiendo de las filosofías místicas orientales, tradicionales y ancestrales, llenas de gran sabiduría y valores humanos. Asimismo, tomando la visión de las culturas nativas, de los habitantes americanos, quienes ven la naturaleza como parte de ellos mismos porque se sienten parte de esa “*pacha mama*”; la experimentan como su madre tierra. En cambio, el biocentrismo mira primero el bien común del planeta, el conjunto de la sociedad y los ecosistemas. Propende por el uso de tecnologías más limpias, prácticas ecoeficientes, el uso de fuentes de energías renovables, la disminución de la huella ecológica de los países desarrollados. Sabe que el objetivo de la economía no es solo producir riqueza, sino producir riqueza para vivir

bien, pero todos, la gran mayoría al menos, no solo los dueños o accionistas de las empresas, haciendo un uso sostenible y sustentable de los recursos y servicios ambientales que nos brinda la naturaleza.

En cambio, el biocentrismo propone un respeto profundo por la generación actual, pero teniendo en mente siempre a las generaciones futuras, con la consigna de dejar un mundo mejor que como lo recibimos para entregárselo a las futuras generaciones. Barros (2010) sostiene que Aldo Leopold “es quien introduce en la reflexión ética la relación Hombre-Naturaleza, Hombre-Recursos Naturales, manifestando en su obra una idea nueva: la importancia de cuidar, preservar y entregar a las generaciones futuras un medioambiente sano” (pp. 10–11). La Unesco ha hecho caso de este llamado en su declaración sobre las futuras generaciones, en donde afirma: “Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana”.

Esto conlleva al cuidado que debe tener el ser humano al vivir en el mundo que habita. No es degradación, es exaltación de su dignidad como hombre, de la autonomía que posee, de la racionalidad con la que fue adornado, de la libertad y sensatez con que es capaz de actuar. Su verdadera grandeza no consiste tanto en que sea más que los demás, que sea el más grande entre todas las especies, sino en que, siendo pequeño, humilde y limitado, sea capaz de hacer de este mundo un mundo más humano, más habitable, un mundo sostenible para sí y para las futuras generaciones; un mundo en el que quepamos todos, un mundo incluyente y democrático, respetuoso de las libertades fundamentales y de los derechos particulares.

La filosofía de la liberación

La filosofía de la liberación nació en Argentina en 1970. Sin embargo, sus antecedentes son aún más antiguos que la filosofía moderna europea. Dussel (1996) afirma que: “Viene a ser el discurso contrario a la Modernidad en crisis y, al mismo tiempo, transmoderno” (p. 25). La que nos lleva a tomar posición y ubicarnos en el lugar de los excluidos y oprimidos para hacer filosofía desde esta perspectiva, enarbolando las banderas de los grupos o sectores de la población que permanecieron excluidos de forma sistemática. Esto es, tratar de buscar hilos conductores para liberar a esos inmensos sectores que han sido oprimidos por las fauces del sistema económico capitalista; por tanto, es una corriente que se decanta como un despertar desde la orilla opuesta.

Entonces, lo que pretende es producir un giro copernicano con el apoyo y respaldo de la razón crítica, ello para garantizar que la hegemonía de una so-

ciudad abierta no se imponga sobre los excluidos. Este nuevo estilo filosófico latinoamericano propone pensar desde la exterioridad del Otro, de la que se sitúa más allá del sistema patriarcal imperante, del sistema pedagógicamente dominador, del sistema políticamente opresor. El método que usa la filosofía de la liberación para comprender las opresiones y exclusiones es la analéctica. Rueda de Aranguren (2018) nos dice que:

Se entenderá la analéctica como una política que trabaja por la realización de la alteridad humana del otro, alteridad que nunca es solitaria, sino que es, en términos dusselianos, la epifanía de una familia, de una clase social, de un pueblo, de una generación y de la humanidad misma por entero, y, más aún, del otro absoluto (p. 3).

La filosofía de la liberación implica un accionar a favor de los excluidos y oprimidos, en especial, de sectores populares, campesinos e indígenas; además, extiende sus preocupaciones por otras entidades que también sufrieron la exclusión, como es la naturaleza o *Pachamama*, seno donde se realiza la vida y que es objeto de apropiación y explotación del sistema capitalista extractivista. Extractivismo que ha impuesto la idea de que la madre natura debe ser conquistada y dominada para que el desarrollo del ser humano sea pleno y provechoso; sin embargo, las poblaciones campesinas e indígenas tienen una concepción distinta del desarrollo y progreso, que va en contra de la depredación de la Madre Tierra. Desde esta postura filosófica se busca reconocer y argumentar que los excluidos tienen voz, representación y legitimidad para poner sobre el tapete de la agenda pública sus concepciones sobre el desarrollo y la visión que tienen sobre la naturaleza.

En definitiva, podemos apreciar que la naturaleza carece de reconocimiento jurídico como sujeto de derechos, tal como se puede apreciar en el constitucionalismo contemporáneo; por ende, esta situación debe cambiar, porque desde la visión de las poblaciones indígenas y campesinas, la Madre Tierra es sujeto de derechos y guarda una relación especial con las personas, porque es la fuente o medio de vida imprescindible para el desarrollo de las diversas especies. En ese sentido, la naturaleza como categoría excluida y sometida usa las herramientas de la filosofía de la liberación para cambiar de objeto a sujeto de derecho.

La filosofía andina: una aproximación desde el buen vivir y la práctica

En el presente trabajo nos enfocamos en una dimensión precisa de la filosofía andina. Una categoría bastante trabajada en los últimos años es la noción o concepto del *sumak kawsay* (“buen vivir”), que es considerado en la cultura andina como un sistema de vida que contiene una serie de principios, normas o reglas

que establecen un modelo económico, social y político de sociedad. Por ello se afirma que tiene vida, que los seres humanos somos una parte, un elemento más, al igual que los animales, los minerales y el agua. Este discurso asume que los pueblos ancestrales saben “relacionarse” con la naturaleza, respetan sus ciclos y su forma de vida es medioambientalmente responsable; frente a los pueblos occidentales, especialmente los capitalistas, que son depredadores, irresponsables con el medio ambiente y causantes de los desastres ecológicos. Para el capitalismo, entendido como una forma de organización económica y social que gira alrededor de la acumulación y reproducción del capital, da valor de cambio a la mayor cantidad de actividades humanas. La naturaleza es un recurso natural que tiene que ser explotado para el consumo humano. La naturaleza es como un gran reservorio de bienes que tienen que ser extraídos, transformados, comercializados y acumulados.

El movimiento indígena siempre resaltó la relación de los pueblos indígenas con la naturaleza, una relación descrita como “unión indisoluble”, de tal manera que el Buen Vivir constituye un verdadero principio, tomado de las culturas aymara y quechua, caracterizado por ser una visión inclusiva del mundo que impulsa a vivir en equilibrio y armonía con lo existente, pues no se puede vivir bien si los demás viven mal. Por otra parte, implica la entronización de nuevos valores que promueven la vida sostenible, donde el ser humano sea comprendido dentro de un marco mucho más amplio. Frente a esta óptica de ver el mundo y las cosas surge la racionalidad andina, cuyos pilares fundamentales son la centralidad y lo absoluto del ser humano, en tanto que la cuestión económica, social, política o cultural no solo gira en base a las relaciones de los seres humanos. En ese sentido, la sabiduría andina se desarrolla bajo la cosmovisión, la costumbre y la vida del ser humano en constante contacto con la mística del universo y la madre tierra. En esa línea, Ponce (2015) dice que “es importante establecer que la racionalidad andina maneja un enfoque holístico porque permite ver las cosas enteras, en su totalidad, en su conjunto, en su complejidad, en los intereses de cada clase social” (p. 16).

Es importante señalar que el buen vivir ha tomado impulso y mayor notoriedad cuando quedó reconocido en los principales instrumentos jurídicos, en este caso, la Constitución de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009. Estas constituciones forman parte de la eclosión del nuevo constitucionalismo porque vienen a fusionar diversas visiones de los pueblos de América Latina, así como de Europa. Este proceso de constitucionalización ha supuesto la armonización de las diversas tradiciones culturales y prácticas consuetudinarias; concretamente, se ha producido la convergencia entre la visión antropocéntrica y biocéntrica. A su vez, esto tuvo repercusiones en el modelo de desarrollo de dichos países, esto es, que sean más sostenibles y amigables con el medio ambiente. En relación

con la visión antropocéntrica se puede considerar que implica colocar al ser humano en el centro del universo, a la vez todo lo que le rodea es sometido a ella. Martínez (2009) considera que: “Es fundamental que esa visión consuetudinaria de igualdad entre el pueblo indígena y la Naturaleza sea reconocida, forme parte ahora de nuestra carta magna, porque para estos pueblos ‘no hay nada que no tenga corazón o principio de vida’, por lo que las relaciones se producen de sujeto a sujeto y no de sujeto a objeto” (p. 97).

Concretamente, en la Constitución de Ecuador se hace un reconocimiento expreso de que la naturaleza es sujeto de derechos, por lo cual la misma tiene derecho a reproducirse, realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales; por ende, cualquier persona puede exigir el cumplimiento de estos derechos a las autoridades competentes. Más adelante, el mismo texto constitucional indica que la restauración de la naturaleza supone la adopción de medidas de precaución y restricción de actividades que puedan suponer la extinción de especies, la destrucción del ecosistema y la alteración permanente de los ciclos naturales (Artículos 71, 72 y 73 de la Constitución de Ecuador). Y en la Constitución de Bolivia se menciona que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la carta constitucional (Artículo 10). Adicionalmente, a través de la ley que reconoce derechos de la Madre Tierra se le adjudicó el reconocimiento como sujeto de derecho; además, no se debe olvidar que la carta constitucional contiene varias secciones o apartados donde explica sobre el buen vivir y el modelo de desarrollo compatible con la naturaleza. Asimismo, coloca a la interculturalidad como un principio para que pueda activar el reconocimiento de derechos a la Madre Tierra. Todo esto grafica el proceso de constitucionalización y el nuevo lugar que ocupa la naturaleza en dichos textos constitucionales. Finalmente, con todo esto ha quedado expuesto que la filosofía andina, a través del buen vivir, es una fuente importante para lograr el reconocimiento de derechos a la Madre Tierra; a la vez, se producen cambios en el horizonte del desarrollo de las naciones, porque implica el tránsito de un modelo basado en el extractivismo hacia un modelo que garantice un equilibrio y respeto hacia toda forma de vida y especies que tienen las mismas expectativas y aspiraciones legítimas de vida.

El pluralismo jurídico: construcción plural y diversa de las experiencias jurídicas

Desde la concepción historicista es importante entender que toda sociedad crea su derecho, es decir, sus formas de solucionar sus conflictos. Bernal (2013) nos dice que: “El pluralismo jurídico es un paradigma que contribuye a develar el mito jurídico monista y centralista estatal que reduce e identifica toda manifestación jurídica como cosa análoga a la ley y al Estado” (p. ...). El pluralismo jurídico contribuye al reconocimiento de la diversidad y la pluralidad; se constituye

en un nuevo modelo contrapuesto al monismo jurídico, es decir, al monopolio de lo normativo o sistema centralizado de normas. La tesis central del pluralismo jurídico es promover el diálogo y la conexión entre las distintas experiencias jurídicas que existen en un determinado país; concretamente, la interrelación entre los sistemas de solución de conflictos. En tal sentido, el pluralismo jurídico trata de rescatar y poner de relieve la diversidad de formas de componer o solucionar los conflictos que existen dentro de cada sociedad o grupo cultural; en efecto, la heterogeneidad promueve que el modo en que debe entenderse y lidiar con un conflicto no sea unilateral, sino que sea diverso. Asimismo, es preciso abundar en que el pluralismo jurídico tiene como eje central de su legitimación la cultura y las prácticas consuetudinarias de las poblaciones indígenas o campesinas; a su vez, la solución de las controversias se produce respetando el elemento cultural. En ese sentido, la visión y comprensión del derecho, según el pluralismo jurídico, son distintos porque la fuente de legitimación de las normas o reglas son las pautas culturales, así como los usos de cada comunidad o entorno cultural, ya que la validación del contenido del derecho en el pluralismo jurídico se basa en la identidad entre las prácticas culturales y el respeto de estas por sus miembros.

En América Latina, el pluralismo jurídico debe tener una voz propia, auténtica y diferente al europeo, por ejemplo; sus causas, fines y razones se nutren de diferentes realidades, sus identidades, mentalidades y patrones culturales que definen su singularidad y autodeterminación son propias e inconfundibles.

El Perú, que es un mosaico de razas, que se caracteriza por su multilingüismo, por su multiculturalidad, donde las sociedades nativas e indígenas coexisten con un derecho consuetudinario ancestral que se transmite de generación en generación a través de la vía oral, cuyo anclaje está en sus costumbres y tradiciones que conforman las prácticas de órdenes jurídicos ancestrales comunales, es un país donde es hora de que ya sean reconocidos y protegidos. La interculturalidad jurídica debiera ser un horizonte para pensar la pluralidad, más allá de las jurisdicciones delimitadas a la aplicación de justicia.

Es menester indicar que el pluralismo jurídico es una noción de reciente data, pero que ha tenido mucho éxito y fue bastante desarrollado en el pensamiento jurídico contemporáneo.

Finalmente, el pluralismo jurídico es una postura que fundamenta el reconocimiento de derechos de la naturaleza porque el marco o canon interpretativo que utiliza tiene como base la diversidad cultural; esto es, promueve una comprensión más amplia y sensible de la realidad jurídica, en especial, vinculada a la diversidad cultural. Espezua (2018) afirma que:

El pluralismo jurídico es una garantía de mejor justicia para una sociedad plural porque permite una mejor interpretación y comprensión de la complejidad de los

actuales acontecimientos que tanto la globalización y el neoliberalismo están provocando en el Derecho y porque en su visión emancipadora el Derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y vulnerables (p. 23).

Finalmente, la consolidación del pluralismo jurídico también tiene como aspiración y propósito que la administración de justicia tome en cuenta elementos como la lengua, las costumbres y prácticas culturales que son propias de una comunidad y que son distintas de los cánones y reglas que se practican en el derecho ordinario.

Jurisprudencia

Respecto a la jurisprudencia emitida por los tribunales bolivianos, según la abogada ambientalista Paola Cortés, en una entrevista, indica que esta aún es incipiente al no desarrollarse una jurisprudencia sustancial sobre los derechos de la Madre Tierra; su aplicación no solo no ha arrancado, sino que incluso ha retrocedido en algunos aspectos. En las siguientes líneas vamos a glosar algunos fallos donde se reconoce derechos a la naturaleza, de acuerdo con el nuevo paradigma de la relación entre ella y los seres humanos. Guía de jurisprudencia constitucional (2023).

Ahora bien, los derechos de la naturaleza constituyen una de las innovaciones más interesantes y relevantes de la Constitución actual, pues se aleja de la concepción tradicional “naturaleza-objeto” que considera a la naturaleza como propiedad y enfoca su protección exclusivamente a través del derecho de las personas a gozar de un ambiente natural sano, para dar paso a una noción que reconoce derechos propios a favor de la naturaleza. La novedad consiste entonces en el cambio de paradigma sobre la base del cual la naturaleza, en tanto ser vivo, es considerada un sujeto titular de derechos. En este sentido, es importante resaltar que la Constitución de la República consagra una doble dimensionalidad sobre la naturaleza y el ambiente en general, al concebirla no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho, sino también como un sujeto independiente y con derechos específicos o propios (p. 14).

Otro ejemplo proveniente de la Corte ecuatoriana, al ser el primer país en reconocer y amparar constitucionalmente los derechos de la naturaleza, es sobre la cosmovisión ancestral del buen vivir o *sumak kawsay*, esto para construir una nueva forma de convivencia entre la naturaleza y el ser humano:

Lo anterior refleja, dentro de la relación jurídica naturaleza-humanidad, una visión biocéntrica en la cual se prioriza a la naturaleza, en contraposición a la clásica con-

cepción antropocéntrica en la que el ser humano es el centro y medida de todas las cosas, donde la naturaleza era considerada una mera proveedora de recursos. Esta nueva visión adoptada a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 se pone de manifiesto a lo largo del texto constitucional; es así que el preámbulo de la Norma Suprema establece expresamente que el pueblo soberano del Ecuador (p. 15).

También, la sentencia N.º 065-15-SEP-CC106 de 11 de marzo del 2015 (Caso N.º 0796-12-EP), la Corte analiza los derechos de la naturaleza en relación con los impactos en el “bienestar de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos”, considera que, al haber reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos, está obligada a examinar el uso de los recursos naturales “en beneficio de la sociedad”, pero “siempre y cuando se respeten sus ciclos vitales [de la naturaleza] sin atentar contra su existencia, interconexión de los derechos”. Según la Corte, es a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, que incluye la protección de los derechos de la naturaleza, que deben examinarse las sanciones a quienes provoquen un daño a un ecosistema y generen cambios “por la tala, quema o acción destructiva que tenga un impacto adverso cuantificable en la calidad del ecosistema o en alguno de sus componentes, incluyendo sus valores de uso y de su capacidad de apoyar y sostener un balance ecológico viable”.

En la sentencia N.º 166-15-SEP-CC107, de 20 de mayo de 2015, la Corte profundiza en el análisis de estos derechos y afirma que la protección de derechos propios de la naturaleza es un cambio de paradigma en el que la “naturaleza, en tanto ser vivo, es considerada un sujeto titular de derechos”. Estima que se consagra “una doble dimensionalidad sobre la naturaleza y al ambiente en general, al concebirla no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho, sino también como un sujeto, independiente y con derechos específicos o propios”.

La Corte considera que esto se debe al cambio de la relación jurídica naturaleza-humanidad, en la que se reemplazó en el 2008 una visión biocéntrica en la cual se prioriza a la naturaleza, en contraposición a la “...concepción antropocéntrica en la que el ser humano es el centro y medida de todas las cosas, donde la naturaleza era considerada una mera proveedora de recursos”. Señala que el fin primordial del Estado es alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*, siendo en esta concepción trascendental promover un desarrollo social y económico en armonía con la naturaleza.

Discusión

Los hallazgos de esta investigación nos demuestran palmariamente la insostenibilidad del paradigma antropocéntrico, el cual es sinónimo de destrucción del

planeta con todos sus componentes (aire, suelos, agua, animales, bosques, seres humanos). De seguir vigente este modelo extractivista nos llevará a la destrucción no solo de la especie humana, sino también del planeta entero, de nuestra casa común que es la Tierra. En cambio, el modelo biocéntrico es, desde todos los puntos de vista, sostenible en el tiempo y en el espacio, para colocar la vida como valor fundamental y transversal.

Asimismo, se verifica que la *Pachamama* y la filosofía del buen vivir fueron reconocidas en los principales instrumentos jurídicos de Ecuador y Bolivia, y con esto se inauguró un movimiento denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. La Constitución ecuatoriana de 2008, al incluir un capítulo de los “derechos de la naturaleza”, se presenta como la primera norma jurídica y único texto constitucional en el marco de la modernidad occidental en trascender los límites del antropocentrismo.

Por otro lado, Ecuador ha sido el país pionero en consagrar los derechos de la naturaleza a nivel constitucional, teniendo como antecedente el caso boliviano que, a nivel infraconstitucional, ya había reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos. En el caso de Bolivia se hace un reconocimiento de los derechos de la naturaleza a nivel infraconstitucional.

Como en los variados ámbitos de la vida, siempre hay voces disonantes que cuestionan la eficacia del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en igualdad con los seres humanos y atribuyen dicho reconocimiento como meramente simbólico. Sin embargo, la realidad nos enrostra que es hora de actuar desde los diferentes niveles y espacios para preservar y cuidar nuestro planeta, lo que implícitamente significa también la supervivencia de todos los seres vivos, esto es, desde una visión ecocéntrica. En consecuencia, el Estado y la sociedad están legalmente obligados a actuar de forma decisiva y proactiva, es decir, no pueden “hacerse de la vista gorda” ante la destrucción o sobreexplotación de la naturaleza. A pesar de existir leyes que tímidamente protegen el medio ambiente, persisten los daños en su contra en casi todas las latitudes de nuestro planeta, inclusive en los países donde se han reconocido y proclamado elocuentemente sus derechos. Los derechos de la naturaleza prácticamente tienen el mismo problema que los derechos humanos, en razón de que representa una enorme dificultad para los Estados, en muchos aspectos, precautelar y garantizar su cumplimiento.

Definitivamente, la tiranía del tiempo es un factor en contra de elaborar un trabajo más enjundioso, por cuanto habría sido de gran utilidad abarcar la legislación de Colombia, que ha efectuado dicho reconocimiento a nivel legal (limitado al distrito de Nariño), por cuanto su importancia radica en el desarrollo e impulso que le ha dado en la vía jurisprudencial sobre el reconocimiento de derechos a entes de la naturaleza, que es bastante extensa.

La presente investigación nos ha llevado a evidenciar de manera inobjetable la actual crisis climática, cuya dimensión es planetaria; en esa línea, nos permitimos sugerir que se ahonden más estudios, los mismos que deberán ser abordados desde un enfoque holístico, para entender las dimensiones del problema medioambiental en su totalidad. También, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se irradie en otras constituciones, además de implementar políticas públicas, y fundamentalmente un cambio de paradigma en los seres humanos en concordancia con la dignidad, la vida y la salud del hombre como justificación para la protección del medio ambiente.

Conclusiones

Durante siglos, la naturaleza ha estado bajo una concepción antropocéntrica donde los seres humanos, considerados la única especie racional, han sido los poseedores exclusivos de derechos. Ecuador y Bolivia, al reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, marcan el primer hito en la transición de una concepción jurídica antropocéntrica a una nueva visión biocéntrica, paradigma con el que se busca construir una relación equilibrada entre sociedad y naturaleza. Consecuentemente, los derechos de la Madre Tierra se sitúan ahora formalmente en un nivel jerárquico de igualdad con otros derechos humanos. Del análisis y la revisión de la doctrina comparada, verificamos que su implementación ha supuesto marchas y contramarchas, por lo que el reconocimiento de derechos a la naturaleza no es la panacea para resolver la crisis climática actual. Entonces, es necesario que los operadores de justicia, a través de sus decisiones y jurisprudencia, la administración pública y todas las entidades pertinentes asuman con responsabilidad, convicción y compromiso para fortalecer y hacer efectivo el marco normativo vigente de protección y cuidado de la Madre Tierra. Asimismo, sirva también de espejo para que otros Estados repliquen este reconocimiento a nivel constitucional, y serán la naturaleza y las futuras generaciones las grandes beneficiarias.

Referencias

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
2010 *Ley N.º 071, Ley de Derechos de la Madre Tierra.*

CASAZOLA CCAMA, J.

2019 Los fundamentos filosóficos y jurídicos que justifican el reconocimiento de la Madre Tierra como sujeto de derecho. *Revista de Derecho*, 4(1), 21. Universidad Nacional del Altiplano.

CRUZADO PORTUGAL, L. S.

2022 *Análisis de la idoneidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en el ordenamiento peruano como medida para la protección efectiva del medio ambiente, en los términos planteados por los Proyectos Legislativos N.º 06957/2020-CR y N.º 08097/2020-CR.* (Tesis de maestría, PUCP). Sistema de Biblioteca PUCP.

ESTUPIÑÁN ACHURY, L.

2019 *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático.* Universidad Libre.

GREGOR BARIE, C.

2022 *Doce años de soledad de los derechos de la Madre Tierra en Bolivia. Naturaleza y Sociedad. Desafíos Medioambientales.* Universidad Libre de Ámsterdam (Países Bajos).
<https://doi.org/10.53010/nys4.05>

LANDRIEL PEDRAZA, J. A.

2022 El proceso constituyente boliviano y los derechos de la naturaleza. *Ciencia Latina, Revista Multidisciplinar*, 6(6), 9198-9219.
https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i6.4064

PINTO CALAÇA, I. Z., CERNEIRO DE FREITAS, P. J., DA SILVA, S. A., Y MALUF, F.

2018 La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista Latinoamericana de Bioética.*
<https://doi.org/10.18359/rlbi.3030>

RAMÍREZ VÉLEZ, M.

2012 *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en el Ecuador.* (Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador).

VALLE FRANCO, A., & RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, F.

2018 *La naturaleza como sujeto de derechos: reconocimiento formal y material en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.* IAEN, UNIR.
<https://doi.org/10.17163/abyaups.54.413>

CUARTA PARTE

DERECHO Y TECNOLOGÍA

De la fragmentación a la gobernanza global: lecciones históricas para una regulación internacional de la inteligencia artificial

From fragmentation to global governance: historical lessons for an
international regulation of artificial intelligence

José Manuel Romero Pardo

Abogado independiente

josromeropar@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1697-3101>

José Andrés Alday Pumaricra

Abogado independiente

andresalday03@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-3739-4213>

Resumen

En los últimos diez años, la inteligencia artificial (IA) ha llamado mucho la atención porque influye en cómo se administra todo, en la productividad y hasta en trabajos creativos como escribir textos para la universidad o diseñar imágenes. Se está extendiendo muy rápido en negocios, leyes, el trabajo y hasta en el ejército, pero no hay reglas internacionales para proteger los derechos básicos ni para que se desarrolle de forma responsable. En Europa están trabajando en normas como la Ley de IA de 2024 y el RGPD. En América Latina, algunos países están avanzando más que otros. Esto nos recuerda a cuando algunos temas, como los derechos de los trabajadores, el medio ambiente, las leyes humanitarias o la propiedad intelectual, se empezaron a regular solo en cada país. Después nos dimos cuenta de que necesitábamos acuerdos internacionales que establecieran estándares mínimos para cada Estado. Es por ello que la finalidad del presente artículo es evidenciar la necesidad de un marco regulatorio frente a la creciente tendencia de la IA en nuestra vida cotidiana.

Palabras clave: Inteligencia artificial, Marco regulatorio, Fragmentación.

Abstract

Over the past ten years, artificial intelligence (AI) has attracted significant attention because it influences governance systems, productivity dynamics, and even creative tasks such as producing academic writing or generating images. AI is expanding rapidly across business, law, work, and even the Army, but there are no international rules to protect basic rights or to ensure responsible development. In Europe, regulations such as the 2024 AI Act and the GDPR are being developed. In Latin America, some countries are advancing more than others. This is reminiscent of when certain issues, such as workers' rights, the environment, humanitarian laws, or intellectual property, were initially regulated only within individual countries. Later, it became clear that international agreements were needed to establish minimum standards for each state. Therefore, the purpose of this article is to highlight the need for a regulatory framework in response to the growing presence of AI in our daily lives.

Keywords: Artificial intelligence, Regulatory framework, Fragmentation.

Introducción

En la última década, la inteligencia artificial (IA) se ha constituido como un tema de creciente interés en espacios académicos y profesionales, en virtud de los efectos visibles que su desarrollo viene generando en diferentes ámbitos, puesto que ha ayudado a lograr el mejoramiento en la gestión administrativa y la eficiencia productiva; asimismo, también se advierte su presencia en áreas de carácter creativo. Sobre ello, cabe hacer mención de ejemplos tales como la creación de textos con fines académicos, el diseño de imágenes y la elaboración de estrategias organizacionales y tareas que antes exigían un análisis personal detallado (Russell & Norvig, 2020). Lo cierto es que su expansión se produce de manera paralela en diversos sectores, afectando realidades económicas, jurídicas, laborales y militares en países con contextos normativos muy diferentes entre sí. Ahora bien, esta misma velocidad con la que se desarrolla la IA deja al descubierto un problema que no puede ignorarse: todavía no existe un marco regulatorio de carácter internacional que logre, por un lado, garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, por otro, impulsar un crecimiento tecnológico que se sostenga con responsabilidad y visión de largo plazo.

No deja de llamar la atención la forma en que la inteligencia artificial (IA) se regula de manera desigual en distintas partes del mundo. Mientras que en la Unión Europea se perciben avances claros gracias a normas como el AI Act de 2024 y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que buscan ga-

rantizar aspectos relacionados con la transparencia, la explicabilidad y el manejo adecuado de riesgos en sistemas de alto impacto (European Commission, 2021; Marzetti, 2022), en América Latina la situación parece distinta, puesto que no todos los países han seguido el mismo camino en cuanto a la regulación de la inteligencia artificial. En el ámbito brasileño hay proyectos de regulación de la ley que tienen como inspiración el modelo europeo, como sucede con el Projeto de Lei 21/2020; no obstante, este ha sido archivado. Así también, en México existen algunos intentos normativos sin que estos lleguen a su concreción, tal como pasa en el Perú, país que ha aprobado la Ley N.º 31814 en 2023, ley que tiene por objetivo guiar la IA con fines éticos (AL SUR, 2024).

A pesar de los avances en lo que respecta a la regulación de la inteligencia artificial (IA), queda claro que esta tecnología, que genera repercusiones transnacionales, no pueda gestionarse eficazmente únicamente a partir de legislaciones internas (Bodansky, 2010). Esta situación trae a la memoria distintos procesos históricos en los que fenómenos sociales o tecnológicos comenzaron regulándose dentro de cada país, pero pronto demostraron sus limitaciones, lo que condujo a la necesidad de crear marcos normativos de alcance internacional. Por ejemplo, lo podemos ver con el derecho laboral, que pasó de ser regulaciones nacionales desiguales a dar paso a la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 (Organización Internacional del Trabajo, s.f.). De forma similar, podemos observar en materia ambiental cómo las políticas nacionales desvinculadas han llegado a acuerdos como el Protocolo de Montreal de 1987 o el Acuerdo de París de 2015. El derecho internacional humanitario también fue sometido a un proceso que finalizó en los Convenios de Ginebra de 1864 a 1949. De igual forma, la propiedad intelectual también fue desarrollada, primero mediante los Convenios de París (1883) y Berna (1886) y luego mediante el TRIPS en 1994 (World Trade Organization, 1994).

De todo el conjunto de elementos expuestos en este apartado surge la pregunta clave que estructura el presente trabajo: ¿Qué enseñanzas brindan los procesos históricos de regulación internacional de determinados fenómenos sociales respecto al desarrollo de marcos globales para la gobernanza de la IA? Este trabajo se propone analizar, en perspectiva histórica comparada, los antecedentes y reflexionar sobre la posibilidad de aplicar las enseñanzas de los mismos en las condiciones de regulación de la IA y, con ello, contribuir a la construcción de líneas estratégicas con el fin de forjar un marco internacional que se articule con lo realizado a nivel nacional, salvaguardando los bienes jurídicos universales y promoviendo un desarrollo tecnológico justo, responsable y equitativo.

Conceptualización de la inteligencia artificial y su naturaleza transnacional

Características fundamentales de la IA

La inteligencia artificial puede ser entendida como la parte de la informática cuyo objeto es desarrollar sistemas que, mediante razonamiento, percepción, aprendizaje, toma de decisiones, etc., realizan tareas propias de la inteligencia humana (Russell & Norvig, 2020). No obstante, esta definición se complementa con las características propias de este sistema, siendo una de las principales la autonomía, entendida como la capacidad de un sistema de inteligencia artificial para procesar tareas sin supervisión o intervención humana directa; dicha autonomía parte desde la ejecución de instrucciones programadas hasta la forma de realizar decisiones, todo ello en virtud del aprendizaje permanente y de la adaptabilidad a distintos contextos (Pérez, 2024).

En razón de ello, es la autonomía aquello que distingue, en contraste con las tecnologías más clásicas, puesto que la inteligencia artificial no se limita únicamente a automatizar tareas, sino que tiene la capacidad de modificar su propio comportamiento de acuerdo con las interacciones que desarrolla en su entorno y la información que se le es brindada. Esta autonomía, que puede ser considerada técnico-operativa, manifiesta un cierto grado de intencionalidad indirecta que se va construyendo por quienes crean estos sistemas, pues son los creadores de estos sistemas quienes establecen sus parámetros de funcionamiento, sus objetivos y sus límites (Suárez, 2024). Por ese motivo, podemos decir que, aunque los sistemas de IA parezcan ser autónomos en la forma en la que actúan, sus actuaciones están condicionadas por las decisiones humanas que fueron tomadas antes de su diseño, programación y entrenamiento.

Otra de las características relevantes de la inteligencia artificial es su imprevisibilidad, entendida como la capacidad que tienen estos sistemas para obtener resultados que, muchas veces, no pueden ser anticipados (Araya, 2020). Esta característica surge por medio del aprendizaje y el razonamiento creativo propios de la IA, lo cual le permite proponer soluciones que llegan incluso a superar las expectativas y la previsibilidad; un ejemplo de esto son los videojuegos o los sistemas de diseño generativo. Esta característica plantea desafíos para la regulación jurídica, pues hace difícil anticipar las consecuencias de su actuación e imputar responsabilidad en el supuesto de producirse un daño. Asimismo, implica retos éticos de tipo algorítmico, ya que, tal y como señalan Graff et al. (2022), los sistemas de IA —en particular aquellos de aprendizaje profundo— funcionan del modo en que se manifiesta lo que se ha denominado “cajas negras”, pues los procesos internos de decisión no son tan siquiera comprensibles para quienes los programan y, por el contrario, se presenta el fenómeno de la opacidad de los procedimientos que llevan a un cierto tipo de conclusiones o recomendaciones.

Finalmente, el aprendizaje automático, que puede considerarse la otra dimensión más relevante de la IA, adquiere forma mediante técnicas que incrementan la posibilidad de elevar el funcionamiento de los mismos mediante patrones en la data, como el Machine Learning (aprendizaje de máquina), o bien el Deep Learning (aprendizaje profundo), que se desarrolla a partir del funcionamiento de las redes neuronales que poseen los seres humanos para procesar grandes volúmenes de información y poder tomar decisiones de forma autónoma, y/o el Natural Language Processing (procesamiento de lenguaje natural), que permite la interacción del sistema de IA con el lenguaje humano en tareas de traducción, síntesis de texto o generación de respuestas contextuales (Cabanelas, 2019).

El aprendizaje permanente no proporciona únicamente una forma de conexión con el medio, alterando notablemente la relación entre la IA y el contexto, sino que transforma a la IA en un agente de respuesta que tiene la posibilidad de inducir cambios en sus respuestas y/o estrategias a medida que va procesando nueva información y datos, sin ceñirse solo a la gestión de instrucciones rígidas preestablecidas. Esta característica no solo produce beneficios competitivos en cualquier área de la vida humana (logística, salud, etc.), sino que también genera tensiones en cuanto a la regulación, en virtud de la incertidumbre sobre quién establece las responsabilidades en relación con el propio modelo, así como acerca de la calidad y seguridad de estos datos que alimentan al mismo (Pérez, 2024).

Externalidades transfronterizas y desafíos globales

La inteligencia artificial, al no tener barreras físicas, genera externalidades transfronterizas que escapan a la regulación de los Estados. Sobre esto, Bodansky (2010) señala que uno de los elementos que caracteriza los fenómenos globales es su carácter transnacional, es decir, el hecho de que los efectos son experimentados de forma simultánea por diversas jurisdicciones, y esta característica se ve aún más acentuada en el caso de la IA, que hace uso de plataformas digitales y de servicios online. Por ejemplo, un sistema de IA utilizado para el proceso de selección de personal en un país puede desencadenar discriminaciones algorítmicas que dañen a solicitantes de otra jurisdicción; los algoritmos de recomendación de contenidos en línea pueden influir en procedimientos electorales ajenos al país de utilización de los mismos; la IA autónoma militar puede acarrear consecuencias humanitarias mundiales, complicadas de enmarcar en la actualidad bajo los marcos normativos de la regulación existente (UNESCO, 2021).

Esta realidad plantea un problema estructural para la gobernanza jurídica, pues las regulaciones nacionales carecen de la eficacia necesaria para abordar riesgos que trascienden fronteras. Siguiendo a Florini (2003), las externalidades transnacionales proporcionan incentivos para que los gobiernos no adopten regulaciones o sean menos estrictos con aquellas, porque los beneficios de la

regulación se distribuyen en todos los países, mientras que el coste es soportado solamente por quienes eligen un nivel de regulación más elevado. Esto se ve reforzado por la competencia global, donde en muchos casos se desarrollan sistemas de IA sin límites éticos. A este problema se le adiciona la problemática de la asimetría normativa, ya que los Estados que tienen regulaciones débiles son los lugares de desarrollo y experimentación de una IA sin garantías de los derechos fundamentales, generando riesgos sistémicos para la dignidad humana y la seguridad global (UNESCO, 2021).

Tal como se ha señalado, en la actualidad hay iniciativas nacionales, como las que contiene el AI Act de la UE, proyectos que están en curso en Brasil y México, o la concepción de estrategias de IA como las que están en desarrollo en Chile, Perú y Colombia, lo que pone de manifiesto los avances existentes que son importantes, pero que resultan insuficientes (Coding Rights, 2024; Senado Federal, 2023). Esto se debe a que estos instrumentos plantean principios éticos y jurídicos internos, pero no establecen regulaciones globales, por lo que para las empresas multinacionales quedan zonas de incertidumbre jurídica que pueden dar lugar a vacíos normativos que cabe esperar terminen siendo explotados por actores económicos o por gobiernos con fines contrarios al interés público global.

Aunado a ello, también se puede advertir la insostenibilidad de esta situación teniendo en cuenta que la IA plantea riesgos para la paz, la democracia, la igualdad y los derechos humanos, que no pueden ser eventualmente tratados solamente mediante leyes nacionales, siendo necesario establecer un marco regulatorio internacional que establezca principios y estándares mínimos vinculantes para todos (UNESCO, 2021).

Otro de los grandes retos que resultan de las externalidades transfronterizas de la IA es el impacto que tienen sobre el trabajo en los mercados de las diversas economías del mundo. Esto es así porque la automatización inteligente no afecta solo el mercado laboral de una localidad, sino que a la vez altera las cadenas productivas internacionales. La ILO (2021) pone de manifiesto que la IA abre oportunidades a empleos con elevada capacitación a la vez que elimina los tradicionales y “frágiles”, contribuyendo así a la precarización de las condiciones laborales de los menos calificados. Un ejemplo de ello puede encontrarse en los algoritmos de gestión logística utilizados por las plataformas globales: pueden llegar a suponer un desplazamiento de la mano de obra de los países en vías de desarrollo, dado que la optimización tiende a concentrarse en centros automatizados que tienden a estar localizados en economías más avanzadas. De esta manera, se genera desempleo estructural en las economías afectadas sin que los Estados cuenten con la suficiente capacidad para regular a las empresas.

Este fenómeno, que recibe el nombre de “desplazamiento algorítmico transnacional”, pone de manifiesto cómo la IA no es simplemente una herramienta

más con el objetivo de ser eficiente, sino que, en cambio, funciona como un agente que redistribuye el poder económico y laboral de forma transnacional, y que puede llegar al extremo de acentuar las desigualdades entre aquellos Estados con mayores recursos tecnológicos y los que continúan dependiendo de industrias intensivas en mano de obra (ILO, 2021).

Regulación actual de la IA: un panorama fragmentado

La Unión Europea como referente regulatorio

La Unión Europea se ha consolidado como un referente internacional sobre la IA y su marco regulatorio, debido a su enfoque integral entre la protección de los derechos constitucionales y la innovación tecnológica. La Unión Europea, desde el periodo 2019 al 2024, ya venía proponiendo algunas primeras orientaciones políticas sobre la IA como un eje estratégico de su revolución digital, lo que se materializó finalmente en el “Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial”, donde se planteó la necesidad de construir un ecosistema de confianza que garantice su implementación segura y ética en el territorio europeo (Girgado, 2022, p. 3617).

En ese sentido, un elemento clave del marco regulatorio europeo es la Ley de Inteligencia Artificial (AI Act) en 2024, la primera norma jurídica vinculante para los Estados partes. Este reglamento tiene como objetivo garantizar que los sistemas de IA operen de forma segura y respetuosa con los derechos constitucionales y, a su vez, impulsar su uso en beneficio de la sociedad y el desarrollo económico (Art. 1 AI Act). En dicho reglamento también se establece la clasificación de los sistemas de IA según su nivel de riesgo, siendo necesario tener mayor cuidado en los considerados de alto riesgo al momento del procesamiento de datos, dependiendo del área donde se utilicen, como en el sector de educación, justicia, seguridad o migraciones. Esto es armonioso con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que busca proteger el recojo, almacenamiento y gestión de datos personales por parte de empresas y organizaciones.

Asimismo, desde la perspectiva infraestructural, el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública del Gobierno de España ha creado la Estrategia de IA 2024. Este documento se alinea a los objetivos de la Unión Europea al fomentar la creación de centros de procesamiento de datos sostenibles que resultan imprescindibles para la IA. Esta estrategia reconoce que el desarrollo de la IA requiere una infraestructura computacional robusta, que garantice la capacidad de almacenamiento, procesamiento y eficiencia energética necesaria para su operatividad, buscando así consolidar a España como uno de los primeros países en la vanguardia del uso estratégico de la IA.

Por lo visto, la Unión Europea se ha propuesto convertirse en un centro mundial de excelencia para el uso eficiente de la IA, conforme lo podemos ver en los lineamientos del Enfoque Europeo de la IA. Un ejemplo de ello es el Plan de Acción para el Continente de la IA, aprobado en abril de 2025, cuya finalidad es reforzar el liderazgo global de Europa mediante el fomento de tecnologías de IA que respeten los valores democráticos y los derechos humanos.

No obstante, es importante señalar que en 2025 la regulación de la IA continúa siendo objeto de amplio debate en Europa y en el mundo. Durante un seminario realizado en UC Berkeley sobre regulación de la IA, se reflexionó acerca de si esta tecnología podría reemplazar a los jueces, recordando que esta interrogante no es nueva, pues desde el Derecho romano hasta Leibniz se ha buscado automatizar la justicia mediante reglas claras y predecibles (Sumar, 2025).

América Latina: avances nacionales y carencia de marco regional

Si bien es cierto que América Latina, en comparación con Europa, aún tiene una gran tarea pendiente por cubrir dentro del plano regulatorio de la IA, ya existen diferentes avances que permiten un mejor tratamiento de la misma.

Uno de los países con mayor alcance en cuanto a la regulación de la IA es México, donde se ha intentado emular lo desarrollado en Europa respecto de la Ley de la Inteligencia Artificial, por medio de propuestas legislativas. Asimismo, otro de los países con avances en la regulación de la IA es Perú, donde, por medio de la Ley N.º 31814, promulgada en el año 2023, se da un especial énfasis a la protección al consumidor, la regulación del gobierno digital, el uso de la IA en el sistema financiero y su implementación en la persecución penal y la administración de justicia. En dicho cuerpo legal se establecen principios importantes, tales como altos estándares de seguridad, desarrollo ético y respeto de la privacidad (Coding Rights, 2024, p. 12).

Por otra parte, en Colombia, en el año 2019 se promulgó la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial, la cual tiene como finalidad potenciar la generación de valor social y económico por medio del empleo de tecnologías digitales tanto en el sector público como en el sector privado. Asimismo, los lineamientos generales de este cuerpo legal están comprendidos por la disminución de las barreras que limitan el uso de tecnologías digitales, la creación de condiciones eficaces para la innovación digital y también lograr el desarrollo necesario para permitir al país una correcta adaptabilidad a los cambios económicos y sociales generados por la IA (Salazar & Weck, 2020, p. 39).

En ese sentido, López Ardila, G., Lesmes, J. y Díaz, V. (2025), en Colombia, han elaborado un documento sobre el estado de la ciberseguridad y la inteligencia artificial, haciendo un diagnóstico del país colombiano como de los demás países. Puntualmente, para el presente diagnóstico se consideraron tres fuentes

de información: i) Global AI Index 2024 de Tortoise; ii) Government AI Readiness Index 2023 de Oxford Insights; y iii) Índice Latinoamericano de IA (ILIA) 2024 de Cenia (pp. 73-74).

Los resultados del Global AI Index 2024 posicionan a Estados Unidos como el líder en el uso de la IA en su gestión, seguida por China como segunda posición, luego, en tercer lugar, a Singapur y, en relación con los países de América Latina, se tiene a los tres primeros dentro del ranking elaborado por Tortoise: a Brasil en el puesto 30°, a Chile en el puesto 38° y a Colombia en el puesto 51° (López Ardila, G., Lesmes, J. y Díaz, V., 2025, p. 73).

Los resultados del Government AI Readiness Index 2023 presentan un ranking similar al de Tortoise, posicionando a Brasil, Chile y Colombia en los puestos 32°, 41° y 53°, respectivamente (López Ardila, G., Lesmes, J. y Díaz, V., 2025, p. 74).

En relación con los resultados del Índice Latinoamericano de IA (ILIA) 2024, se posiciona a Chile como el pionero en Latinoamérica respecto al desarrollo y ecosistema de IA, siendo Colombia el quinto en la escala de los países de América Latina y el Caribe (López Ardila, G., Lesmes, J. y Díaz, V., 2025, p. 73). En relación con Perú, ocupa el puesto 8°, siendo un país adoptante del uso de la IA.

Otro de los grandes precursores de la regulación de la IA en América Latina es Brasil, país comprometido con el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, donde, a su vez, está desarrollando grandes avances desde el plano legislativo, puesto que está buscando adoptar un modelo con un alto grado de flexibilidad para así lograr adaptarse a la inminente evolución de las nuevas tecnologías y asegurar, de ese modo, un desarrollo constante, sin desistir de las normas y responsabilidades relacionadas con el respeto de los derechos humanos (Pimentel, 2023, p. 23).

Procesos históricos de regulación internacional: lecciones para la gobernanza de la IA

Derecho laboral internacional y la OIT (1919)

Los derechos laborales buscan garantizar la dignidad humana de quienes participan en el mercado de trabajo y establecer límites al poder del empleador, teniendo como finalidad equilibrar las relaciones entre el empleador y el trabajador, asegurando condiciones dignas de empleo, protección social, libertad sindical, etc. (García Murcia, 2019, p. 9).

Si queremos hablar sobre el origen de los derechos laborales, tendríamos que citar a Hunt Ortiz (2007), quien relata que la Revolución Industrial durante el siglo XIX en Europa y América del Norte trajo como consecuencia la respuesta

de los trabajadores frente a condiciones inhumanas de trabajo, como largas jornadas laborales, ausencia de seguridad social y salarios bajos. Así, comenzaron a consolidarse los primeros movimientos sindicales sobre la necesidad de una legislación que protegiera al trabajador frente a la desigualdad estructural con su empleador.

En este proceso histórico destaca la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada por las Naciones Unidas, que tiene como mandato promover la justicia social y los derechos laborales reconocidos internacionalmente. La OIT fue fundada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, el cual puso punto final a la Primera Guerra Mundial, surgiendo de la firme convicción de que una paz universal y duradera solo puede lograrse si se basa en la justicia social (International Labour Organization, s.f.).

Conforme lo afirma Hunt Ortiz (2007), desde su constitución ya se plasmaba la preocupación de las Naciones Unidas por las condiciones de trabajo injustas y miserables que amenazaban la paz mundial, trazándose como misión la promoción de mejores condiciones laborales en todo el mundo. Por su parte, el International Labour Organization (s.f.) indica que se organizó con sede en Ginebra y con Albert Thomas como su primer director al mando, e impulsó la adopción de nueve convenios internacionales del trabajo y diez recomendaciones en menos de dos años, destacando temas como la protección de la maternidad y el trabajo infantil.

Sin embargo, aunque la OIT constituye un sistema normativo sólido y de gran proyección internacional, presenta ciertas limitaciones, como su dependencia de la ratificación y transposición por parte de cada Estado, lo que genera falta de uniformidad y efectividad real de sus normas. Además, su marco no es autosuficiente ni autónomo, pues requiere articularse con los sistemas jurídicos nacionales, lo que puede provocar problemas de compatibilidad y resistencia en su implementación. Asimismo, posee una capacidad sancionadora limitada, ya que se basa principalmente en mecanismos de supervisión y recomendaciones, dependiendo más de su legitimidad moral que de la coercitividad jurídica para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones (García Murcia, 2019, p. 9).

Derecho ambiental y el Acuerdo de París (2015)

El derecho ambiental internacional ha crecido como reacción ante uno de los retos más serios que enfrenta el planeta: el cambio climático. Su trayectoria inicia con la inquietud mundial que la industrialización y las emisiones de gases de efecto invernadero aumentaron a partir de finales del siglo XX. De ahí surge, en 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), documento que establece el primer marco legal para luchar contra este fenómeno; a esto le sigue, en 1997, el Protocolo de Kioto, que estableció compro-

misos vinculantes de reducción de emisiones para los países más ricos. Por último, en 2015, el Acuerdo de París se presenta como el primer gran pacto ambiental del siglo XXI, proponiendo limitar el calentamiento global muy por debajo de 2 °C y, si es posible, a 1,5 °C sobre niveles preindustriales (Garín, 2019).

Pese al avance formal de estos textos, el camino aún es largo. Primero, porque el cambio climático es un problema perverso que implica dimensiones económicas, sociales, políticas y jurídicas entrelazadas; esa complejidad hace que cada Estado reaccione con fórmulas muy distintas, a menudo guiadas más por su propio interés (Garín, 2019). Además, el régimen internacional ha recibido duras críticas por su lentitud en la implementación de sus instrumentos adoptados en el marco de la CMNUCC y la falta de eficiencia. Al respecto, Aguayo Armijo (2022) elabora un cuadro que resume los principales instrumentos adoptados en este proceso histórico:

Instrumento	Fecha de adopción (y de entrada en vigor si el instrumento es vinculante)	Valor jurídico del instrumento
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático	9 de mayo 1992 (en vigencia el 21 de marzo de 1994)	Vinculante
Protocolo de Kioto	11 de diciembre de 1997 (en vigencia el 16 de febrero de 2005)	Vinculante
Acuerdo de Copenhague	18 de diciembre de 2009	<i>Soft law</i>
Acuerdos de Cancún	11 de diciembre de 2010	<i>Soft law</i>
Enmienda de Doha al Protocolo de Kioto	8 de diciembre de 2012 (en vigencia el 31 de diciembre de 2020)	Vinculante
Acuerdo de París	2 de diciembre de 2015 (en vigencia el 4 de noviembre de 2016)	Vinculante

Fuente: Elaborado por Aguayo Armijo, 2022.

Sin embargo, aunque el Acuerdo de París ha renovado la idea de obligaciones multilaterales, carece de objetivos rigurosos y vinculantes para cada Estado parte y tiene que depender de las contribuciones determinadas a nivel nacional. Si bien ese es un enfoque más flexible y menos invasivo, también permite que el comportamiento del gobierno nacional dependa de una serie de factores, incluido el nivel de descontento popular que surge de las prácticas climáticas (Aguayo Armijo, 2022).

Además, el Acuerdo de París también introdujo otros cambios en la política climática internacional. En primer lugar, estableció un sistema híbrido que

combina obligaciones internacionales generales con compromisos nacionales autoimpuestos; ello supuso un esfuerzo por parte de los países de encontrar un compromiso entre los intereses divergentes para actuar de manera colectiva sin negar la acción climática ambiciosa (Aguayo Armijo, 2022). En segundo lugar, el acuerdo ofreció una revisión progresiva mediante la revisión quinquenal de las contribuciones determinadas a nivel nacional para aumentar su ambición, así como mecanismos de cooperación y financiamiento para países en desarrollo. Este marco ha impulsado a los Estados a diseñar políticas nacionales más integradas y coherentes con los objetivos internacionales (Garín, 2017).

Sin embargo, en la actualidad persisten problemas que desafían la eficacia del Acuerdo de París, como lo es la insuficiencia de los compromisos actuales para limitar el calentamiento global a 1.5 °C, pues los escenarios previstos indican un aumento mayor si no se incrementan sustancialmente las medidas de mitigación (Garín, 2017). Además, la falta de cumplimiento efectivo y la ausencia de un mecanismo sancionador vinculante reducen su fuerza coercitiva, dependiendo casi exclusivamente de la voluntad política de los Estados (Aguayo Armijo, 2022).

Propiedad intelectual y el sistema TRIPS (1994)

La idea de la propiedad intelectual surge de la necesidad de cuidar las creaciones humanas, desde patentes y diseños industriales hasta novelas y pinturas. Este impulso se volvió urgente con la invención de la imprenta, que hizo necesario establecer reglas de derechos de autor para asegurar el crédito moral de los autores y fomentar el flujo cultural y científico (Fazio, 2018). Esa preocupación comenzó a institucionalizarse en el siglo XIX, cuando se firmaron grandes tratados como el de París de 1883, para la Protección de la Propiedad Industrial, y el de Berna de 1886, que protegía libros y obras artísticas. Antes, en 1791, la Asamblea Nacional Francesa ya había proclamado que el derecho de autor era una extensión del dominio sobre los descubrimientos, y en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reafirmó que toda persona debe poder beneficiarse de su trabajo intelectual, ya sea en ciencia, literatura o arte (Rozanski, 2003). De este modo, la ley sobre propiedad intelectual fue creciendo como herramienta para animar la innovación, resguardar la creatividad y ordenar el comercio de bienes intangibles.

Sin embargo, este camino no ha estado libre de problemas. Según Fazio (2018), la propiedad intelectual, creada originalmente con ímpetus morales y sociales, se ha convertido hoy en una herramienta económica que facilita la venta de bienes científicos y culturales, y lo hace, sobre todo, en beneficio de las grandes empresas transnacionales. Por esa misma razón, su papel actual está puesto en tela de juicio: en vez de abrir un acceso democrático al saber y a la

cultura, acaba ampliando la distancia entre quienes pueden aprovechar esas licencias y los que quedan fuera de juego. En el ámbito internacional, Escobar Domínguez y Moreno Cruz (2023) advierten que la inclusión de estos derechos en el sistema multilateral por medio del ADPIC cortó las posibilidades de que los países en desarrollo y los más rezagados adopten políticas más laxas, tal como hicieron Japón y Corea del Sur durante su propia industrialización para fortalecer la capacidad tecnológica.

Así las cosas, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS), de 1995, avalado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), marcó un punto de inflexión global, ya que armonizó por primera vez normas mínimas de protección para derechos de autor, patentes, marcas y modelos industriales (Rozanski, 2003). En este nuevo marco jurídico, obligó por primera vez a los países miembros a modificar sus legislaciones internas para alinearse con dichos estándares, eliminando la posibilidad de discriminar entre campos tecnológicos y ampliando los derechos de patentabilidad (Escobar Domínguez y Moreno Cruz, 2023).

Aun así, hoy por hoy el sistema TRIPS sigue recibiendo críticas y enfrenta serios problemas. Primero, su diseño mostró límites durante la pandemia de COVID-19, cuando las patentes sobre vacunas y herramientas médicas retardaron un acceso justo y rápido y parecieron anteponer intereses comerciales a derechos humanos básicos (Escobar Domínguez y Moreno Cruz, 2023). Segundo, la rigidez de sus normas impide aceptar excepciones o salvaguardias que respondan a prioridades nacionales en salud, seguridad alimentaria o cambio climático, aun cuando el propio texto del acuerdo sugiere que esas lecturas más equilibradas son viables (Escobar Domínguez y Moreno Cruz, 2023). Por último, la creciente expansión de la propiedad intelectual actúa como un nuevo cercamiento sobre el conocimiento, la cultura y los bienes de la naturaleza, y plantea interrogantes éticos y filosóficos sobre su legitimidad, dado que refuerza la lógica mercantil sobre los recursos que deben ser comunes a toda la humanidad (Fazio, 2018).

Hacia un marco regulatorio internacional para la inteligencia artificial

Justificación y necesidad de un tratado internacional sobre IA

Conforme hemos venido analizando los distintos procesos históricos respecto al derecho laboral internacional con la OIT, el derecho ambiental con el Acuerdo de París y el derecho de propiedad intelectual con TRIPS, podemos observar que nacieron como una solución frente a los problemas globales concretos que excedían la capacidad de los Estados para enfrentarlos de forma individual. Es así que la OIT surgió frente a la explotación laboral generada por la revolución industrial, el sistema TRIPS se acuerda frente a la necesidad de armonizar los de-

rechos de propiedad intelectual dentro de un comercio global interdependiente, y el Acuerdo de París nace como reacción ante un cambio climático que, por su naturaleza transversal, no puede resolverse aisladamente. Sin embargo, cada proceso enfrentó sus propios desafíos, pues, como todos los grandes cambios sociales, se debió primero luchar por ello.

A pesar de las notorias diferencias entre los procesos históricos analizados, un punto en común es que todos nacieron frente a una realidad problemática estructural a nivel global, las cuales era necesario abordarlas mediante una regulación internacional unificada que estableciera estándares mínimos obligatorios y la coordinación entre los Estados, para garantizar derechos fundamentales y crear un marco de gobernanza global acorde con los derechos humanos. Este factor revela que, históricamente, cuando los desafíos sociales, ambientales o económicos trascienden fronteras y ponen en riesgo la dignidad humana, el orden mundial recurre a tratados o convenios internacionales como instrumentos para articular soluciones colectivas frente a la fragmentación normativa.

Actualmente, de los hallazgos encontrados se puede advertir que la regulación internacional de la IA presenta un panorama fragmentado, con grandes avances como el de la Unión Europea, que mediante el AI Act busca garantizar un uso seguro, ético y respetuoso con los derechos humanos. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos normativos, es imposible poder regular el uso eficiente y adecuado de la IA a nivel global, pues su ámbito de aplicación se limita a Europa, dejando de lado otras regiones como América Latina, en donde también se ha intentado regular el uso de la IA, pero de forma parcial y dispersa, limitada a los marcos nacionales como la Ley N.º 31814 de Perú o la Política Nacional de Colombia. Esta diferencia pone de manifiesto la falta de un acuerdo internacional obligatorio que fije normas básicas mundiales sobre la IA. Esto es preocupante porque su progreso, uso y peligros cruzan fronteras y podrían tener efectos mundiales en los derechos humanos, la seguridad, la economía y el gobierno democrático.

Un caso importante es el de Estados Unidos, donde la Corte Suprema de Arkansas, en su Orden N.º 25 sobre Inteligencia Artificial (Supreme Court of Arkansas, 2025), ha establecido un precedente importante sobre el uso de la IA en el sistema judicial. La corte dictaminó que jueces, funcionarios y personal judicial no deben ingresar información confidencial en herramientas de IA comerciales como ChatGPT. Esto se debe a que estas plataformas guardan datos para entrenar sus modelos, lo que podría poner en riesgo información privada, como documentos judiciales, fallos no publicados o nombres de víctimas, permitiendo que se almacenen y reutilicen sin control.

Por lo tanto, es esencial crear un tratado internacional específico para la regulación de la inteligencia artificial. Esto no solo permitiría coordinar los esfuerzos

regulatorios actuales, sino también cerrar las brechas normativas entre regiones y evitar que la IA se use de forma arbitraria, con efectos desiguales y sin protecciones comunes. De forma similar a cómo la OIT se creó en respuesta a la explotación laboral transnacional y el Acuerdo de París ante la crisis climática global, la veloz aplicación de la IA en todos los aspectos de la vida humana requiere un marco internacional unificado que asegure su uso responsable, proteja la dignidad humana y fomente la cooperación tecnológica con justicia y equidad global.

Propuesta de principios orientadores para un marco global

Los principios orientadores para este marco legal internacional deben servir para establecer el ámbito de aplicación de dicho instrumento legal. En función de los marcos normativos analizados, se propone la implementación de los siguientes:

- **Transparencia:** Se exige la transparencia de los sistemas de IA, informando a los usuarios sobre su uso, datos de entrenamiento, responsables y criterios operativos clave. Esto es central para construir confianza y asegurar que las decisiones automatizadas sean auditables y supervisables.
- **Explicabilidad:** Requiere que los sistemas de IA justifiquen sus decisiones o sugerencias con razones claras. La IA no debe ser una caja negra, sino que debe permitir a las personas comprender cómo y por qué se alcanza un resultado, en especial si afecta derechos básicos.
- **Protección de los derechos humanos:** Exige que todo desarrollo y uso de la IA respete la dignidad, igualdad y libertad de las personas. Los sistemas de IA no deben discriminar, violar la privacidad o reemplazar decisiones humanas en áreas críticas como justicia, salud o seguridad social, priorizando el bienestar humano. Para ello, es necesario que se implementen políticas de seguridad en cada IA a fin de que se resguarden los derechos humanos.
- **Prohibición de IA autónoma letal:** Busca evitar la creación o el empleo de sistemas de IA que decidan por sí mismos causar daño o muerte, como armas letales autónomas. Este principio insiste en que las decisiones sobre la vida o la integridad humana no deben delegarse a máquinas sin supervisión humana.
- **Cooperación internacional:** Es necesaria la coordinación entre Estados para crear normas comunes, compartir buenas prácticas, impulsar la innovación responsable y prevenir su uso indebido o con fines que amenacen la paz y la seguridad internacional.

Conclusiones

El estudio permitió comprobar que los procesos históricos de regulación internacional, como los vinculados al derecho laboral, ambiental y de propiedad intelectual, ofrecen valiosas enseñanzas para la construcción de un marco global de gobernanza de la inteligencia artificial (IA). En todos estos casos, los Estados se vieron obligados a trascender la regulación doméstica para enfrentar problemas de carácter transnacional que comprometían bienes jurídicos universales. Así, la creación de la OIT en 1919, el Acuerdo de París en 2015 y el sistema TRIPS en 1994 evidencian que la cooperación internacional y la estandarización normativa son respuestas necesarias cuando los fenómenos superan la soberanía nacional y amenazan la dignidad humana o el equilibrio global.

Del examen comparado se evidencia que la fragmentación jurídica constituye un obstáculo recurrente frente a los desafíos globales. De igual forma, el actual desarrollo de la IA reproduce esa misma dispersión normativa, con regiones como la Unión Europea avanzando hacia una regulación integral, mientras América Latina mantiene esfuerzos parciales y desarticulados. Dicha disparidad genera vacíos legales y asimetrías éticas que pueden derivar en afectaciones a los derechos fundamentales y en un uso desigual de la tecnología. Por tanto, la principal enseñanza de los procesos históricos analizados es que solo mediante la coordinación supranacional y la adopción de principios jurídicos comunes es posible lograr una gobernanza legítima y eficaz.

En consecuencia, el desarrollo de la IA exige la creación de un tratado internacional vinculante que establezca estándares mínimos globales inspirados en experiencias previas de cooperación multilateral. Dicho instrumento debería cimentarse en los principios de transparencia, explicabilidad, protección de los derechos humanos, responsabilidad compartida y prohibición de sistemas autónomos letales. De esta manera, la comunidad internacional no solo reproduciría las lecciones del pasado, sino que avanzaría hacia un nuevo paradigma jurídico capaz de equilibrar la innovación tecnológica con la preservación de la dignidad humana y la justicia global.

Referencias

AGUAYO ARMIJO, F.

2022 El cambio climático como problema global: herramientas jurídicas para conciliar ambición y eficacia y el rol del Acuerdo de París. *Desafíos*, 34(1).

<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.10831>

AL SUR

2024 *Caminos regulatorios para la IA en América Latina. Recopilación de estudios de caso de Brasil, México, Perú y Colombia.* National Endowment for Democracy.

ARAYA, C.

2020 Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 257–290.
<https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54489>

BODANSKY, D.

2010). *The Art and Craft of International Environmental Law.* Harvard University Press.

CABANELAS, J.

2019 Inteligencia artificial: ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde? *Mercados y Negocios*, 40, 5–22.

CÂMARA DOS DEPUTADOS

2023 *Projeto de Lei nº 2338, de 2023.*
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>

CODING RIGHTS

2024 *Caminos regulatorios para la IA en América Latina. Recopilación de estudios de caso de Brasil, México, Perú y Colombia.* National Endowment for Democracy.

ESCOBAR DOMÍNGUEZ, A., & MORENO CRUZ, M. M.

2023 Propiedad intelectual y transferencia de tecnologías ecológicamente racionales: apuntes sobre el preámbulo, los objetivos y principios del acuerdo sobre los ADPIC. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 14, Art. 40.
<https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v14n1-art40>

EUROPEAN COMMISSION

2021 *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act). COM(2021) 206 final.*
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>

s.f. *European approach to artificial intelligence. Shaping Europe's digital future.*
<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-approach-artificial-intelligence>

EUROPEAN UNION

s.f. *Protección de datos (GDPR). Your Europe.*
https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm

FAZIO, A.

2018 La crítica social a la propiedad intelectual. *Signos Filosóficos*, 20(39), 116–143.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242018000100116

FLORINI, A.

2003 *The Coming Democracy: New Rules for Running a New World.* Brookings Institution Press.

GARCÍA MURCIA, J.

2019 La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo. *Documentación Laboral*, 116, 9–16.

GARÍN, A. L.

2017 Novedades del Sistema de Protección Internacional de Cambio Climático: el Acuerdo de París. *Estudios Internacionales* (Santiago), 49(186), 137 – 167.

<https://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2017.45222>

2019 Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre cambio climático. *Revista Derecho del Estado*, 44, 195–226.

<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.08>

GIRGADO, A.

2022 La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea y su repercusión en el contrato de seguro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 3612–3641.

HUNT ORTIZ, J. F.

2007 La Organización Internacional del Trabajo: Un milenio de oportunidades. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 53(209).

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2007000400001

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

s.f. *Historia de la OIT.*

<https://www.ilo.org/es/acerca-de-la-oit/historia-de-la-oit>

LLAMAS, J., MENDOZA, O., & GRAFF, M.

2022 Enfoques regulatorios para la inteligencia artificial (IA). *Revista Chilena de Derecho*, 49(3), 31–62.

<https://doi.org/10.7764/R.493.2>

LÓPEZ ARDILA, G., LESMES, J., & DÍAZ, V.

2025 *Estado de la ciberseguridad y la inteligencia artificial en Colombia*. TIC - TicTac y CCIT.

MARZETTI, M.

2022 La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea: ¿Un espejo para América Latina? *Anuario de Derecho Privado*, 4, 109–135.

<http://dx.doi.org/10.15425/2022.650>

MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

2024 *Estrategia Europea de IA 2024*. Gobierno de España.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2021 *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.*

https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749

s. f. *Historia de la OIT.*

<https://www.ilo.org/es/acerca-de-la-oit/historia-de-la-oit>

PÉREZ, M.

2024 Análisis comparado de los distintos enfoques regulatorios de la inteligencia artificial en la Unión Europea, EE. UU., China e Iberoamérica. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28(1), 129–156.

<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.05>

PIMENTEL, A.

2023 Regulación brasileña de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXXIII(287).

<https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.287.86399>

ROZANSKI, F.

2003 El valor de la propiedad intelectual en los países en desarrollo. *Interciencia*, 28(2), 105–110.

RUSSELL, S., & NORVIG, P.

2020 *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (4.ª ed.). Pearson.

SALAZAR, L., & WECK, W.

2020 *Inteligencia artificial en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung.

SUÁREZ, F., & BAUTISTA, A.

2024 Autonomía de la inteligencia artificial: una reflexión crítica desde la filosofía kantiana. *SUMMA*, 6(1), 1–11.

<https://doi.org/10.47666/summa.6.1.9>

SUMAR, O.

2025 IA, justicia automatizada y arbitrariedad. *Diario Gestión*.

<https://blogs.gestion.pe/menulegal/2025/06/ia-justicia-automatizada-y-arbitrariedad.html>

SUPREME COURT OF ARKANSAS

2025 *In re Creation of Arkansas Supreme Court Administrative Order N° 25. Artificial Intelligence*.

UNESCO

2021 *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*.

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920>

WORLD TRADE ORGANIZATION

1994 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*.

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

QUINTA PARTE

**DERECHO CIVIL, FAMILIA Y
CONFLICTOS DE INTERÉS**

La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación

Shared custody and the best interests of the child principle:
jurisprudential conflicts and application criteria

Wiliam Condori Mamani

Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú

024200023h@unadina.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0005-6758-464X>

Resumen

En las últimas dos décadas se ha visto con mucha preocupación la gran incidencia de separación de parejas que conllevan de alguna u otra manera al conflicto patrimonial y no patrimonial. Dentro de este último, se ha visto con mucha incidencia el conflicto de tenencia de los menores hijos; sin embargo, uno de los aspectos que más se discute es la figura de la tenencia compartida, institución que es promovida de manera responsable por el Estado, en armonía con el principio del interés superior del niño y del adolescente, recogido inclusive en la Ley N.º 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño – y la emisión de la Ley N.º 31590, que modificó los artículos 81º y 82º del Código de los Niños y Adolescentes. La legislación, así como la jurisprudencia, han establecido algunos criterios para determinar la tenencia y, de manera exclusiva, la tenencia compartida, incidiendo de manera puntual en la vigencia del principio del interés superior del niño y del adolescente. El principio del interés superior del niño y del adolescente es un principio que orienta a la posibilidad de preferir los intereses de los menores, sin exposición a algún tipo de riesgo que cause grave perjuicio irreparable en el menor. La Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional peruano han coincidido en establecer la prioridad de atención en los

derechos de los menores, entendiendo la tenencia no solo como un derecho de los menores, sino como aquel derecho y deber de los padres, posibilitando el cumplimiento de los deberes morales de los padres para con los hijos.

Palabras clave: Tenencia, Tenencia compartida, Interés superior del niño y del adolescente.

Abstract

Over the past two decades, there has been significant concern regarding the high incidence of couple separations, which, in one way or another, lead to patrimonial and non-patrimonial conflicts. Among the latter, custody conflicts over minor children have become particularly prevalent; however, one of the most debated aspects is the concept of shared custody, an institution responsibly promoted by the State in harmony with the principle of the best interests of the child and adolescent, as enshrined in Law No. 30466 – Law establishing procedural parameters and guarantees for the primary consideration of the best interests of the child – and the enactment of Law No. 31590, which amended Articles 81 and 82 of the Code of Children and Adolescents. Legislation, as well as jurisprudence, has established certain criteria for determining custody and, specifically, shared custody, focusing on the application of the principle of the best interests of the child and adolescent. This principle guides the prioritization of the child's best interests without exposing them to any risk that could cause serious and irreparable harm. The Supreme Court of the Republic and the Peruvian Constitutional Court have agreed on prioritizing the protection of minors' rights, understanding custody not only as a right of the minors but also as a right and duty of the parents, enabling the fulfillment of their moral responsibilities toward their children.

Keywords: Custody, Shared custody, Best interests of the child and adolescent.

Introducción

La tenencia, en palabras del destacado jurista peruano Alex Plácido (2002), es cuando los padres tienen el derecho y deber de tener a los hijos en su compañía y de recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. Por su parte, Sokolich (2005) señala que la tenencia es un atributo de la patria potestad y es un deber-derecho preferente de uno de los padres de vivir en compañía de su hijo cuando se ha producido una situación de desavenencia con el otro progenitor que desplaza a uno de ellos de la convivencia.

La institución jurídica de la tenencia de menores no deja de ser relevante para la configuración de la familia, toda vez que, por un lado, se prioriza otorgar la custodia del menor siempre a la mamá, conforme así se desprende del artículo 423°, inciso 5, del Código Civil y del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; y de las mismas normas jurídicas también se pueden desprender, como un primer criterio a optar por los operadores de justicia, la llamada “tenencia y/o custodia compartida” a favor de los padres. Es así que consideramos que no existe criterio absoluto para establecer la tenencia compartida. Por ello, en el presente tema abordamos La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación, cuyo objeto es analizar y explicar las últimas tendencias jurisprudenciales sobre tutela de menores, tomando en consideración las últimas reformas del Código de los Niños y Adolescentes y del Código Civil.

En ese contexto, el tema de la tenencia compartida fue abordado en diferentes trabajos de investigación, entre los cuales tenemos la tesis presentada por Aida Rosario Ramos Velazco para la obtención del título profesional de abogado en la Universidad Nacional del Altiplano Puno, quien arribó a la conclusión de que la tenencia compartida promueve la obstrucción sobre el vínculo paterno-filial. Esto en razón de que permite generalmente la privación a los varones del contacto con sus hijos, situación que, si se llegase a prolongar y practicarse de forma reiterativa, provocará el cansancio del padre, trayendo como consecuencia el alejamiento con respecto a su propio hijo (2024).

El sistema jurídico peruano regula la institución de la tenencia como un derecho y obligación de los progenitores, priorizando que esta se coloque a uno de ellos, criterio basado fundamentalmente en el principio dispositivo y en el derecho de petición que les asiste a los padres. Ahora bien, a medida que la sociedad mostró cambios y, fundamentalmente, la gran incidencia de procesos judiciales en donde, de cierta manera, se mostraron conflictos procesales extremos por los padres —algunas veces hasta el extremo de recurrir a vías extrajudiciales para la satisfacción de sus derechos—, se vio la necesidad de reajustar algunos criterios normativos para la resolución de conflictos de naturaleza tutelar. Entre ellos tenemos la Ley N.° 31590, que modifica los artículos 81° y 82° del Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, bajo un análisis hermenéutico y dogmático, podremos concluir que los criterios para el establecimiento de la tenencia y, en particular, la tenencia compartida serán relativos, en razón de que el operador jurídico, en primer término, advertirá el interés del menor y, en segundo término, la voluntad de los padres, sin dejar de lado el interés tuitivo de la familia.

Material y Método

El presente trabajo se desarrolló bajo los criterios de un análisis cualitativo, toda vez que lo que se pretende es comprender los fenómenos sociales y la interpretación de datos no numéricos. Asimismo, el tipo de investigación es dogmático-jurídico, en tanto que el estudio se centra en el análisis de la doctrina, jurisprudencia e interpretación de normas jurídicas. En ese sentido, el objeto del estudio fue analizar y explicar las últimas tendencias jurisprudenciales sobre tutela de menores, específicamente sobre la tenencia compartida, tomando en consideración las últimas reformas del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA) y del Código Civil peruano.

El estudio se realizó a partir del análisis hermenéutico de las disposiciones legales del artículo 423°, inciso 5, del Código Civil y de los artículos 81° y 82° del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N.° 31590, así como de la doctrina del principio del interés superior del niño y del adolescente. Por otro lado, el análisis se centró en las sentencias más relevantes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional referidas a la tenencia compartida, así como en la doctrina y el desarrollo del mismo en el derecho comparado.

La tenencia y la tenencia compartida

La institución jurídica de la tenencia viene siendo una de las instituciones de mayor estudio y análisis por los investigadores, así como quizá la más importante del derecho de familia, en tanto que se considera como derecho y deber de los padres. En principio, debemos partir señalando que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 6°, refiere como deber y derecho de los padres educar, cuidar y dar seguridad a los hijos, guardando consistencia legal con lo que también refieren los artículos 418° y 419° del Código Civil peruano.

La tenencia no es sino la capacidad de los padres para asistir a los hijos; pero no se trata de cualquier hijo, sino de aquellos hijos menores de edad. Aguilar Llanos señala que por tenencia se entiende la convivencia de los padres con sus hijos; dicho de otro modo, la relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo.

Por su parte, el mismo autor señala expresamente que la tenencia está relacionada con la vida en común que comparten padres e hijos, el vivir en una misma casa y bajo un mismo techo. En relación con esto, también es necesario aclarar que la tenencia no es solo el derecho de los padres a vivir con sus hijos, sino también el derecho de los hijos a vivir con sus padres; por lo que estaríamos hablando de un derecho bilateral. Sería un error enfocarnos en la tenencia como

un derecho exclusivo de los padres sin tomar en consideración a los hijos, ya que estos lo poseen también (Aguilar, 2009, p. 192).

Otro sector de la doctrina prefiere entender por tenencia aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo (Amado, p. 352). Por su parte, para la doctrina jurisprudencial, se entiende por tenencia aquella institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho (Casación N.º 1738-2000/Callao, El Peruano, 30-04-2001, p. 7161).

Para el tema que nos convoca no es suficiente con entender el concepto propio de tenencia; ahora debemos partir en entender la llamada “tenencia compartida”, que no es sino aquella facultad otorgada por ley para posibilitar a los padres la asistencia compartida para el desarrollo del menor en condiciones de igualdad y discrecionalidad. Del Águila (2019) señala que la tenencia compartida involucra que tanto el padre como la madre vivan con su menor hijo en sus espacios individuales, de tal manera que se dividan el periodo de tiempo de vida de los hijos e hijas entre ellos (p. 71).

Por su parte, Salberg, citado por Jara y Gallegos (2018), señala que la tenencia compartida debe entenderse como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación con todo cuanto concierne a los hijos comunes (p. 444). En cierto modo, el artículo 81º del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N.º 31590, optó esta vez por la doctrina de la tenencia compartida como una regla general; sin embargo, la legislación tampoco se retira en absoluto de la doctrina de la tenencia exclusiva, pues el mismo artículo 81º, in fine, hace referencia a que, excepcionalmente, el juez podrá disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

Criterios jurisprudenciales para establecer la tenencia compartida

En principio, debemos partir de la premisa de que la tenencia de menores se puede determinar en un proceso judicial, pero no se trata de un proceso judicial común, sino un proceso judicial especial, en donde las reglas procesales son absolutamente particulares y las reglas y principios de los mismos son cambiantes en la medida que se busque tutelar a la familia. En ese entender, en un inicio se llegó a establecer que un trámite procesal sobre tenencia de menor se debería ceñir por las reglas de un proceso común, posibilitando una actividad dinámica de las partes; esto es, que la actuación procesal debería estar reservada exclusivamente a las partes y el juez debería cumplir con su deber procesal innato de director del proceso.

En ese sentido, los criterios para la determinación de la tenencia de menores se resolvían a la luz de los aportes probatorios de las partes y prever el espacio en donde se garantice el desarrollo del menor; dicho de otro modo, era considerar cuál de los padres garantizaba el bienestar del menor.

El artículo 84° del CNA señala que, en caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores;
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
- g. La edad y opinión del hijo.

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

El artículo 84° del CNA no otorga un criterio cerrado, toda vez que esta disposición legal debe interpretarse de acuerdo con el principio del interés superior del niño y del adolescente. Así, por Casación N.° 1736-2020 Lima Norte, emitida por la Sala Civil Permanente, se señalaron algunos criterios a tomarse en cuenta:

Décimo.- El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes delimita algunos criterios orientadores, más no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) el tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) la edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. El mayor tiempo de convivencia entre un padre o madre y su hijo supone, en condiciones normales y “saludables”, mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por sí mismo es

suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso de que la convivencia, por el contrario, fuera perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes; de allí la necesidad de que en todo proceso judicial de tenencia y custodia la decisión debe tener como sustento, además de la valoración conjunta de todos los medios probatorios, lo que resulte más beneficioso para el hijo, mas no para el progenitor, en clara aplicación del principio del interés superior del niño, consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ya precisado.

Ahora bien, no debe dejarse de lado lo establecido también en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por la Sala Civil Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitido por la Casación N.º 4664-2010-Puno, en tanto que dicho pleno otorga la posibilidad de proteger los procesos de familia, cualquiera sea la pretensión discutida, y entiende este último como aquel orientado a brindar solución responsable a los conflictos que se originen dentro de las relaciones familiares, posibilitando protección a la parte perjudicada, entre ellos hijos, padres, cónyuges, hermanos y otros.

Analizando el contexto de los criterios jurisprudenciales, se tiene también la Casación N.º 3767-2015-CUSCO, de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que estableció algunos criterios de la siguiente manera:

Décimo.- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que, a partir de la modificatoria introducida por la Ley N.º 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que en cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

La jurisprudencia antes citada, si bien es cierto fue emitida acogiendo la doctrina de la tenencia exclusiva, es necesario rescatar un criterio importante, y es el llamado “criterio más favorable” al menor. El análisis del criterio más favorable no se limita necesariamente a la satisfacción económica del menor, sino aquello que posibilite el mejor desarrollo del menor: desarrollo moral, físico, psicológico, biológico, entre otros. En ese sentido, el mejor desarrollo del menor será

siempre en compañía de los padres; es así que el juez deberá propiciar la tenencia compartida y evitar, en la medida posible, la tenencia negativa (ninguno de los padres desea hacerse cargo del menor) o la tenencia exclusiva.

El Interés Superior del Niño y del Adolescente y la tenencia compartida

En principio, debemos partir en señalar que la Constitución Política del Perú prevé la posibilidad de proteger al niño y al adolescente. Así tenemos el artículo 4°, que señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. En cierto modo, el artículo 4° de la carta fundamental hace alusión a una protección “especial” del niño y del adolescente.

Con respecto al principio del interés superior del niño, Skolinch (2013) señala que este es una guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial, en tanto que para un respectivo juzgamiento a partir del cual el juzgador utiliza su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (p. 87). El interés superior del niño también es un principio que orienta la actuación del juez, o también un principio que llena cualquier vacío legal en beneficio de los menores, procurando siempre el beneficio de estos.

Por el principio del interés superior del niño debe entenderse como la obligación de todas las entidades de procurar adoptar toda medida necesaria en beneficio del menor, ponderando los intereses de los menores. Bajo esta misma línea, es que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia en el expediente N.° 02079-2009-PHC/TC-LIMA, caso L. J. T. A. e I. M. T. A., señaló lo siguiente:

Fundamento 13

(...) el deber especial de protección sobre los derechos del niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés

del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).

Ahora bien, no olvidemos que el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley N.° 31590, hace referencia a que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Señala también que los padres, en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, determinarán la forma de la tenencia compartida; de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

En ese sentido, debemos establecer que la tenencia compartida será la primera opción a tomarse en cuenta cuando los padres estén separados de hecho; sin embargo, esta no será posible si se advierte alguna circunstancia perjudicial para el menor.

Discusión y hallazgos

En principio, debemos empezar señalando que la tenencia o custodia compartida viene siendo una institución jurídica recientemente abordada de manera consistente por la jurisprudencia, esto fundamentalmente a la luz de la flexibilización de algunas normas y principios procesales que perfectamente se desarrollaron en el Tercer Pleno Casatorio Civil; y, por otro lado, la necesidad de aplicar el principio del interés superior del niño en toda decisión jurisdiccional que esté relacionada con los menores.

En cierto modo, en sendas resoluciones judiciales se toman posiciones jurídicas diversas; obviamente, estas fueron a raíz de las proposiciones fácticas expuestas en la demanda y aquellas que se sustentaron en la contestación de la demanda. Así, entonces, en principio consideramos que los criterios para la aplicación de la tenencia compartida surgirán de acuerdo con las proposiciones fácticas expuestas por las partes, y será el juez quien, para validar algunos criterios, someta a actuación los medios probatorios.

Dentro de nuestra jurisprudencia, hemos identificado algunas sentencias casatorias en donde se establecen algunos criterios para determinar la tenencia compartida; entre ellos, tenemos los siguientes:

Temas de relevancia jurídica	Jurisprudencia
Establece el interés superior del niño sobre los derechos de la madre	Casación 1961-2012-Lima (Sala Civil Permanente)
Establece que no procede la tenencia compartida si hay indicios de alienación parental en algunos de los padres	Casación 3767-2015-Cusco (Sala Civil Transitoria)
Establece el reconocimiento de tenencia y analiza la ausencia de figura paterna para otorgar la tenencia exclusiva a la madre	Casación 3016-2015-Tacna (Sala Civil Permanente)
Establece considerar la voluntad del menor cuando se advierta el desacuerdo entre los padres, siempre que se advierta madurez del menor	Casación 2702-2015-Lima (Sala Civil Transitoria)
Analiza el principio del interés superior del niño y adolescente y analiza algunos criterios legales para la determinación de la tenencia	Casación 3023-2017-Lima (Sala Civil Transitoria)
Desarrolla el principio de interés superior del niño en temas de tenencia	Casación 2309-2015-Lima Sur (Sala Civil Permanente)
Se analiza el tiempo de convivencia con el menor para otorgar la tenencia al padre	Casación 1303-2016-Cajamarca (Sala Civil Transitoria)
Se evalúa la tenencia y custodia del menor respecto del padre con su menor hija	Casación 3962-2018-Lima (Sala Civil Transitoria)

La Casación N.º 1961-2012-Lima, referida al interés superior del niño sobre los derechos de la madre, parte en analizar e interpretar el numeral b del artículo 84.º del CNA. En efecto, dicha disposición legal prevé la posibilidad de otorgar la tenencia del menor de tres años a favor de la madre. En el mismo sentido, la Casación N.º 2309-2015-Lima Sur señaló:

El interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.

Por su parte, en situaciones en que el juez advierta situaciones de alienación parental, deberá atender el interés del menor, aun cuando uno de los padres

acredite la solvencia económica y moral; esto, fundamentalmente, en salvaguarda de la salud psicológica del menor. Por otro lado, la ausencia de figura paterna válida que el juez otorgue la tenencia exclusiva a la madre, negando toda posibilidad de pretender una tenencia compartida del menor.

Como se podrá advertir, la jurisprudencia nos enseña que toda actuación jurisdiccional estará acorde al amparo del menor, procurando no dejar en desamparo a los hijos y analizar cualquier criterio acorde con la naturaleza fáctica de la pretensión demandada. En ese sentido, corresponderá al juez analizar la situación fáctica sometida por las partes y evaluar los criterios legales establecidos en el artículo 84.º del CNA, así como otros criterios objetivos que sean favorables al menor.

Conclusiones

La tenencia es una institución jurídica mediante la cual se otorga el cuidado y atención fáctica de los menores hacia los progenitores u otras personas que cuenten con dicha legitimidad.

La tenencia compartida es la fórmula legal mediante la cual la autoridad judicial otorga el cuidado de hecho a favor de los padres, quienes comparten el cuidado y atención del menor de manera conjunta y compartida, sin que por ello medie limitación o restricción alguna.

Para el otorgamiento de la tenencia compartida, el legislador ha visto por conveniente otorgar algunos criterios legales, entre ellos, el tiempo de convivencia, edad del menor, el comportamiento de los padres, entre otros que prevé el artículo 84.º del CNA; sin embargo, estos criterios no deben ser considerados como criterios cerrados, sino como aquellos que posibiliten tomar mayor convicción en el juzgador, quien, además, podrá evaluar otros criterios no descritos en la norma jurídica para salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente.

La tenencia compartida no es una fórmula legal cerrada, sino una fórmula abierta que prevé la posibilidad de que el juez pueda optar por cualquier otro criterio para garantizar el bienestar del menor; en ese sentido, el juez tendrá que ponderar la vigencia del principio del interés superior del niño y del adolescente.

Recomendaciones

La tenencia es una institución jurídica de naturaleza tutelar, regulada por el Código del Niño y Adolescente, cuyo objeto es propiciar la protección del menor; en ese sentido, corresponde al juez tomar mayor criterio para la respectiva tutela del menor, en tanto que los criterios de tenencia establecidos en la legislación y

la jurisprudencia no necesariamente deben entenderse como criterios cerrados, sino que corresponde al juez advertir cualquier otro criterio que posibilite garantizar el interés del menor. Por su parte, el juez, antes de tomar una decisión u optar por otros criterios, debe necesariamente evaluar los criterios establecidos en la legislación; ello permitirá un filtro de legalidad para la optimización de la administración de justicia en materia tutelar.

Los criterios legales establecidos en el artículo 84.º del CNA no constituyen criterios cerrados ni absolutos, por lo que el juez puede optar por algunos criterios jurisprudenciales o, en todo caso, evaluar cada situación procesal sometida a su jurisdicción.

La doctrina legal acogida por nuestra legislación es la tenencia compartida, por lo que el juez y las partes deben entender que lo que se priorizará, en gran medida, es la tenencia compartida como regla general de tutela de los derechos de los menores, y, como excepción, la tenencia exclusiva.

Referencias

AGUILAR, B.

2009 La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*. PUCP.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17425/17705/0>

AMADO, E.

2022 *Derecho de familia* (2.^a ed.). Gráfico Legales.

DEL ÁGUILA, J.

2019 *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas: doctrina y jurisprudencia*. Ubilex Asesores.

HINOSTROZA, A.

2017 *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*. Grijley.

JARA, R. & GALLEGOS, Y.

2018 *Manual de derecho familiar*. Jurista Editores.

OROSCO, E. & OROSCO, N.

2024 *Manual operativo de litigación oral civil y familia*. Juris Lex.

PLÁCIDO, A.

2002 *Manual de derecho de familia*. Gaceta Jurídica.

SOKOLICH, M.

2013 *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. Vox Iuris.

2005 *Apuntes relativos a la patria potestad y a la tenencia y custodia*. Material de lectura del Curso de Derecho de Familia, Colegio de Abogados de Lima.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2022 *Derechos de los niños y niñas*. Serie: *Cuadernos de Jurisprudencia* (Nueva Época).

SEXTA PARTE

DERECHO ECONÓMICO Y REGULACIÓN

La regulación de las economías de plataforma: el caso Airbnb y la Norma Local 18 de Nueva York, con proyecciones para la ciudad del Cusco

Regulation of platform economies: the case of Airbnb and New York Local Law 18, with projections for the city of Cusco

Genaro Julio Alvarez López

Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Cusco, Perú

genaro.alvarez@unsaac.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2259-8181>

Resumen

El presente artículo analiza el impacto de las economías de plataforma, específicamente aquellas abocadas al alquiler de corta duración, y su regulación a partir del caso de la Ley Local N.º 18 de Nueva York, proponiendo una reflexión para la ciudad del Cusco. La masificación del “short rent” provoca la turistificación de zonas residenciales, encareciendo la vivienda y los servicios, y dificultando el acceso de los locales a residencias dignas. Las encuestas realizadas en Cusco muestran consenso sobre la dificultad de alquilar y el aumento de precios debido al turismo. Se observa cómo los propietarios priorizan los alquileres temporales por su mayor rentabilidad, reduciendo la oferta para los residentes. La experiencia de Nueva York con la Norma Local 18, que limita y regula los alquileres temporales, evidencia que la intervención normativa puede frenar la gentrificación y proteger a los habitantes locales. El texto concluye que es recomendable que Cusco adopte una regulación similar para equilibrar los intereses de turistas y residentes, preservar la identidad urbana y garantizar el acceso a viviendas asequibles, evitando que zonas tradicionales se conviertan exclusivamente en espacios para visitantes temporales y se desplace a la población originaria.

Palabras clave: Turistificación, Gentrificación, Economías de plataforma, Alquiler temporal, Regulación urbana.

Abstract

This article analyzes the impact of platform economies—specifically those devoted to short-term rentals—and their regulation through the case of New York’s Local Law No. 18, offering reflections relevant to the city of Cusco. The widespread use of short-term rentals leads to the touristification of residential areas, increasing housing and service costs and making it increasingly difficult for locals to access adequate housing. Surveys conducted in Cusco show consensus regarding the difficulty of renting and rising prices due to tourism. It is observed that property owners prioritize short-term rentals because of their higher profitability, reducing availability for residents. New York’s experience with Local Law 18, which limits and regulates short-term rentals, demonstrates that regulatory intervention can curb gentrification and protect local inhabitants. The text concludes that it would be advisable for Cusco to adopt similar regulation to balance the interests of tourists and residents, preserve urban identity, and ensure access to affordable housing, preventing traditional areas from becoming exclusively spaces for temporary visitors and displacing the original population.

Keywords: Touristification, Gentrification, Platform economies, Short-term rental, Urban regulation.

Introducción

Para nadie es nuevo que, con el desarrollo de las nuevas tecnologías y la constancia de los desafíos que se han planteado dentro del devenir de los hechos, como, por ejemplo, el riesgo de una nueva pandemia, la libertad económica ha generado diversas formas de participación en el mercado.

Dado ello, tenemos el caso del fenómeno conocido desde hace ya varios años como la “uberización” de la economía, fenómeno que está provocando, entre otros, algunas limitaciones a diversos derechos, y, como es lógico en todo país descendiente o situado en el sistema jurídico del civil law, tiene la presencia de actividades económicas que pertenecen a la uberización de la economía o economías de plataforma.

Es necesario que, previamente a tocar el tema, debemos hacer hincapié en una marcada diferencia entre economía de plataforma y economía colaborativa, puesto que, aunque ambas instituciones económicas pertenezcan al modelo de uberización de la economía, hay varias posturas de diversos autores con las que

se comparte, la cual se ubica en las condiciones de monetización del manejo de la plataforma.

Precisamente, dicha monetización está generando que, desde plataformas como Booking.com o Airbnb o cualquier otra de similar naturaleza, se estén provocando limitaciones a derechos conexos, como el acceso a la vivienda digna, el encarecimiento de la vivienda, la turistificación de áreas urbanas, la limitación a la oferta de bienes raíces, problemas que, si bien no son de producción inmediata a la formación de las actividades económicas citadas, sí están vinculados con su masificación.

En ese sentido, la citada masificación está provocando dificultades que no existían en las urbes que son turísticas o que, en el peor de los casos, no eran consideradas como tales. Dichas dificultades han provocado ya en diversas poblaciones cosmopolitas, ocasionando desde dificultades para el alquiler de una vivienda, encarecimiento de servicios y arrendamientos, hasta la imposibilidad de lograr residir cerca de las actividades laborales, y hasta condiciones de movilidad residencial forzada o el fenómeno de turistificación por efectos del short rent.

El presente trabajo abordará las ventajas del modelo de uberización de la economía y preverá una problemática que ya se siente en algunas ciudades del país, como Cusco, en donde barrios tradicionales se han convertido, al igual que muchos lugares de Venecia o Barcelona, en zonas turistificadas.

Material

Los materiales a usar en la presente investigación son encuestas y entrevistas. Para el primer caso, la encuesta será de dos formas: una anónima y abierta y otra con identificación y cerrada, de manera que se podrá identificar qué tan desarrollado está el fenómeno de la turistificación.

En segundo término, se utilizará la entrevista dirigida a todos los involucrados en el sector turismo, a efectos de evaluar el desarrollo del fenómeno de la turistificación por los efectos de la masiva concurrencia de los turistas a los centros de interés.

Métodos

El método usado será el de observación e interpretación de las normas de algunos países que restringen las actividades de los operadores en el short term.

El principal foco de observación y análisis será la norma del Gobierno de Nueva York sobre limitación de alquileres de corta duración o short term, la Ley Local 18 de la Ciudad de Nueva York.

Con estos límites se nos presentan distintos escenarios que se han estado presentando en diversas urbes turísticas, a saber:

La masificación de alquileres short term, que básicamente implica que la mayoría de lugares para residencia en una ciudad se alquilen solo vía economías de plataforma como Booking o Airbnb. Asimismo, estos modelos suelen implicar ruidos, basura en exceso y, en ocasiones, peligros diversos para las zonas donde se ubican, al mismo tiempo que tienden a expulsar a los residentes locales de sus propios vecindarios, ya sea por el costo de operaciones o por los costes que las actividades del turismo contraen.

Sobrerregulación de actividades, dado que algunos gobiernos locales o subnacionales, sean estos regionales o provinciales o, en los casos en los que corresponda, estatales, han limitado el número de participantes u oferentes en el mercado y condiciones de servicios, como es el caso de la normativa short term de Dallas o de Quebec, en Estados Unidos o Canadá, respectivamente.

Una tendencia a participar de manera desigual o inequitativa en el mercado, tal es el caso de ciudades como Venecia o Barcelona, donde las cadenas de hoteles, al verse ampliamente superadas en cuanto a oferta de lugares o espacios para turismo se refiere, han adquirido un número indeterminado de casas y bienes inmuebles para “diversificar su oferta”; empero, no bajo el mismo nombre o razón comercial del hotel, sino cambiando este dato, otorgando la apariencia de ser competidores presuntos, en una clara muestra de competencia desleal.

Es posible que, además de estos escenarios, se puedan presentar algunos otros vinculados a las actividades turísticas, como, por ejemplo:

Aumento del coste de vida: dado que la capacidad de gasto de los turistas en Latinoamérica por lo general es mayor que la de los locales, muchas empresas comienzan a encarecer o elevar un tanto los costos de los productos para obtener mayores beneficios. Tal es el caso, por ejemplo, de los costos de bienes de consumo en zonas altamente turísticas en relación con los costos de los mismos bienes en zonas residenciales.

Desabastecimiento de la oferta inmobiliaria: dado que edificar bienes raíces posee un costo alto, la obtención de la recuperación de la inversión se hace necesaria y qué mejor que concretarla en el menor tiempo posible con la menor pérdida posible. Esto implica que resulta mucho más cómodo para un propietario de un bien inmueble alquilar o arrendar sin los riesgos propios del arrendamiento habitual, así como, en ocasiones, los riesgos de impago de los inquilinos, hechos que con el short term desaparecen sencillamente.

Encarecimiento de los servicios inmobiliarios y conexos, provocando con ello una elevación en el coste de vida de los residentes; encarecimiento que los turistas no perciben, pues la expectativa de gasto del turista es, por claras razones, diferente a la de una persona que reside en su localidad.

Marco de referencia

La Norma 18 del Gobierno Local de Nueva York, que, en resumen, desde el Gobierno Local del Estado de Nueva York, ha visto por conveniente analizar si es factible regular las actividades de los alquileres no regulados, observando entre ellos precisamente dos fenómenos: uno positivo, que es la dinamización económica de espacios muertos (en el sentido económico), y otro negativo, que trasunta en formas de gentrificación, turistificación de zonas que habitualmente eran residenciales y que, por tanto, las actividades turísticas podrían acarrear condiciones de informalidad e ilegalidad sobre la actividad short term y las actividades que aparentan turismo, pero en realidad podrían no serlo (Requirements for Short-Term Rentals, 2022, p. 3).

Dado ello, consideramos que esta norma en realidad lo que pretende es ordenar un poco las actividades de short term en el Estado de Nueva York, entre otras cosas debido a que resulta incoherente que haya un sistema muy férreo para los arrendadores formales, que incluso se someten a visitas inopinadas de diferentes departamentos de Estado; para el caso peruano, llamémosle ministerios, los que, de encontrarse alguna vulneración a la normativa, tienen la capacidad de sancionar a estos proveedores con severas multas y sanciones que van desde la amonestación hasta el hecho de que no podrían volver a alquilar sus propiedades.

Cabe resaltar que estamos hablando de normativa que recae exclusivamente sobre personas naturales y pequeñas empresas, dado que la normativa para el sector hotelero deviene directamente del Gobierno Federal o Estatal.

Con ello indicado, pasamos a verificar que esta norma tiene como principales objetivos:

1. Evitar la realización de actos ilegales en departamentos privados arrendados vía short rent.
2. Dar una pausa al fenómeno de la gentrificación de la ciudad.
3. Evitar que se amplíe el fenómeno de la turistificación de la ciudad.

Todo ello con la finalidad de garantizar el acceso a una vivienda digna y, sobre todo, pagable, solventable para los residentes habituales de la Ciudad de Nueva York.

Los materiales

En esencia fueron dos: la revisión de 30 ofertas de alquiler y venta de bienes inmuebles en dos sectores de la ciudad del Cusco y una encuesta realizada a 15

personas de esta ciudad: cinco operadores turísticos, cinco ciudadanos de a pie y cinco operadores inmobiliarios.

Estas operaciones arrojaron resultados que pueden considerarse previsibles, dado que, a la pregunta 01: “¿Considera que Cusco es una ciudad turística por excelencia?”, el 86.6 % indicó que sí.

De otra parte, a la pregunta 02: “¿En Cusco es fácil conseguir bienes para alquilar?”, el 100 % indicó que no es para nada fácil conseguir bienes inmuebles para alquilar, haciendo hincapié en que se dirigió la pregunta a los residentes locales.

Del mismo modo, a la pregunta 03: “¿En Cusco los servicios son notoriamente más caros por efectos del turismo?”, todos los entrevistados coincidieron en precisar que, en efecto, los servicios son más caros que en las demás ciudades del sur del país.

De otra parte, a la pregunta 04: “¿Considera habitual que el fenómeno turístico vaya a quitar planes de desarrollo urbano o limitarlos, como son los costos de casas o inmuebles en general?”, el 66.7 % precisaron que sí tiene impacto, y un 20 % del total consideraron que, en el futuro, es muy posible que surja este fenómeno.

Para finalizar, a la pregunta 05: “¿Cree usted que se pueda generar una inflación respecto a la expectativa de obtener una vivienda en el Cusco metrópoli?”, el 60 % afirmó que sí se va generando inflación por este hecho; sin embargo, al preguntar el porqué, solo un 20 % considera que la inflación sea por efectos del turismo exclusivamente.

La investigación fue de nivel descriptivo descriptivo, tomándose como dicho nivel al conjunto de procedimientos que permite señalar las características de manera detallada y ordenada del problema en estudio. Esta descripción puede ser de una definición, cuando se determinan detalles del término, y otra de los objetos estudiados, cuando se señalan la forma, tamaño, importancia, color, entre otros (Montero y De la Cruz, 2019).

En el presente trabajo, a partir de la identificación del objeto de estudio, se describe el fenómeno que ayudó a que se manifieste una explicación y la identificación del impacto que trae la aplicación de una norma similar a la Norma Local 18 del Gobierno del Estado de Nueva York en la competencia territorial de la Provincia del Cusco.

Discusión

Dado que este es el acápite de aportación y observando lo precisado en las encuestas, nos encontramos con las siguientes aportaciones. El fenómeno de la turistificación ha forzado a las autoridades de la Ciudad de Nueva York a enfrentarse a las economías de plataforma vinculadas al short rent, limitando el

número de espacios a 5 000, frente a los más de 47 000 que eran antes de septiembre de 2023.

Esta limitación puede verse como una forma de restricción de la libertad de empresa cuando observamos que, en caso de no cumplir con los requisitos que la Norma Local 18 de Nueva York establece, el alojamiento quedará supeditado al cumplimiento de una multa de hasta 5 000 dólares, pues, para quienes defiendan el libre mercado, esto es una clara confrontación a las libertades.

Empero, dicha confrontación surge, opino, debido a los defectos y/o efectos secundarios que provocan precisamente la libertad de empresa y la libertad de oferta y demanda, dado que en el Cusco y, tal parece, también en Nueva York, hay una evidente diferencia entre lo que el residente puede gastar frente a lo que el turista está dispuesto a pagar, lo que ha convertido algunas zonas de ambas ciudades en lugares prácticamente turistificados, con demasiada concurrencia de habitantes temporales, turistas y prácticamente nula presencia de residentes locales, perdiendo en algunos casos la esencia de la ciudad como tal.

En la Ciudad del Cusco se hace imperativo que se cree una norma de similares categorías dentro del espectro normativo peruano, para que se pueda ajustar lo que, en el futuro cercano, será un problema vinculado a los fenómenos de gentrificación y turistificación, puesto que, a la fecha, ya resultan algunos alquileres en las zonas turísticas de la Ciudad del Cusco impagables e, intencionalmente o no, solo de acceso para residencia temporal de turistas con alta capacidad dineraria. De otro lado, los propietarios de los bienes inmuebles prefieren directamente colocar sus viviendas en short term en las plataformas materia de estudio y no poner a disposición de los residentes locales tales inmuebles.

En consecuencia, se tiene que, para la muestra de los entrevistados, se puede concluir que el fenómeno de la carencia de regulación de las economías de plataforma en el sector de los alquileres de corto plazo (short term) sí está provocando problemas en cuanto al acceso a la vivienda digna.

Conclusiones

El crecimiento de las economías de plataforma en el ámbito del short rent, como es el caso de Airbnb, ha generado efectos significativos en el acceso a la vivienda digna en ciudades de alta demanda turística como Cusco. Este fenómeno se manifiesta en el progresivo encarecimiento tanto de bienes inmuebles como de servicios en las zonas más atractivas para los visitantes y, como resultado, los residentes locales ven cada vez más restringida su capacidad de permanecer en sus propios barrios, ya que los precios de alquiler y de vida se ajustan a la disposición de pago de los turistas, desplazando a la población originaria y alterando el tejido social y la identidad de la ciudad, sobre todo en las zonas más tradicionales.

La preferencia de los propietarios por el alquiler temporal a través de plataformas digitales responde a la alta rentabilidad que ofrece el turismo, lo cual reduce la oferta de vivienda disponible para habitantes permanentes. Así, se incrementa la desigualdad en el acceso a la vivienda, dificultando a los ciudadanos locales encontrar opciones habitacionales asequibles y sostenibles, y favoreciendo la transformación de espacios residenciales en áreas predominantemente ocupadas por visitantes temporales.

La experiencia de la ciudad de Nueva York, con la implementación de la Norma Local 18 para regular los alquileres de corta duración, demuestra que la intervención normativa puede ser una herramienta eficaz para frenar la gentrificación y limitar los efectos adversos del short rent en el mercado inmobiliario urbano.

La experiencia de la ciudad de Nueva York, con la implementación de la Norma Local 18 para regular los alquileres de corta duración, evidencia que la acción normativa puede desempeñar un papel fundamental en la contención de la gentrificación y en la reducción de los efectos negativos que genera el short rent sobre el mercado inmobiliario urbano. Al establecer requisitos y sanciones para quienes no se ajusten a la regulación, se limita el número de inmuebles disponibles para alquiler temporal y se protege el acceso de los residentes locales a una vivienda digna. Así, la intervención estatal no solo responde a la necesidad de equilibrar los intereses entre turistas y habitantes permanentes, sino que también contribuye a preservar el tejido social y la identidad de las ciudades afectadas por la turistificación y el auge de las plataformas digitales de alquiler.

Es recomendable que las autoridades de Cusco consideren la implementación de una normativa comparable a la establecida en Nueva York, con el propósito de armonizar los intereses turísticos y residenciales. De esta manera, se promueve el acceso a viviendas asequibles y se resguarda la identidad y dinámica urbana de la ciudad.

Referencias

GRANICUS.COM

s.f. *A practical guide to effectively regulating short-term rentals on the local government level.*

https://granicus.com/pdfs/Whitepaper_-_A-practical-guide-to-effectively-regulating-short-term-rentals-on-the-local-government-level.pdf

MAYOR'S OFFICE OF SPECIAL ENFORCEMENT

s.f. *Requirements for short-term rentals.* Nyc.gov.

<https://www.nyc.gov/assets/specialeenforcement/downloads/pdfs/>

FINAL-RULES-GOVERNING-REGISTRATION-AND-REQUIRE
MENTS-FOR-SHORT-TERM-RENTALS.pdf

RUBIO GIMENO, G., & ORTÍ VALLEJO, A. (EDS.)

2019 *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*. Thomson Reuters Aranzadi.

SEQUERA, J.

2020 *Gentrificación: Capitalismo cool, turismo y control del espacio urbano*. Los Libros de la Catarata.



REVISTA DEL FORO CUSQUEÑO N.º 1, DICIEMBRE 2025

Se terminó de imprimir en diciembre de 2025 en
los talleres gráficos de Copy & Print de Rubén Aslla
Av. Collasuyo J-7, Cusco, Cusco

Para el sello editorial del
Ilustre Colegio de Abogados del Cusco & Pacha Sur Ediciones