



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

200
AÑOS

DE INSTALACIÓN
DE LA
CORTE SUPREMA
8 DE FEB / 1825-2025

ISSN: 2663-9130 (En línea)

REVISTA OFICIAL

DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23
enero-junio
2025
Lima, Perú

23





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

JESSIE LILIANA TREVEJO NÚÑEZ
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1492-9876>
E-mail: jtrevejo@pj.gob.pe

EDITORES ASOCIADOS

TOMÁS ALISTE SANTOS
Universidad Internacional de La Rioja, Madrid, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4792-5871>
E-mail: tomas.aliste@unir.net

MARCO ANTONIO LOVÓN CUEVA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9182-6072>
E-mail: mlovonc@gmail.com

COMITÉ EDITORIAL

SHONA MINSON
Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3168-2035>
E-mail: shona.minson@crim.ox.ac.uk

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
Universidad de Valencia, Valencia, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>
E-mail: vprados@pj.gob.pe

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO
Universidad de Piura, Piura, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3535-7133>
E-mail: rburneob@pj.gob.pe

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO
Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>
E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

JORGE ROGGERO
Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>
E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

COORDINADOR EDITORIAL

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>
E-mail: jchavezd@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Universidad Complutense,
Madrid, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0222-4385>
E-mail: direccion@rae.es

ARIEL EZRACHI
Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8928-3988>
E-mail: ariel.ezrachi@law.ox.ac.uk

TANIA GROPPI
Universidad de Siena, Siena, Italia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2874-4936>
E-mail: tania.groppi@unisi.it

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>
E-mail: jagomez@der.uned.es

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6423>
E-mail: ftrazeg@pucp.pe

RONALD CÁRDENAS KRENZ
Universidad de Lima, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>
E-mail: rcardena@ulima.edu.pe

CÉSAR OLIVEROS AYA
Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8760-7280>
E-mail: coliveros@ucatolica.edu.co

SANDRO ALBERTO NUÑEZ PAZ
Universidad de Lima, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@ulima.edu.pe

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

FERNANDO PIÉROLA
Advisory Centre en WTO Law, Ginebra, Suiza
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2890>
E-mail: fernando.pierola@acwl.ch

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
Universidad de Jaén, Jaén, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>
E-mail: gruiz@ujaen.es

CARMEN LIGIA VALDERRAMA ROJAS
Universidad Externado, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-5676-6220>
E-mail: carmenligiavalderrama@gmail.com

ALEXEI DANTE SAENZ TORRES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>
E-mail: asaenzt@unmsm.edu.pe

CORRECCIÓN Y CUIDADO DE EDICIÓN

YULIANA PADILLA ELÍAS
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: ypadillae@pj.gob.pe

DIAGRAMACIÓN

MIGUEL CONDORI MAMANI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: acondorim@pj.gob.pe

GESTIÓN ELECTRÓNICA

ERIK ALMONTE RUIZ
E-mail: revistas.pj.gob.pe@gmail.com

RUTH ESPINOZA TORREJÓN
E-mail: ruth_espin@hotmail.com

ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v17i23>
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-04763

© Poder Judicial del Perú
Fondo Editorial
Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú
E-mail: revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

INDIZACIONES



DOAJ
Google Scholar
Latindex 2.0
ERIH PLUS
REDIB

Dimensions
Lens.org
SCilit
BASE
MIAR

LatinREV
WorldCat
ROAD
Fatcat

LICENCIA



La *Revista Oficial del Poder Judicial* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la
licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License
(CC BY 4.0)

Fotografía de la carátula: detalle del pórtico de ingreso al Palacio Nacional de Justicia.

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Presidenta

César Eugenio San Martín Castro
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arenas
Elvia Barrios Alvarado
Carlos Giovani Arias Lazarte
Aldo Martín Figueroa Navarro
Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana
Carlos Alberto Calderón Puertas
Ulises Augusto Yaya Zumaeta
Emilia Bustamante Oyague
Manuel Estuardo Luján Túpez
Víctor Antonio Castillo León
Silvia Consuelo Rueda Fernández
Wilber Bustamante del Castillo
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
César Augusto Proaño Cueva

1 El Dr. Roberto Rolando Burneo Bermejo, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, se realizan las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a todo lector interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* is a biannual publication. Its main objective is to publicize unpublished articles in order to share the result of studies and the research work related with legal issues. The articles of the journal are anonymously arbitrated by external specialists to the institution, which take into consideration the following evaluation criteria: originality, contribution of the work current issues, and contribution of the legal knowledge. The journal reserves itself the rights of publication, and in the case that the article is accepted, style corrections are made, as well as other necessary adjustments in order to comply the requirements of the publication.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives contributions from researchers related to law and justice. This publication is addressed to magistrates, researchers, university professors, teachers, students, and also to readers interested in typical aspects of academic reflection, critical work and legal research.

A *Revista Oficial do Poder Judiciário* é uma publicação semestral, cujo principal objetivo é divulgar artigos inéditos, resultantes de estudos e pesquisas sobre temas jurídicos. Os artigos da revista são avaliados de forma anônima por especialistas externos à instituição, que levam em conta os seguintes critérios de avaliação: originalidade, contribuição do trabalho, atualidade e contribuição para o conhecimento jurídico. A revista se reserva o direito de publicação e, se o artigo enviado for aceito, serão feitas as correções de estilo e outros ajustes necessários para atender aos requisitos da publicação.

O *Jornal Oficial do Poder Judiciário* recebe as contribuições de pesquisadores sobre direito e justiça. Esta publicação é destinada a magistrados, pesquisadores, professores universitários, professores, estudantes e todos os leitores interessados nas questões envolvidas na reflexão acadêmica, no trabalho crítico e na pesquisa jurídica.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v17i23>

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

JESSIE LILIANA TREVEJO NÚÑEZ 17

Artículos de investigación

SANTIAGO BASABE-SERRANO Y PATRICIA SOTOMAYOR VALAREZO 23
El bagaje cultural de los jueces como influencia de la decisión
judicial: una discusión teórica

OLGA ALEJANDRA ALCÁNTARA FRANCIA Y CÉSAR CARRANZA 49
ÁLVAREZ
Hacia un nuevo paradigma de responsabilidad civil para vehículos
autónomos: propuesta de un marco jurídico dinámico basado en
niveles de autonomía

KYVALYA GARIKAPATI, JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE Y RAHUL 83
GOYAL
Contribución de la IA a la gobernanza de la sostenibilidad
medioambiental en India y Perú: estudio comparativo

FRANKLIN GREGORIO GUTIÉRREZ MERINO, FELIPA ELVIRA MUÑOZ-CCURO Y ANA LUCÍA HEREDIA MUÑOZ Función social de la propiedad: ¿un caso de mutación constitucional en el Perú?	113
ELIAS ANGELES-HERNANDEZ Multiculturalismo y Derecho Indígena. Estado actual de este modelo de gestión de la diversidad respecto al derecho de pueblos indígenas en México	149
JUAN JOSÉ LINARES SAN ROMÁN La exclusividad del proceso contencioso administrativo en la vía ordinaria	183
FÉLIX ANDRÉS ALCALÁ MOLINA Cibercriminalidad: retos y desafíos para la administración de justicia peruana	205
BELÉN CONSTANZA GONZÁLEZ MALDONADO ¿Somos realmente culpables? Notas críticas a la teoría de la culpabilidad a la luz de la neurociencia	249
CARLOS ENRIQUE POLANCO GUTIÉRREZ Y OLGA FIORELLA JULIA VÁSQUEZ REBAZA La apelación sin agravio en los procesos constitucionales	287
ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ, LUIS FERNANDO FLORES CHÁVEZ Y MIRIAM STEPHANIA VEECKSS NARVÁEZ Método para el estudio de los derechos reales: plan de estudios con enfoque orgánico global	321
VANESSA ELIZABETH SHINNO PEREYRA Y BEATRIZ ANGELICA FRANCISKOVIC INGUNZA La nueva regulación de autorización de viaje de menor de edad y sus efectos negativos frente al interés superior del niño	351

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO Inconstitucionalismos en el derecho familiar peruano	383
ALEX ANTONIO VALDEZ MARROU La prueba en el proceso penal ante las contradicciones jurisprudenciales: prueba ilícita, preclusión procesal y libertad probatoria	419
ALEX DAVID BEDREGAL AGUILAR ¿Justicia automatizada? Estudio de la interdisciplinariedad de la inteligencia artificial y el derecho en la administración de justicia y recomendaciones para su desarrollo y su regulación	461

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 17-20
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1290>

Presentación

Nos complace presentar el número 23 de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, que sale a la luz con artículos de divulgación cuyo propósito es contribuir al estudio de los diversos tópicos del derecho contemporáneo. Esta actividad intelectual se desarrolla en un contexto de profundos y vertiginosos cambios en todo orden de cosas, que responden a las actuales aspiraciones y desafíos de la sociedad moderna en la era de la digitalización y el acceso abierto al conocimiento.

Es en el proceso de la continua adecuación del derecho a la cambiante realidad donde se admite que la doctrina es una de las fuentes formales del derecho, siempre que la ley le proporcione la validez necesaria (Arellano, 2002, p. 47). Se entiende pacíficamente que el progreso de las disciplinas jurídicas se nutre —en buena medida— de los enunciados teórico-prácticos que deben su formulación a la labor investigativa de los estudiosos del derecho, quienes plasman, desde una visión holística, un nuevo conocimiento para este.

No faltan tampoco los puntos de vista que le atribuyen a la doctrina aún un mayor alcance al considerarla como fuente real del derecho con la afirmación de que «la literatura jurídica nos ayuda a conocer el conjunto de normas elaborando científicamente sus fuentes reales» (Ronchetti, 2006, p. 2); de manera que se da una suerte de conjunción entre el conocimiento científico y el derecho, como diría Goldschmidt, una

«invasión de la ciencia en el mundo jurídico: las fuentes del conocimiento del mundo jurídico se transforman en fuentes reales de él» (citado por Ronchetti, 2006, p. 2).

Y es que en todo ordenamiento jurídico dicha simbiosis resulta ser una premisa para la regulación de las conductas, la resolución de los conflictos y la preservación de la paz social. En realidad, como refiere Gordley (2010), «siempre han sido los principios generales, la doctrina y la ciencia jurídica las que se han encargado de resolver la mayor cantidad de conflictos» (p. 320). La trascendencia de estos conceptos es tanto mayor si consideramos que, en caso de defecto de la ley, siempre se deben invocar los principios generales del derecho, como así también lo enuncia el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano. En expresión de Delgado (2022), el juez, con el auxilio de la doctrina y de acuerdo con lo actuado en el proceso, «tiene el deber inexcusable de resolver todos los casos que se le plantean sin que le valga el “pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley”» (p. 15). En suma, como bien resume Prieto Sanchís (citado por Acosta, 2010):

es la doctrina y la jurisprudencia quienes [*sic*], con mejor o peor fortuna, dan vida a los principios generales [entendidos acá como resultado del proceso]. El razonamiento del jurista deja de ser una actividad meramente cognoscitiva para convertirse en una actividad creadora del derecho. (p. 200)

Es en esa línea de pensamiento que las revistas de derecho, como la *Revista Oficial del Poder Judicial*, cumplen un rol primordial como soporte editorial del conocimiento jurídico en la era digital, y es igualmente importante hacerlo de acuerdo con determinados estándares globales para la publicación en línea de revistas electrónicas.

Para el número que presentamos en esta ocasión, se publican artículos de carácter sustantivo y adjetivo relacionados, entre otros, con las decisiones de los jueces; diversos aspectos de los procesos en lo civil, penal, contencioso administrativo y constitucional; así como el tema de la responsabilidad civil en el caso de los vehículos autónomos; la función social de la propiedad; el estudio de los derechos reales; el derecho

familiar desde un enfoque constitucional; el aporte de la inteligencia artificial a la gobernanza de la sostenibilidad medioambiental en la India y en el Perú; el estudio de la interdisciplinariedad entre la inteligencia artificial y la administración de justicia; la problemática de la regulación de la autorización de viaje de menor de edad; el multiculturalismo y el derecho indígena; la teoría de la culpabilidad vista desde la neurociencia, y el fenómeno de la cibercriminalidad en el Perú y los retos que esta representa para la administración de justicia.

Creemos, entonces, que la doctrina es esencial para el sostenimiento y el desenvolvimiento de todas las actividades relacionadas con la marcha de las instituciones tutelares de la sociedad y el cumplimiento de sus fines. En tal sentido, sirvan estas líneas para saludar a nuestros lectores y presentar el número 23 de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, espacio editorial creado por el Poder Judicial peruano que —haciendo un alto a sus tradicionales quehaceres jurisdiccionales— difunde artículos de derecho en el complejo escenario de la publicación de revistas de investigación en línea.

Como ya es costumbre, la presente edición se caracteriza por el prolijo cuidado en la edición y la transparencia de sus contenidos. De esta manera la revista cumple con la finalidad institucional de promover la cultura jurídica y, por ende, el perfeccionamiento del derecho.

JESSIE LILIANA TREVEJO NÚÑEZ

Directora de la *Revista Oficial del Poder Judicial*

Directora del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

REFERENCIAS

- Acosta, P. A. (2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado* (25), 193-220. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2516>
- Arellano, C. (2002). La doctrina como fuente formal del derecho. En *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho* (vol. I, pp. 45-63). Cajica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2401/13.pdf>
- Delgado, J. (2022). Los principios generales del Derecho en la práctica jurisdiccional. *Revista de Administración Pública*, (219), 11-20. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.01>
- Gordley, J. (2010). Investigación jurídica comparada. Su función en el desarrollo de la armonización del derecho. *Derecho & Sociedad*, (34), 319-327. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13354>
- Ronchetti, F. (2006). La doctrina como fuente real del derecho. *Cartapacio de Derecho*, 11. <https://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/948>

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025

ISSN: 2663-9130 (En línea)

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 23-47

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1143>

El bagaje cultural de los jueces como influencia de la decisión judicial: una discusión teórica

The cultural background of judges as an influence on judicial decision-making: a theoretical discussion

A bagagem cultural dos juízes como influência na decisão judicial: uma discussão teórica

SANTIAGO BASABE-SERRANO
Universidad San Francisco de Quito
(Quito, Ecuador)
Contacto: sbasabe@usfq.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-8615-6908>

PATRICIA SOTOMAYOR VALAREZO
Pontificia Universidad Católica de Chile
(Santiago, Chile)
Contacto: masotomayor@uc.cl
<https://orcid.org/0000-0002-6218-471X>

RESUMEN

Este artículo revisa cómo los valores, las actitudes y la cultura de los jueces influyen en sus decisiones judiciales mediante la exploración de los orígenes y las tendencias actuales en estudios sobre el comportamiento judicial. Destaca los aportes empíricos significativos y subraya la importancia de un enfoque multidisciplinario para analizar detalladamente los fallos judiciales empleando herramientas cualitativas y

cuantitativas para entender la racionalidad subyacente en la toma de decisiones de los jueces.

Palabras clave: actitudes judiciales; antecedentes; comportamiento judicial; decisiones judiciales; jueces.

ABSTRACT

This paper reviews how judges' values, attitudes, and culture influence their judicial decisions by exploring the origins and current trends in judicial behavior studies. It highlights significant empirical contributions and underscores the importance of a multidisciplinary approach to thoroughly analyze court rulings using qualitative and quantitative tools to understand the underlying rationality in judicial decision-making.

Key words: judicial attitudes; background; judicial behavior; judicial decisions; judges.

RESUMO

Este artigo analisa como os valores, as atitudes e a cultura dos juízes influenciam suas decisões judiciais, explorando as origens e as tendências atuais nos estudos sobre o comportamento judicial. Destaca as contribuições empíricas significativas e destaca a importância de uma abordagem multidisciplinar para analisar detalhadamente as decisões judiciais, utilizando ferramentas qualitativas e quantitativas para compreender a racionalidade subjacente à tomada de decisões dos juízes.

Palavras-chave: atitudes judiciais; antecedentes; comportamento judicial; decisões judiciais; juízes.

Recibido: 24/2/2025

Revisado: 26/3/2025

Aceptado: 2/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

Una de las aristas clave para el estudio de la toma de decisiones judiciales es la que analiza la influencia que ejercen sobre los fallos el conjunto de actitudes, destrezas y vínculos sociales adquiridos por los jueces a lo largo de la vida. Aun cuando desde la ciencia política la atención dada a esta dimensión del voto judicial es reciente, los trabajos en los que se observa el bagaje sociocultural previo de los jueces y su impacto sobre sus decisiones son de larga data. Por ejemplo, desde la sociología hay una amplia tradición de estudios referidos a los mecanismos a través de los que la formación del juez y su entorno social se ven reflejados en sus sentencias. Las ideas más relevantes al respecto corresponden a perspectivas teóricas estructuralistas, funcionalistas, sistémicas y aquellas vinculadas con la cultura política. Pese a que la lista es amplia, tres de los autores más referenciados son Marx, Weber y Durkheim.

Sin embargo, las fuentes que aportan a la discusión teórica planteada no terminan allí. Una vertiente que también nutre el debate sobre el comportamiento judicial y el voto de los jueces está en el conjunto de teorías sistémicas. En ese andarivel, los trabajos de Niklas Luhmann (2007) son clave no solo por la innovación teórica que proponen alrededor de los sistemas autopoieticos, sino además porque permiten evaluar el subsistema jurídico desde sus principales comunicaciones (los fallos judiciales) y el rol que allí juegan los jueces como emisores de sentido. Aunque no se trata de una teoría antropocéntrica, en la teoría de Luhmann (2019) se puede observar la influencia que ejercen sobre la capacidad volitiva de los jueces las comunicaciones provenientes de los subsistemas político, económico, social o cultural.

Finalmente, desde el derecho hay mucho que decir en cuanto a los factores que afectan a la decisión de los jueces. Para Kelsen (2011), por ejemplo, la principal motivación de los jueces al momento de decidir se encuentra en el contenido expreso de la ley. En ese sentido, la teoría pura del derecho sostiene que cada juzgador realiza un ejercicio de racionalización del negocio jurídico sometido a su conocimiento respecto al arreglo normativo que mejor se adapta. Algo distante a Kelsen, la teoría jurídica analítica agrega al análisis puramente dogmático de la norma el

valor de la moral (Hart, 1961). Con ello, en la decisión de los jueces ya no incidiría solamente un componente de naturaleza prescriptiva, sino también un ejercicio valórico en el que su visión de ¿cómo debería funcionar el mundo?, también entra en juego al momento de argumentar.

Lo planteado hasta aquí lleva a dos ideas centrales. De un lado, los estudios sobre la incidencia de actitudes, aptitudes y bagaje cultural y social de los jueces respecto a sus decisiones son bastante más antiguos de lo que solemos creer los politólogos interesados en el campo de las políticas judiciales. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, valdría la pena que en los estudios sobre comportamiento judicial se ponga más atención a los estudios interdisciplinarios, pues en el derecho o la sociología, por citar dos disciplinas solamente, hay una cantidad de insumos teóricos y metodológicos que se están subutilizando. A continuación describimos algunos de los aportes fundacionales en los estudios sobre la toma de decisiones judiciales.

2. DESARROLLO: MARX Y LA DECISIÓN JUDICIAL FUNDAMENTADA EN LA SUPERESTRUCTURA DEL DERECHO

Para el marxismo clásico, el derecho no pasa de ser el reconocimiento del hecho económico y, por ello, carece de historia y se constituye en una forma ideológica de legitimar el mundo de lo mercantil (Marx, 2006). En otras palabras, para Marx la norma jurídica no es más que el reflejo de los intereses de la burguesía y, por tanto, una herramienta a su servicio para mantener y afianzar las asimétricas relaciones entre clases sociales. Como corolario de lo mencionado, en el *Manifiesto comunista*, Marx y Engels (2013) dirán que, dado que la ciencia jurídica en el capitalismo es un medio para tutelar la propiedad privada, la revolución proletaria debe propiciar como medio de apropiación la titularidad colectiva de los bienes. De allí que, en lo que compete al análisis de la toma de decisiones judiciales, para Marx y la larga tradición de investigadores que desarrollan ideas a partir de su teoría, los fallos de los jueces son la expresión jurídica de los intereses de la clase burguesa.

Esta afirmación no es menor, pues lleva a concluir que, desde la perspectiva del marxismo clásico, son las estructuras las que inciden

claramente sobre las decisiones judiciales mientras que otros factores, como el componente cultural o la formación académica previa del juzgador, pasan a segundo plano. Adicionalmente, la idea de jueces como jugadores estratégicos también se diluye, pues mientras reproduzcan el sistema de acumulación capitalista con sus decisiones, no habría razones para que desde la esfera política se intente sancionarlos. Sin embargo, las dificultades para el análisis de la toma de decisiones judiciales desde la perspectiva marxista llegan cuando se estudian hechos jurídicos en los que los litigantes son parte de la misma clase social y específicamente de la burguesía. En dichos eventos, resulta difícil saber cuáles podrían ser las motivaciones de los jueces para decidir. Una posible interpretación de la sociología del derecho de Marx sería que en tales escenarios quien podría incidir sobre la decisión judicial es el que posea mayor capital económico y/o político.

3. DURKHEIM Y EL ROL DE LOS JUECES

Emile Durkheim es uno de los primeros pensadores que vincularon de forma activa los estudios del derecho con los de la sociología (2006). Aunque el principal aporte de Durkheim a la nascente sociología del derecho está en las reglas de análisis sociológico, especialmente en el tratamiento dado al principio de objetividad, de allí surge una consecuencia clave para los estudios sobre las políticas judiciales y la toma de decisiones en cortes de justicia. Dicha implicación tiene que ver con la separación del estudio positivo del derecho, en el sentido empírico del término, respecto al análisis de la ley como producción normativa que posiciona a la dogmática jurídica como el único texto que será susceptible de análisis por parte de los juristas y solamente de ellos (Durkheim, 2016).

Dado que los jueces cumplen un rol específico dentro de la división del trabajo de las organizaciones sociales modernas y esa función consiste en interpretar un hecho social, la carga de valores que cada juzgador encarna da cuenta de su posición frente a determinado conflicto jurídico. En efecto, en sociedades en las que prima como referente de asociación ciudadana la noción de solidaridad orgánica (Durkheim, 2012) hay un

conjunto de relaciones sociales, códigos de comportamiento cotidiano e interacciones que condicionan al juez al momento de pronunciarse. Sin que lo dicho implique rechazar la capacidad de ordenamiento que tiene el diseño institucional, lo que se podría señalar desde la sociología del derecho de Durkheim es que los jueces adaptan la norma y su aplicabilidad en función de los sentidos, las experiencias y las actitudes que organizan su discurso jurídico.

Si se trata de identificar un antecedente a la corriente de las políticas judiciales que establece que las motivaciones de los jueces para decidir están en la carga valórica dada por su bagaje profesional, las formas de relacionamiento social que inician en la familia y que luego se amplían en la educación inicial, este punto de partida se hallaría en el pensamiento de Durkheim (2002). Además, de la teoría funcionalista del autor citado se desprende lo que posteriormente se conocerá como el funcional-estructuralismo, cuyo principal referente lo constituye Talcott Parsons (2018). Pensando en el proceso de toma de decisiones políticas y en la influencia que reciben los jueces al momento de resolver un caso, para Parsons habría una convergencia tanto del rol que ocupa el juez como operador de justicia con las estructuras económica, política y social que le rodean. Dicho de otra forma, en la decisión judicial hay un componente del contexto y otro relativo a las aptitudes de los jueces que se verán posteriormente reflejados en sus fallos, sobre todo en aquellos en los que se pueden observar de forma más clara las variadas formas de las distinciones sociales.

4. WEBER Y LA RACIONALIDAD DEL DERECHO

La discusión en torno a la racionalidad weberiana apunta no solo a la comprensión del proceso de toma de decisiones en materia judicial, sino también a la relación existente entre el comportamiento que puede ser definido como subjetivamente racional y la acción efectiva que es considerada racionalmente adecuada (Weber, 2017). En lo que compete a la acción, para Weber hay un proceso dual que opera cuando el juzgador decide. Por un lado, el juez identifica a partir del caso específico los preceptos, las normas y las declaraciones jurídicas que más se adaptan a la

situación, aunque sin entrar en el análisis más particularista y detallado. En ese aspecto, se da un proceso de generalización del caso en particular dentro de un conjunto de casos que siguen un patrón de comportamiento específico. Hay un precepto jurídico, por tanto, que ha sido identificado por el juez y allí la norma juega un papel decisivo. En otras palabras, en este momento el diseño institucional condiciona el ejercicio volitivo de los operadores de justicia.

Posteriormente, el juez propone una sistematización de los preceptos, las declaraciones y los principios jurídicos para articularlos entre sí de forma sistemática y acorde al caso específico sometido a decisión. De esta forma no solo se da salida al conflicto suscitado en la sociedad, sino que a la par se torna más previsible la orientación de las decisiones futuras en temas similares. En otros términos, a partir de la sistematización, el Estado de derecho puede procesar los conflictos ciudadanos bajo el principio de seguridad jurídica para las partes procesales. A manera de síntesis, en la visión de Weber el ejercicio de aplicación de la norma es el que definiría prioritariamente el comportamiento de los jueces, por lo que allí se puede encontrar la causal básica de su comportamiento (Weber, 2020, 2013). La visión tradicional del derecho, desde la exégesis jurídica y la hermenéutica, aparecería, en principio, como la heredera del aporte de la sociología del derecho de Max Weber.

No obstante, lo que marca la distancia entre la perspectiva weberiana y el modelo legalista (Ackerman, 1991; Brigham, 1978; Greenawalt, 1992) propio de los estudios sobre políticas judiciales está en el hecho de que, bajo la perspectiva del sociólogo alemán, en el proceso de racionalización del juez existe un espacio relativamente amplio en el que puede decantarse por uno u otro conjunto de preceptos jurídicos. Al respecto, las escuelas más formales del derecho, como la de Kelsen (2018) y su teoría pura, plantean que frente a los distintos negocios jurídicos sometidos a decisión de los jueces las respuestas si bien no son unívocas, se acercan a ello. Por tanto, en la capacidad del juez para «maniobrar» dentro de un conjunto de restricciones institucionales estaría el punto de diferencia entre la visión weberiana y la asignada a las teorías clásicas provenientes del derecho, especialmente en la tradición escrita de corte napoleónico.

En resumen, si se pone atención en los teóricos clásicos de la sociología, allí están los antecedentes de los estudios más contemporáneos que buscan responder a la pregunta de investigación relativa a la influencia de actitudes, aptitudes y *background* social de los jueces sobre sus decisiones judiciales. Desde luego, en la afirmación planteada existe una interpretación propia de los textos de Marx, Durkheim y Weber sobre el comportamiento judicial, pues tales autores no se detienen en una observación analítica del proceso de toma de decisiones. En ese aspecto, mientras los teóricos citados se preocupan de abordar el tema del comportamiento de los jueces en función de lo que deciden, pero a partir de una visión macro o de las llamadas «grandes teorías», lo que harán sus sucedáneos será plasmar tales ideas en trabajos más analíticos en los que efectivamente se observa a los juzgadores como unidades de análisis.

Con lo dicho, la intención de la descripción previa no es otra que establecer los puntos de partida de los actuales estudios sobre comportamiento judicial y específicamente de aquellos que asumen variables actitudinales y del entorno como determinantes en el proceso de toma de decisiones de los jueces. Lo dicho no implica desmerecer la investigación más reciente, sino por el contrario hurgar en sus antecedentes, de cara a mejorar la calidad de las teorías actuales. Además, y como punto de balance, lo que conocemos ahora sobre comportamiento judicial en el plano más analítico goza de una carga metodológica y evidencia empírica que estuvo ausente en buena parte de los teóricos citados. Por tanto, la idea central es ahondar en el conocimiento de los factores que afectan a la decisión judicial a partir de los hallazgos actuales y una relectura de los clásicos. Con ello, y como preámbulo al debate más contemporáneo sobre el tema, planteamos una discusión interesante que toma como punto de partida las teorías sistémicas y en particular aquella que, desde los sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, propone nuevos espacios para la comprensión del comportamiento judicial.

5. LUHMANN Y EL SUBSISTEMA JURÍDICO

La revolucionaria propuesta teórica de Luhmann es digna de ser asumida como tal por una serie de razones. De un lado, la estructura de

razonamiento conjuga los mejores elementos del funcionalismo de Durkheim con el análisis combinado de roles y estructuras de Parsons. De otro lado, Luhmann vincula en un solo corpus teórico los aportes que provienen no solo de las corrientes mencionadas, sino otras ancladas en los estudios de la cibernética y de los sistemas generales. En ese aspecto hay un ejercicio de interacción de diversos conocimientos que no resulta común en la actualidad. Adicionalmente, la vocación omni-comprendensiva de Luhmann respecto a la realidad social se materializa también en la recurrencia a los aportes de la biología de Maturana y Varela (1998) para intentar comprender el funcionamiento de la sociedad.

Al respecto, la posibilidad de observar la sociedad como un símil del funcionamiento de la célula, a partir de un conjunto de sistemas de autorreproducción y codificación basados en las comunicaciones, impregna al pensamiento luhmanniano de una densidad teórica que, pudiendo ser asumida como una debilidad, también puede considerarse como un referente esperanzador. Al respecto, para unas ciencias sociales cada día más sumidas en la exaltación de la metodología «sofisticada» aunque vacía de contenido, con profusa información empírica, pero sin razonamiento de los motivos para extraerla y con muy poco debate teórico que sirva de sustento, la propuesta de Luhmann resulta alentadora. De allí que la comprensión del subsistema jurídico en la teoría de la «sociedad sin hombres», como el propio Luhmann (2007) ha denominado a su propuesta, resulta útil para analizar las motivaciones de los jueces al momento de tomar sus decisiones.

Como indicamos, en Luhmann la capacidad de reproducción de la sociedad está dada alrededor de comunicaciones estructuradas de forma binaria. Estas comunicaciones nacen de cada subsistema social, como el jurídico, el político, el económico o el cultural y sirven para dos finalidades. La primera es constituirse en el elemento de autorreproducción del propio subsistema. La segunda es distribuirse entre los demás subsistemas con el fin de que algunos puedan aprehender tales comunicaciones de cara a desarrollar su proceso autopoietico. Así, la sociedad es comunicaciones y nada más que comunicaciones, como el propio Luhmann (2018) lo ha señalado. De allí que, si la teoría de Luhmann no es antropocéntrica y la base del progreso está en las comunicaciones, el

ejercicio por realizar tiene que ver con la forma de articular dicha propuesta con el proceso volitivo por el que los jueces toman decisiones.

En primer lugar, las comunicaciones que aprehende el subsistema jurídico son las que corresponden al código binario legal/ilegal. Por tanto, se podría decir que los jueces toman para sus decisiones una posición que responde precisamente a dicha dicotomía. *Ceteris paribus* otro tipo de influencias, se podría decir que la principal fuente de influencia sobre las decisiones judiciales, siguiendo la teoría de Luhmann, son los arreglos normativos, en correspondencia con el código binario citado. Hasta allí sería la ley el principal motor de la forma de resolver los casos, por lo que, al menos en ese aspecto, la teoría de Luhmann guardaría cierta cercanía con Weber y las corrientes más clásicas del derecho, con Kelsen y la teoría pura a la cabeza. No obstante, la característica esencial de las comunicaciones que aprehende el subsistema jurídico y los demás está en el hecho no solo de «alimentarse» de ellas para su proceso auto-poietico, sino además en capturar comunicaciones provenientes de otros subsistemas.

Precisamente en ese punto es que toma fuerza la idea de que los jueces reciben influencias que tienen relación con su proceso de socialización previo, su carga educacional y las diferentes aristas de su matriz cultural. De lo dicho, por tanto, se podría concluir que los jueces asumen una serie de factores relacionados con la concepción de la norma y su propio entorno como parte del proceso de toma de decisiones. En este aspecto, las comunicaciones modifican la visión de los jueces sobre los casos que conocen y aquello se refleja en sus fallos. Aunque esta visión sistémica no deja de lado el voto judicial estratégico, la codificación de cada subsistema de forma autónoma haría menos probable que las comunicaciones provenientes de la política o la economía puedan ser procesadas de forma favorable por un subsistema como el jurídico, pues su estructura binaria difícilmente permite el acceso a aquellas comunicaciones que no tengan una clara delimitación entre lo legal/ilegal (Luhmann, 2018).

Desde otra perspectiva, apuntamos que la teoría de Luhmann en su aplicación al proceso de toma de decisiones judiciales resulta fructífera no solo en el plano del estudio de las cortes nacionales, sino

también en espacios internacionales. Por ejemplo, las ideas, plasmadas en comunicaciones en la visión de Luhmann, son un motor clave de una parte de los estudios sobre comportamiento judicial, principalmente en las investigaciones en las que se analiza cómo el entorno internacional de los derechos humanos afecta de modo positivo para el enjuiciamiento de hechos criminales suscitados esencialmente en los gobiernos dictatoriales (González Ocantos, 2017; Hilbink, 2007). En ese sentido, la capacidad de ampliar el constructo teórico de las comunicaciones hacia aquello que se asume como legal/ilegal, indistintamente de la arena de toma de decisiones judiciales de la que se trate, puede ser útil de cara a la formación de una propuesta teórica amplia y con capacidad de «viajar» a las diferentes unidades de análisis que los investigadores deseen estudiar.

6. LOS AVANCES MÁS RECIENTES

Expresamente dejamos de lado mencionar a la psicología como una de las disciplinas desde las que se puede estudiar el comportamiento judicial. En ese plano, la investigación desarrollada sobre temas como la eutanasia o los delitos cometidos por jóvenes ha demostrado que las preconcepciones de los jueces inciden sobre sus procesos de toma de decisiones (Klein y Mitchell, 2010; Mandujano y Frías, 2011; Meissner y Russano, 2003; Peter-Hagene y Ratliff, 2021). Al respecto, recurriendo prioritariamente a experimentos sociales, los psicólogos han proporcionado amplias pruebas empíricas que darían cuenta de que el entorno en el que se desenvuelve el juez y su propia «historia de vida» constituyen disparadores importantes al momento de interpretar o explicar una decisión judicial.

Este enfoque, en el que los sentimientos y los valores sociales adquiridos son los que priman en las decisiones judiciales, tiene dentro de la ciencia política algunos autores referenciales. En ese plano, los trabajos de Pritchett (1948), Schubert (1965) o Nágel (1963) abordan tales temáticas y son algunos de los autores a los que se podría señalar como referentes en lo que en la tradición norteamericana se conoce como el modelo actitudinal. En esa discusión, los jueces asumen sus decisiones

acompañando a la reflexión jurídica su propio bagaje de conocimientos, destrezas y sesgos cognitivos derivados de la educación, la experiencia laboral previa o el ejercicio de la propia actividad judicial (Basabe-Serrano, 2024). En esa misma línea, otros trabajos (Segal y Cover, 1989; Segal y Spaeth, 2002) presentan una propuesta más refinada en el aspecto metodológico, pero que, en lo teórico, sigue las ideas ya anotadas. Las investigaciones desarrolladas bajo el enfoque citado se han concentrado esencialmente en el sistema legal de los Estados Unidos, aunque hay aportes para otros contextos geográficos.

En Europa, por ejemplo, está el estudio que explica el comportamiento judicial a partir de valores y actitudes de los jueces en cortes de Croacia (Glavina, 2020), mientras que en Asia se sitúa la aplicación del modelo actitudinal al comportamiento de los jueces de la Corte Suprema de Israel (Weinshall-Margel, 2011). En América Latina hallamos el trabajo de Hilbink (2007) en el que se plantea que la visión conservadora del derecho de los jueces chilenos explica en buena medida por qué los juicios por violaciones a los derechos humanos avanzaron muy poco en el período posterior a la dictadura de Augusto Pinochet. El caso ecuatoriano también ha sido estudiado a partir de su corte constitucional para señalar que, al menos durante un período temporal específico, sus jueces votaron acorde a sus propias preferencias ideológicas (Basabe-Serrano, 2014, 2012, 2011). En definitiva, aunque hay avances fuera de los Estados Unidos de Norteamérica, es bastante menos lo que se conoce sobre el comportamiento judicial desde la perspectiva actitudinal en otros contextos geográficos.

Dentro del mismo corpus teórico relacionado con la influencia del *background* de los jueces sobre sus decisiones está la idea de que su posición ideológica es determinante. Entendida la ideología como la cosmovisión que tiene el juez sobre el derecho y otras facetas de la vida humana, el planteamiento central allí es que si un juez es de derecha o izquierda, sus fallos guardarán coherencia con dicho posicionamiento. Adicionalmente, la visión más conservadora de la vida u otra más liberal también serán asumidas como una variable influyente en la toma de decisiones judiciales (Espinosa, 2017; Hagle y Spaeth, 1990; Roy y Songer, 2010; Samy de Castro, 2021; Segal *et al.*, 1995; Songer y Lindquist,

1996; Swedlow y Wyckoff, 2009). Sin embargo, un aspecto no resuelto tiene que ver con la comprensión del concepto de ideología que los jueces se autoasignan o el que quienes los evalúan presumen que puede ser asignado a los juzgadores. En este aspecto, hay un desafío metodológico por delante y a la vez un tema clave para futuras agendas de investigación.

En efecto, la noción de ideología de los jueces no es una cuestión obvia y el concepto por sí mismo resulta elusivo. Hay jueces que en el plano económico son muy orientados al mercado, pero que en el campo de los valores resultan extremadamente conservadores. Otros son pro-Estado en cuanto a la regulación de las relaciones entre agentes económicos y el vínculo del aparato estatal con la sociedad, pero a la par tienen una visión amplia sobre temas clave, como el matrimonio igualitario, el aborto o la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo. Por tanto, reducir el concepto de ideología solamente a la perspectiva económica y al espacio que va desde lo más «estatista» hasta lo más «libertario» deja de lado un sinnúmero de campos que no concuerdan con esa única dimensión. En otras palabras, no necesariamente un juez promercado es conservador ni tampoco un juez estatista es liberal o lo que se ha denominado en las últimas décadas «progresista» (Epstein *et al.*, 2018).

En este punto aparecen las teorías de la cultura legal como una perspectiva algo distinta a la discutida, aunque en realidad sustentada en la misma construcción teórica de los clásicos de la sociología del derecho (Robinson y Swedlow, 2018; Wildavsky, 2005). Para esos autores las decisiones judiciales pueden ser explicadas por un conjunto de códigos de comportamiento socialmente adquiridos, respetados y cuyas reglas informales son capaces de adecuar el pensamiento del juez a la realidad sobre la que va a juzgar (Ansolabehere, 2011; González Mantilla, 2007; López, 2014; Nelken, 2017; Silbey, 2018; Wences *et al.*, 2014). Dada la amplitud del concepto de cultura jurídica o legal, los trabajos que se sustentan en ese marco teórico atraviesan las distintas áreas de las ciencias sociales y no resultan ajenos tampoco a las investigaciones interdisciplinarias.

Finalmente, alrededor de la propuesta de que las ideas pueden «viajar» de un contexto geográfico a otro e incidir en la toma de decisiones

de los jueces se ha desarrollado una tradición de trabajos que va tomando fuerza. Allí el interés principal está en los estudios sobre los cambios en el comportamiento de los jueces a raíz del trabajo desarrollado por organismos internacionales, organizaciones del tercer sector o abogados agrupados alrededor de organismos de defensa de los derechos humanos. El trabajo de González Ocantos (2017) sobre el cambio en la visión de lo legal respecto a lo legítimo en varios países de América Latina es un buen ejemplo de lo mencionado. El ya citado trabajo de Hilbink (2007) iría también en esa línea. En el plano disciplinario, este grupo de investigaciones pretende hacer una mixtura entre los enfoques «propios» de la ciencia política con aportes provenientes de otras áreas de las ciencias sociales, como la sociología o la antropología.

Desde una estrategia taxonómica distinta, los trabajos sobre el voto judicial a partir del enfoque centrado en el bagaje previo de conocimientos de los operadores de justicia podrían agruparse alrededor de dos vertientes. De un lado, la que estudia el comportamiento individual de los jueces; y, de otro lado, la que analiza las decisiones de las cortes de justicia vistas como tribunales colegiados. En el primer caso se busca identificar en qué medida variables como el sexo, la religión, la etnia o el país de nacimiento de los jueces pueden afectar en su proceso de toma de decisiones judiciales. En el segundo caso hay factores como el orden de la votación, la antigüedad de los jueces y otras relacionadas con la lógica de la acción colectiva que podrían incidir sobre la sentencia. A continuación, detallamos algunos de los aportes existentes en las dos dimensiones anotadas.

Como algunos trabajos han señalado, las mujeres «hablan en una voz diferente» (*speak in a different voice*), lo que daría cuenta de una perspectiva distinta a la de los hombres en el tratamiento de diferentes temas y específicamente en aquellos resueltos por el Poder Judicial (Gilligan, 1982; Sherry, 1986). Sin embargo, dicha premisa tiene hallazgos que van en sentidos opuestos. Por un lado, hay autores que señalan la existencia de patrones diferenciados en las decisiones judiciales en función del sexo del juez (Boyd, 2016; Boyd *et al.*, 2010; Collins y Moyer, 2008). Por otro lado, existe evidencia empírica que constata la ausencia de relación causal entre el hecho de ser mujer u hombre y el

proceso de toma de decisiones judiciales (Gruhl *et al.*, 1981; Steffensmeier y Heber, 1999). En cualquier caso, el debate respecto a la incidencia o no de la variable sexo en las decisiones judiciales se mantiene abierto.

Desde la perspectiva de la pertenencia étnica de los jueces también se ha señalado que allí podría haber una motivación para resolver los procesos judiciales. En el caso de los jueces norteamericanos, por ejemplo, se señala que el comportamiento de jueces blancos y negros difiere cuando las personas juzgadas pertenecen a una etnia u otra (Boyd, 2016; Chew y Kelley, 2012; Rachlinsky *et al.*, 2009; Scherer, 2004; Sen, 2015; Welch *et al.*, 1988). En la misma línea de los hallazgos previos se cuenta el trabajo de Choi y sus colegas (2022) realizado para las cortes penales de apelación de Kenia. No obstante, otros trabajos señalan que las diferencias al momento de sentenciar no son mayores entre jueces blancos y negros (Ashenfelter *et al.*, 1995; Bonneau y Rice, 2009; Spohn, 2009; Steffensmeier y Britt, 2001). Por otro lado, la nacionalidad de los jueces ha sido considerada como un factor que podría afectar a la toma de decisiones judiciales, sobre todo en aquellos casos en los que los litigios se sitúan en cortes de justicia internacionales (Hensley, 1968; Kuijer, 1997; Schwartz y Murchison, 2016; Titi, 2020).

La adscripción religiosa de los jueces y su posible incidencia en la resolución de casos en los que los valores éticos o morales entran en juego es otra de las aristas de investigación desarrollada dentro de los estudios que enfatizan en el *background* judicial (Gazal-Ayal y Sulitzeanu-Kenan, 2010; Koev, 2019; Posner y Figueredo, 2005; Shayo y Zussman, 2011; Voeten, 2008). Al respecto, trabajos realizados para el caso de la justicia israelí dan cuenta de que la «teoría del *background* social» tiene un importante correlato empírico (Weinshall-Margel, 2021; Woods, 2009). En esa línea están también las investigaciones que estudian cómo la adscripción de los jueces a la Iglesia católica o evangélica puede efectivamente influir en la toma de decisiones judiciales en diversos temas (Idleman, 2006; Kalscheur, 2007; Pryor, 2006; Reyes, 2011; Reyes y Reyes, 2019; Songer y Tabrizi, 1999). El trabajo de Wilcox (1986) sobre cómo los fundamentalismos cristianos afectan a la orientación de las decisiones judiciales también aporta en este aspecto. No obstante, hay

limitaciones aún en la investigación empírica realizada y la claridad del vínculo entre religión de los jueces y toma de decisiones judiciales tiene todavía un camino por recorrer (Feldman, 2006).

En lo que se refiere a la influencia que genera el bagaje social de cada uno de los jueces sobre sus colegas al momento de tomar decisiones en tribunales colegiados es menos lo que se conoce en términos teóricos y empíricos. El trabajo de Shayo y Zussman (2011), en el que se observan los posicionamientos de jueces árabes respecto a judíos frente a litigantes que comparten sus posiciones, es una excepción. En este campo, por tanto, hay un espacio fructífero de investigación que guarda relación con la forma cómo algunos jueces pueden incidir sobre el voto de sus colegas a partir de variables de diferente naturaleza. Una de ellas puede ser el *seniority*, asumido como la posición de privilegio de determinados jueces, tanto por el peso de su opinión como por el momento en el que les corresponde votar, investigado en cortes norteamericanas (Boyea, 2010). Desafortunadamente, la capacidad explicativa de este factor es reducida, pues no puede «viajar» a sistemas legales diferentes, como los anclados en la tradición napoleónica del derecho, en los que esta figura jurídica no existe.

7. CONCLUSIONES

Como en este artículo hemos demostrado, el estudio del comportamiento judicial a partir de lo que los jueces subjetivamente han construido a lo largo de su vida se mantiene como un campo de discusión y comprensión de las decisiones judiciales. Este enfoque teórico además provee una serie de insumos para la descripción y la explicación que dan riqueza a los análisis y la observación de la vida judicial más allá de la visión puramente jurídica. Si se considera que el Poder Judicial por sí mismo es un campo de estudio complejo por las diferencias en cuanto a las lógicas de acción de los jueces dependiendo de su posición jerárquica, la interacción de disciplinas y metodologías para el análisis de los valores, las destrezas, las actitudes y las posiciones ideológicas aporta a conocer en detalle el proceso de toma de decisiones de dichos actores. Desafortunadamente, la incidencia de esta perspectiva teórica no ha sido

desarrollada del todo por lo que allí hay un amplio espacio para futuras agendas de investigación.

Este artículo también constituye un llamado de atención hacia la necesidad de escudriñar más allá de lo evidente en cuanto a la toma de decisiones judiciales. En general, los aportes desarrollados hasta el momento se concentran en observar la dirección de los fallos y aplicar la lógica de costo/beneficio a la explicación de dichos eventos. Aunque no se desconoce que en la vertiente teórica del elector racional hay un espacio para el análisis del comportamiento judicial, lo que en este artículo evidenciamos es que hay otras perspectivas teóricas que por su composición pueden ser más fructíferas para comprender de mejor forma la racionalidad que se encuentra detrás del voto de los jueces. Para ello, analizar el contenido de las decisiones y no solamente la dirección de los fallos resulta crucial. Aunque lo dicho implica destinar más tiempo al trabajo de sistematización de información, vale la pena incurrir en dicha inversión de cara a evitar análisis simplistas de la realidad.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1991). *We the people 1: Foundations*. Harvard University Press.
- Ansolabehere, K. (2011). Cultura legal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), 133-140.
- Ashenfelter, O., Eisenberg, T. y Schwab, S. J. (1995). Politics and the Judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, 24(2), 257-281.
- Basabe-Serrano, S. (2011). *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Flacso Ecuador.
- Basabe-Serrano, S. (2012). Judges without robes and judicial voting in contexts of institutional instability: the case of Ecuador's Constitutional Court, 1999-2007. *Journal of Latin American Studies*, 44(1), 127-161.

- Basabe-Serrano, S. (2014). Determinants of judicial dissent in context of extreme institutional instability: the case of Ecuador's Constitutional Court. *Journal of Politics in Latin America*, 6(1), 83-107.
- Basabe-Serrano, S. (2024). Personal attributes and social backgrounds. En L. Epstein, G. Grendstad, U. Sadl y K. Weinshall (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour* (pp. 165-180). Oxford University Press.
- Bonneau, C. W. y Rice, H. M. (2009). Impartial judges? Race, institutional context, and U. S. state supreme courts. *State Politics & Policy Quarterly*, 9(4), 381-403.
- Boyd, C. L. (2016). Representation on the Courts? The effects of trial judges' sex and race. *Political Research Quarterly*, 69(4), 788-799.
- Boyd, C. L., Epstein, L. y Martin, A. D. (2010). Untangling the causal effects of sex on judging. *American Journal of Political Science*, 54(2), 389-411.
- Boyea, B. D. (2010). Does seniority matter? The conditional influence of state methods of judicial retention. *Social Science Quarterly*, 91(1), 209-227.
- Brigham, J. (1978). *Constitutional language: an interpretation of judicial decision*. Greenwood Press.
- Chew, P. K. y Kelley, R. E. (2012). The realism of race in judicial decision making: an empirical analysis of plaintiffs' race and judges' race. *Harvard Journal on Racial and Ethnic Justice*, (28), 91-115.
- Choi, D. D., Harris, A. J. y Shen-Bayh, F. (2022). Ethnic bias in judicial decision making: evidence from criminal appeals in Kenya. *American Political Science Review*, 116(3), 1067-1080.
- Collins, T. y Moyer, L. (2008). Gender, race, and intersectionality on the Federal Appellate Bench. *Political Research Quarterly*, 61(2), 219-227.
- Durkheim, E. (2002). *La educación moral*. Trotta.
- Durkheim, E. (2006). *Lecciones de sociología*. Comares.
- Durkheim, E. (2012). *La división del trabajo social*. Biblioteca Nueva.

- Durkheim, E. (2016). *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*. Alianza Editorial.
- Epstein, L., Parker, C. M. y Segal, J. (2018). Do justices defend the speech they hate? An analysis of in-group bias on the U. S. Supreme Court. *Journal of Law and Courts*, 6(2), 237-262.
- Espinosa, R. (2017). Constitutional judicial behavior: exploring the determinants of decision of the French Constitutional Council. *Review of Law and Economics*, 13(2).
- Feldman, S. M. (2006). Empiricism, religion, and judicial decision-making. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 15(1), 43-57.
- Gazal-Ayal, O. y Sulitzeanu-Kenan, R. (2010). Let my people go: ethnic in-group bias in judicial decisions-evidence from a randomized natural experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*, 7(3), 403-428.
- Gilligan, C. (1982). *In a different voice: psychological theory and women's development*. Harvard University Press.
- Glavina, M. (2020). To refer or not to refer, that is the (preliminary) question: exploring factors which influence the participation of national judges in the preliminary ruling procedure. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, (16), 25-59.
- González Mantilla, G. (2007). Enseñanza del derecho y cultura legal en tiempos de globalización. *Revista de Derecho*, (65), 285-305.
- González Ocantos, E. (2017). *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. Cambridge University Press.
- Greenawalt, K. (1992). *Law and objectivity*. Oxford University Press.
- Gruhl, J., Spohn, C. y Welch, S. (1981). Women as policymakers: the case of trial judges. *American Journal of Political Science*, 25(2), 308-322.
- Hagle, T. M. y Spaeth, H. J. (1990). Voting fluidity and the attitudinal model of Supreme Court decision making. *Western Political Quarterly*, 44(1), 119-128.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.

- Hensley, T. (1968). National bias and the International Court of Justice. *Midwest Journal of Political Science*, 12(4), 568-586.
- Hilbink, L. (2007). *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: lessons from Chile*. Cambridge University Press.
- Idleman, S. C. (2006). Private conscience, public duties: the unavoidable conflicts facing a catholic justice. *University of St. Thomas Law Journal*, (4), 312-324.
- Kalscheur, G. A. (2007). Catholics in public life: judges, legislators, and voters. *Boston College Law School Research Paper*, (124).
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Trotta.
- Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas*. Marcial Pons.
- Klein, D. y Mitchell, G. (eds.). (2010). *The psychology of judicial decision making*. Oxford University Press.
- Koev, D. (2019). Not taking it on faith: state and religious influences on European Court of Human Rights judges in freedom of religion cases. *Journal of Human Rights*, 18(2), 184-200.
- Kuijer, M. (1997). Voting behaviour and national bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, 10(1), 49-67.
- López, R. (2014). Cultura jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (7), 229-235. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2245>
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. Herder.
- Luhmann, N. (2018). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Ediciones Olejnik.
- Luhmann, N. (2019). *Contingencia y derecho*. Trotta.
- Mandujano, M. F. y Frías, M. (2011). Actitudes de los jueces respecto a los sistemas alternativos de justicia juvenil en Hermosillo, Sonora. *Revista Mexicana de Psicología*, 28(2), 227-234.
- Marx, K. (2006). *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. Colihue.

- Marx, K. y Engels, F. (2013). *Manifiesto del Partido Comunista*. Plutón Ediciones.
- Maturana, H. y Varela, F. (1998). *De máquinas y seres vivos: autopoiesis, la organización de lo vivo*. Editorial Universitaria.
- Meissner, C. A. y Russano, M. B. (2003). The psychology of interrogations and false confessions: research and recommendations. *The Canadian Journal of Police & Security Services*, 1(1), 53-64.
- Nágel, S. (1963). Off the bench judicial attitudes. En G. Schubert (ed.), *Judicial decision making* (pp. 29-54). Free Press.
- Nelken, D. (2017). Using the concept of legal culture. En M. del Mar y M. Glaudice (eds.), *Legal theory and the social sciences* (pp. 279-303). Routledge.
- Parsons, T. (2018). *Teoría de la acción y condición humana*. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Peter-Hagene, L. C. y Ratliff, C. L. (2021). When jurors' moral judgments result in jury nullification: moral outrage at the law as a mediator of euthanasia attitudes on verdicts. *Psychiatry, Psychology and Law*, 28(1), 27-49.
- Posner, E. A. y Figueiredo, M. F. P. de (2005). Is the International Court of Justice biased? *The Journal of Legal Studies*, 34(2), 599-630.
- Pritchett, C. H. (1948). *The Roosevelt Court*. Macmillan.
- Pryor, W. H. (2006). The religious faith and judicial duty of an American catholic judge. *Yale Law & Policy Review*, 24(2), 347-362.
- Rachlinski, J., Johnson, S., Wistrich, A. J. y Guthrie, C. (2009). Does unconscious racial bias affect trial judges? *Cornell Law Faculty Publications*, 84(3), 1195-1246.
- Reyes, R. (2011). The Supreme Court's catholic majority: doctrine, discretion, and judicial decision-making. *St. John's Law Review*, 85(2), 649-682.
- Reyes, R. y Reyes, J. W. (2019). Religion in judicial decision-making: an empirical analysis. *BYU Law Review*, 2019(1), 293-338.

- Robinson, R. y Swedlow, B. (2018). Beyond liberal and conservative: advancing the study of judicial behavior with a cultural theory of political values. *Journal of Law and Courts*, 6(2), 263-302.
- Roy, D. y Songer, D. R. (2010). Does the attitudinal model explain unanimous reversals? *The Justice System Journal*, 31(3), 342-372.
- Samy de Castro, A. (2021). Judicial attitudes under shifting jurisprudence: evidence from Brazil's new drugs law of 2006. *International Review of Law and Economics*, 68.
- Scherer, N. (2004). Blacks on the bench. *Political Science Quarterly*, 119(4), 655-675.
- Schubert, G. (1965). *The judicial mind: the attitudes and ideologies of Supreme Court justices: 1946-1963*. Northwestern University Press.
- Schwartz, A. y Murchison, M. (2016). Judicial impartiality and independence in divided societies: an empirical analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina. *Law & Society Review*, 50(4), 821-855.
- Segal, J. A. y Cover, A. D. (1989). Ideological values and the votes of the US Supreme Court justices. *American Political Science Review*, 83(2), 557-565.
- Segal, J. A., Epstein, L., Cameron, C. y Spaeth, H. J. (1995). Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court justices revisited. *The Journal of Politics*, 57(3), 812-823.
- Segal, J. A. y Spaeth, H. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge University Press.
- Sen, M. (2015). Is justice really blind? Race and reversal in US Courts. *The Journal of Legal Studies*, 44(1), 187-229.
- Shayo, M. y Zussman, A. (2011). Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, 126(3), 1447-1484.
- Sherry, S. (1986). The gender of judges. *Minnesota Journal of Law & Inequality*, (4), 159-170. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/366>

- Silbey, S. (2018). Legal culture and cultures of legality. En L. Grindstaff, M.-C. M. Lo, J. R. Hall (eds.), *Routledge Handbook of Cultural Sociology* (pp. 426-435). Routledge.
- Songer, D. R. y Lindquist, S. (1996). Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision making. *American Journal of Political Science*, 40(4), 1049-1063.
- Songer, D. R. y Tabrizi, S. J. (1999). The religious right in court: the decision making of Christian evangelicals in state Supreme Courts. *The Journal of Politics*, 61(2), 507-526.
- Spohn, C. (2009). *How do judges decide?: The search for fairness and justice in punishment*. Sage Publications.
- Steffensmeier, D. y Britt, C. (2001). Judges' race and judicial decision making: do black judges sentence differently? *Social Science Quarterly*, 82(4), 750-765.
- Steffensmeier, D. y Hebert, C. (1999). Women and men policymakers: does the judge's gender affect the sentencing of criminal defendants? *Social Forces*, (77), 1163-1196.
- Swedlow, B. y Wyckoff, M. (2009). Value preferences and ideological structuring of attitudes in American public opinion. *American Politics Research*, 37(6), 1048-1078.
- Titi, C. (2020). Nationality and representation in the composition of the international bench: lessons from the practice of international courts and tribunals and policy options for the Multilateral Investment Court. *CERSA Working Papers on Law and Political Science*.
- Voeten, E. (2008). The impartiality of international judges: evidence from the European Court of Human Rights. *American Political Science Review*, 102(4), 417-433.
- Weber, M. (2013). *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Coyoacán.
- Weber, M. (2017). *La «objetividad» del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial.
- Weber, M. (2020). *Economía y sociedad*. Verbum.

- Weinshall-Margel, K. (2011). Attitudinal and neo institutional models of Supreme Court decision making: an empirical and comparative perspective from Israel. *Journal of Empirical Legal Studies*, 8(3), 556-586.
- Weinshall-Margel, K. (2021). Courts and diversity: normative justifications and their empirical implications. *The Law and Ethics of Human Rights*, 15(2), 187-220.
- Welch, S., Combs, M. y Gruhl, J. (1988). Do black judges make a difference. *American Journal of Political Science*, 32(1), 126-136.
- Wences, I., Conde, R. y Bonilla, A. (eds.). (2014). *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*. Secretaría General Flacso.
- Wilcox, C. (1986). Evangelicals and fundamentalists in the new Christian right: religious differences in the Ohio moral majority. *Journal for the Scientific Study of Religion*, 25(3), 355-363.
- Wildavsky, A. (2005). *Cultural analysis*. Routledge.
- Woods, P. J. (2009). *Judicial power and national politics: courts and gender in the religious-secular conflict in Israel*. State University of New York Press.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Santiago Basabe-Serrano: redacción del trabajo, revisión del trabajo y aprobación de la versión final que se publicará.

Patricia Sotomayor Valarezo: revisión de literatura, redacción del trabajo, corrección de la versión final que se publicará.

Biografía de los autores

Santiago Basabe-Serrano es profesor titular de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad San Francisco de Quito, becario Georg Forster de la Fundación Alexander von Humboldt, e investigador postdoctoral en el Instituto Alemán de Estudios Globales y Regionales (GIGA). Director de la Asociación Ecuatoriana de Ciencia Política

(AECIP), al igual que fundador y director de Pescadito Editoriales. La investigación del autor se centra actualmente en la corrupción, en sus diferentes dimensiones, las instituciones políticas, la política exterior y la metodología de la investigación científica. Doctorado en Ciencia Política por la Universidad Nacional de San Martín (Buenos Aires, Argentina). Profesor visitante de la Université Sorbonne Nouvelle (París 3) y de otras universidades en Europa y América Latina.

Patricia Sotomayor Valarezo es abogada de pregrado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. Especialidad en Derecho Constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (Ecuador), y especialidad en Derecho Procesal en la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA). Maestra en Política Comparada por Flacso sede Ecuador. Maestría en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica de Chile y doctora (c) por la misma universidad. Sus intereses de investigación son las instituciones políticas, especialmente las judiciales, los estudios sociolegales y las interacciones entre el ejecutivo, el legislativo y la rama judicial.

Correspondencia

masotomayor@uc.cl



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 49-82

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1066>

Hacia un nuevo paradigma de responsabilidad civil para vehículos autónomos: propuesta de un marco jurídico dinámico basado en niveles de autonomía

Towards a new paradigm of civil liability for autonomous vehicles: proposal for a dynamic legal framework based on levels of autonomy

Rumo a um novo paradigma de responsabilidade civil para veículos autônomos: proposta de um marco legal dinâmico baseado em níveis de autonomia

OLGA ALEJANDRA ALCÁNTARA FRANCIA
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)

Contacto: oalcantara@cientifica.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9159-1245>

CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)
Contacto: ccarranza@cientifica.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1676-1045>

RESUMEN

El surgimiento de vehículos autónomos presenta desafíos sin precedentes para el derecho de responsabilidad civil. Este artículo propone un nuevo paradigma jurídico: un marco jurídico dinámico que adapta

la atribución de responsabilidad a los diversos niveles de autonomía vehicular. Mediante un análisis doctrinal, jurisprudencial y comparativo de legislaciones internacionales, se identifica la inadecuación de los marcos legales actuales para abordar la complejidad de los sistemas autónomos. El marco propuesto establece una categorización de responsabilidad basada en niveles de autonomía, desde la responsabilidad compartida humano-máquina en niveles bajos, hasta la responsabilidad del sistema y del fabricante en niveles altos. Se integran principios de «ética *by design*» y se propone un sistema de seguros escalonado. La validación del marco incluye su aplicación a casos hipotéticos y evaluación por expertos, demostrando su viabilidad y su adaptabilidad a futuras evoluciones tecnológicas. Este enfoque innovador no solo ofrece una solución a las lagunas legales existentes, sino que también proporciona un fundamento flexible para futuras reformas legislativas. El artículo concluye que este marco dinámico es esencial para equilibrar la innovación tecnológica con la protección jurídica efectiva, y sienta las bases para una regulación coherente y adaptativa de los vehículos autónomos.

Palabras clave: vehículos autónomos; responsabilidad civil; marco jurídico dinámico; niveles de autonomía; ética *by design*; derecho tecnológico; regulación adaptativa.

ABSTRACT

The emergence of autonomous vehicles presents unprecedented challenges for civil liability law. This article proposes a new legal paradigm: a dynamic legal framework that adapts liability attribution to the various levels of vehicular autonomy. Through doctrinal, jurisprudential, and comparative analysis of international legislation, the inadequacy of current legal frameworks to address the complexity of autonomous systems is identified. The proposed framework establishes a liability categorization based on levels of autonomy, ranging from shared human-machine responsibility at lower levels to system and manufacturer liability at higher levels. It integrates principles of “ethics by design” and proposes a

tiered insurance system. The framework's validation includes application to hypothetical cases and expert evaluation, demonstrating its feasibility and adaptability to future technological developments. This innovative approach not only addresses existing legal gaps but also provides a flexible foundation for future legislative reforms. The article concludes that this dynamic framework is essential to balance technological innovation with effective legal protection, and it lays the groundwork for coherent and adaptive regulation of autonomous vehicles.

Key words: autonomous vehicles; civil liability; dynamic legal framework; levels of autonomy; ethics by design; technology law; adaptive regulation.

RESUMO

O surgimento dos veículos autônomos apresenta desafios sem precedentes à lei de responsabilidade civil. Este artigo propõe um novo paradigma jurídico: um quadro jurídico dinâmico que adapta a atribuição de responsabilidade aos vários níveis de autonomia do veículo. Por meio de uma análise doutrinária, jurisprudencial e comparativa das leis internacionais, é identificada a inadequação dos quadros jurídicos atuais para lidar com a complexidade dos sistemas autônomos. A estrutura proposta estabelece uma categorização da responsabilidade com base nos níveis de autonomia, desde a responsabilidade compartilhada entre homem e máquina em níveis baixos até a responsabilidade do sistema e do fabricante em altos níveis. Os princípios da “ética *by design*” são integrados e é proposto um sistema de seguros escalonado. A validação da estrutura inclui sua aplicação a casos hipotéticos e avaliação por especialistas, demonstrando sua viabilidade e adaptabilidade a futuros desenvolvimentos tecnológicos. Essa abordagem inovadora não só oferece uma solução para as lacunas legais existentes, mas também fornece uma base flexível para futuras reformas legislativas. O artigo conclui que essa estrutura dinâmica é essencial para equilibrar a inovação tecnológica com a proteção legal efetiva e estabelece as bases para uma regulamentação coerente e adaptativa de veículos autônomos.

Palavras-chave: veículos autônomos; responsabilidade civil; estrutura legal dinâmica; níveis de autonomia; ética *by design*; direito tecnológico; regulação adaptativa.

Recibido: 29/10/2024

Revisado: 4/11/2024

Aceptado: 20/3/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

El advenimiento de los vehículos autónomos representa una revolución tecnológica que promete transformar radicalmente el transporte y la movilidad urbana (Jeyachandran, 2024). Sin embargo, tal hecho plantea una serie de problemas jurídicos, de manera particular, en el ámbito de la responsabilidad civil. Como señalan Schellekens (2018) y Collingwood (2017), la autonomía vehicular pone en cuestión los fundamentos tradicionales de la responsabilidad derivada de accidentes de tránsito, basados desde siempre en la conducta humana y el control ejercido sobre el vehículo.

El problema radica ahora en atribuir responsabilidad civil en escenarios donde las decisiones críticas se toman mediante inteligencia artificial, sin que para esto intervenga la acción humana directa (De Bruyne y Werbrouck, 2018). Esto, desde luego, supone cuestionar conceptos como la culpa, la previsibilidad y la causalidad, pilares del derecho de daños tradicional (Gurney, 2017).

La regulación vigente sobre vehículos autónomos se encuentra en un estado incipiente y fragmentado en aquellos países que han previsto alguna disciplina legal sobre ello. Autores como Taeihagh y Lim (2019) señalan que mientras algunos han desarrollado marcos normativos concretos, otros enfrentan vacíos legales importantes. En los Estados Unidos (EE. UU.), por ejemplo, la regulación varía de forma considerable entre estados, con California y Arizona como puntas de lanza en la elaboración de normativas para pruebas y operación de dichos vehículos (Lunders *et al.*, 2016).

La Unión Europea, por su parte, ha emitido directrices y trabaja en un marco regulatorio unificado, aunque esto no se ha traducido en legislación vinculante (European Commission, 2019). Por otro lado, la Convención de Viena sobre Circulación Vial de 1968 ha sido modificada para permitir sistemas de conducción automatizados; no obstante, no prevé todavía el caso de los vehículos totalmente independientes (United Nations Economic and Social Council, 2020).

Basándonos en la literatura existente, podemos identificar algunas circunstancias problemáticas, como: (i) ausencia de un marco legal específico para determinar la responsabilidad en accidentes que involucren vehículos autónomos (Schellekens, 2018); (ii) falta de claridad en la atribución de responsabilidad entre fabricantes, desarrolladores de *software*, propietarios y usuarios (De Bruyne y Werbrouck, 2018); (iii) inadecuación de los conceptos tradicionales de negligencia y responsabilidad objetiva frente a la toma de decisiones algorítmica (Gurney, 2017); (iv) dificultades en la determinación de la causalidad en accidentes que involucren interacciones complejas entre sistemas autónomos y factores externos (Collingwood, 2017); (v) ausencia de estándares uniformes para evaluar la «conducta» de los vehículos autónomos (Taeihagh y Lim, 2019); (vi) dificultades en la adaptación de los sistemas de seguros existentes a los nuevos riesgos presentados por la autonomía vehicular (Schellekens, 2018); (vii) problemas éticos y legales en la programación de decisiones en situaciones de dilema moral (Coca-Vila, 2018).

En línea con lo anterior, nos proponemos en este trabajo aportar fundamentos para la construcción de un marco jurídico para atribuir responsabilidad civil en aquellos casos que involucren a vehículos autónomos. Así, el estudio pretende desarrollar un modelo de responsabilidad en escalas que se adapte a los diferentes niveles de autonomía vehicular, para ello nos basamos en el estudio de Geistfeld (2017); integrar principios de «ética *by design*» en la determinación de ella, siguiendo las recomendaciones de Coca-Vila (2018); proponer mecanismos legales que equilibren la innovación tecnológica con la protección efectiva de los derechos de las víctimas, en línea con las propuestas de De Bruyne y Werbrouck (2018); y, por último, diseñar un sistema de seguros que se

adapte a los cambiantes perfiles de riesgo de los vehículos autónomos, basado en los modelos sugeridos por Schellekens (2018).

Nuestro estudio es relevante porque colma un vacío en la legislación actual, al proporcionar ideas teóricas y prácticas para legisladores y operadores jurídicos. Como indican Taeihagh y Lim (2019), es necesario desarrollar un marco jurídico que no solo responda a la problemática actual, sino que sea flexible para adaptarse a innovaciones futuras. Del mismo modo, pretende contribuir a la construcción de un sistema legal que promueva la innovación tecnológica, mientras garantiza la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los involucrados en el ámbito de la movilidad autónoma.

En cuanto a la metodología, esta investigación adopta un enfoque sociolegal, como lo describen Cownie y Bradney (2018). Este método permite examinar no solo las normas legales formales, sino también su interacción con los contextos sociales y tecnológicos en los que operan. Siguiendo a Van Hoecke (2015), se emplea una combinación de métodos, incluyendo el análisis doctrinal, el estudio comparativo y la investigación documental.

El enfoque sociolegal es particularmente apropiado para el estudio de la responsabilidad civil en el contexto de los vehículos autónomos, ya que permite abordar la complejidad de las interacciones entre la tecnología emergente y los marcos jurídicos existentes (Brownsword, 2017). El análisis doctrinal y documental se realiza siguiendo la metodología propuesta por Hutchinson y Duncan (2012). Este proceso implica la identificación de fuentes primarias (legislación y jurisprudencia) y secundarias (teoría jurídica) relevantes, así como la elaboración de síntesis de los principios legales extraídos de estas fuentes, y el análisis crítico de la aplicabilidad de estos principios al contexto de los vehículos autónomos.

El estudio de la legislación foránea sigue la metodología de derecho comparado descrita por Siems (2018), que implica la selección de jurisdicciones relevantes, la identificación de similitudes y diferencias en los enfoques regulatorios, y la evaluación crítica de la efectividad de diferentes marcos legales. En este contexto, se analizan las legislaciones

de Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y China, por su liderazgo en el desarrollo de vehículos autónomos, como señalan Tæihagh y Lim (2019). Este enfoque integral permite comprender cómo diferentes sistemas jurídicos están abordando esta problemática y proporciona una base sólida para el desarrollo del marco jurídico dinámico propuesto en este estudio.

2. MARCO TEÓRICO Y REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Evolución de la teoría de la responsabilidad civil en el contexto tecnológico

La responsabilidad civil está experimentando una evolución importante frente a los avances de la tecnología. Según Calo (2015), la aparición de tecnologías autónomas cuestiona los fundamentos tradicionales de la disciplina, basados en la culpa. Este cambio está planteando una reconsideración de los principios de causalidad y de previsión en el ámbito de sistemas automatizados. Pagallo (2013) argumenta que la creciente autonomía de estos requiere la reevaluación de los conceptos de agencia y responsabilidad. Tratándose de vehículos autónomos, Schellekens (2015) sugiere que el modelo de responsabilidad objetiva podría ser más apropiado que el sustentado en la negligencia, dada la dificultad de la atribución de «culpa» a sistemas autónomos.

De otro lado, la teoría del «riesgo-beneficio», elaborada por Calabresi y Hirschhoff (1972), tiene mucha relevancia en este contexto porque sugiere que la responsabilidad debería recaer en la parte mejor posicionada para realizar un análisis costo-beneficio de los riesgos involucrados, la cual, en el caso de los vehículos autónomos, podría ser el fabricante o el desarrollador del *software*.

2.2. Análisis comparado de los enfoques regulatorios internacionales sobre vehículos autónomos

A nivel internacional, los enfoques regulatorios para vehículos autónomos varían significativamente, como señalan Tæihagh y Lim (2019) en

su análisis comparativo detallado. Este estudio revela diferencias sustanciales entre las aproximaciones de Estados Unidos, la Unión Europea y países como Japón y China.

En Estados Unidos, la National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA, 2016) ha adoptado un enfoque flexible al emitir directrices no vinculantes para fomentar la innovación. Este modelo se caracteriza por una regulación ligera que busca no obstaculizar el desarrollo tecnológico. La NHTSA ha publicado guías voluntarias para la industria, lo que ha permitido una amplia libertad en el desarrollo y la prueba de vehículos autónomos.

En contraste, la Unión Europea (en adelante, UE) ha optado por un enfoque más cauteloso y estructurado. El informe del European Parliament Research Service (Delvaux, 2016) aboga por un marco regulatorio más estricto. Tal es así que ha desarrollado una estrategia integral que aborda no solo aspectos técnicos, sino también éticos y sociales. El Reglamento 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor, establece requisitos específicos para sistemas autónomos y conectados. A diferencia de la propuesta regulatoria norteamericana, la UE ha puesto un énfasis significativo en las implicancias éticas, como se refleja en el informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (en adelante, IA) de la Comisión Europea (2019), que proporciona directrices éticas específicas para el desarrollo de IA en vehículos autónomos.

De otro lado, y en relación con la protección de datos, la UE ha integrado consideraciones de privacidad en su enfoque regulatorio, en línea con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), contrastando con el enfoque más laxo de EE. UU. en materia de privacidad. Asimismo, está desarrollando un marco específico para la responsabilidad civil en vehículos autónomos, como se refleja en el informe del Parlamento Europeo respecto a normas de derecho civil sobre robótica (2017).

Las legislaciones de los países miembros ofrecen, por su parte, diversos marcos normativos sobre la materia. Por ejemplo, la alemana introduce elementos innovadores en materia de prueba y seguridad.

Destaca la exigencia de la instalación de cajas negras para el procesamiento y el almacenamiento de datos, lo que facilita la determinación de responsabilidades en caso de accidentes. No obstante, su régimen de responsabilidad civil del fabricante —cuando el sistema autónomo está operativo— ha sido objeto de críticas por generar incentivos para inhibir su efecto en la innovación tecnológica, como lo indican Taihagh y Lim (2019).

En el ámbito de la seguridad técnica, la normativa española, a través de la Instrucción 15/V-113 de 2015, establece requisitos específicos que resultan relevantes para las fases de prueba: monitoreo constante del vehículo, capacidad de retoma de control, requisitos de capacitación para operadores y sistemas de paro de emergencia. Adicionalmente, implementa un sistema de certificación técnica obligatoria para los propietarios de vehículos autónomos (Navarro-Michel, 2020). Es importante señalar que estas regulaciones han surgido de la implementación de *regulatory sandboxes*, lo cual ha permitido la experimentación normativa en entornos controlados. Este enfoque facilita la innovación tecnológica, mientras mantiene salvaguardas esenciales para la seguridad pública (Ranchordas, 2021).

De otro lado, es menester señalar que el Reino Unido presenta uno de los marcos regulatorios más completos propuestos a través de la Automated and Electric Vehicles Act de 2018. Esta normativa establece un régimen de responsabilidad civil que gira sobre dos ejes fundamentales: (i) la obligatoriedad del seguro y (ii) un sistema de responsabilidad objetiva con derecho de repetición. El sistema británico establece que los daños causados por un vehículo automatizado serán cubiertos por la aseguradora o, en ausencia de seguro, por el propietario del vehículo. La norma contempla, además, el derecho de repetición contra el fabricante o usuario cuando medie culpa, así como causales específicas de exoneración de responsabilidad; como la alteración no autorizada del *software* o la falta de actualización de los sistemas de seguridad (Navarro-Michel, 2020).

Comparando lo anterior con el reciente Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE, de 2024, se aprecian algunas similitudes y avances. Así, el reglamento clasifica los sistemas de IA en vehículos autónomos

como de «alto riesgo», lo cual supone requisitos estrictos de seguridad, transparencia y supervisión humana. Esto se alinea con el enfoque cauteloso y centrado en la seguridad que la UE ha mantenido en la regulación de vehículos autónomos. Además, el reglamento refuerza las consideraciones éticas y de protección de datos ya presentes en las regulaciones anteriores, al establecer un marco más acorde con el desarrollo y el despliegue de la IA en este entorno. Este enfoque, más integral como armonizado a nivel comunitario, contrasta con la diversidad regulatoria existente en los estados norteamericanos, como lo anotamos líneas atrás.

En Japón, por su parte, se ha adoptado una estrategia proactiva con el gobierno, colaborando estrechamente con la industria para desarrollar estándares (Ministry of Economy, Trade and Industry, Japan, 2024). Este enfoque se caracteriza por una fuerte cooperación público-privada y un énfasis en la estandarización técnica.

De otro lado, China ha implementado regulaciones que permiten pruebas extensivas de vehículos autónomos en entornos urbanos controlados, como analizan Chen y Liu (2021). El enfoque chino se distingue por un fuerte apoyo estatal al desarrollo tecnológico, combinado con un control centralizado de las pruebas y el despliegue de este tipo de vehículos.

Estas diferencias en los enfoques regulatorios reflejan distintas prioridades y contextos culturales, legales y económicos. Mientras que EE. UU. prioriza la innovación y el liderazgo tecnológico, la UE pone mayor énfasis en la seguridad, la ética y la protección del consumidor. Por su parte, Japón busca un equilibrio entre innovación y estandarización, y China combina el apoyo estatal con un control centralizado.

2.3. Intersección entre el derecho de daños y la regulación tecnológica

La intersección entre el derecho de daños y la regulación tecnológica es un área de creciente importancia. Al respecto, Calo (2017) argumenta que los marcos regulatorios tradicionales son inadecuados para abordar los problemas planteados por las tecnologías emergentes, incluidos los vehículos autónomos.

En este entorno, autores como Lemley y Casey (2019) proponen un enfoque de «negligencia por diseño» para abordar la responsabilidad en sistemas autónomos. Este enfoque se centra en evaluar las decisiones de diseño y programación, en lugar de las acciones específicas del sistema en un incidente dado.

Pero la regulación tecnológica también debe considerar aspectos de ciberseguridad y protección de datos. Como señalan Chatfield y Reddick (2019), la exposición de los vehículos autónomos a los ciberataques plantea toda una problemática para el actual derecho de daños y la regulación de la seguridad vial.

2.4. Principios jurídicos aplicables a la inteligencia artificial y sistemas autónomos

Los principios jurídicos aplicables a la IA y sistemas autónomos están en constante evolución. Así, por ejemplo, en lo que concierne a la transparencia y la explicabilidad, autores como Doshi-Velez *et al.* (2017) argumentan que los sistemas de IA deben ser capaces de explicar sus decisiones de manera comprensible para los humanos, especialmente en contextos legales.

El principio de responsabilidad algorítmica también resulta aplicable al caso de los vehículos autónomos. En este sentido, los autores Kroll *et al.* (2017) proponen un marco normativo para garantizar la responsabilidad de los sistemas algorítmicos, incluyendo auditorías y revisiones de código. No podemos dejar de lado, por cierto, los principios de equidad y no discriminación. Autores como Barocas y Selbst (2016) destacan la importancia de asegurar que los sistemas de IA no perpetúen o exacerben sesgos y discriminación existentes.

Algunos estudiosos como Amodei *et al.* (2016) enfatizan la necesidad de principios de diseño que aseguren que los sistemas de IA sean seguros especialmente en aplicaciones críticas como los vehículos autónomos. Esta necesidad concuerda con lo señalado por Taeihagh y Lim (2019), para quienes la recopilación y el procesamiento masivo de datos por parte de vehículos autónomos plantea cuestiones atinentes a la privacidad que deben ser abordadas por la legislación.

Finalmente, el principio de precaución aplicado a la IA y a los sistemas autónomos sugiere un enfoque cauteloso en la implementación de tecnologías con impactos potencialmente significativos e irreversibles (Mittelstadt *et al.*, 2016).

Sin duda, estos principios están influyendo en el desarrollo de marcos regulatorios para vehículos autónomos y otras aplicaciones de IA, como se ha evidenciado en la elaboración de las directrices éticas para IA confiable de la Comisión Europea (2019) y posteriormente en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de junio de 2024.

3. PROPUESTA DE MARCO JURÍDICO DINÁMICO

3.1. Fundamentos conceptuales del marco regulatorio propuesto

El marco jurídico dinámico propuesto se fundamenta en la necesidad de adaptar los principios de responsabilidad civil a la naturaleza evolutiva de los vehículos autónomos. Siguiendo el enfoque de «regulación adaptativa» propuesto por Marchant y Wallach (2015), este marco busca equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos de los individuos.

En ese sentido, la propuesta se basa en la necesidad de conseguir cierta flexibilidad normativa, lo que supone la capacidad de adaptarse a los avances de la tecnología sin que se requiera una revisión legislativa permanente (Leenes *et al.*, 2017). Pero también en la gradualidad en la atribución de responsabilidad civil a partir de reconocer los diversos niveles de autonomía vehicular y sus implicaciones legales (SAE International, 2018). Esto implica, también, la consideración de la dinámica cambiante entre el conductor y el sistema autónomo (Calo, 2015) y la incorporación de mecanismos para evaluar y atribuir responsabilidad a sistemas de toma de decisiones automatizados (Doshi-Velez *et al.*, 2017).

3.2. Categorización de niveles de autonomía y su impacto en la responsabilidad

La propuesta recoge los niveles de autonomía definidos por SAE International (2018) y los adapta al contexto legal de responsabilidad civil.

3.2.1. Niveles 1-2: responsabilidad compartida humano-máquina

En estos niveles, donde el conductor mantiene un control significativo, se propone un modelo de responsabilidad compartida. Siguiendo a Schellekens (2015), planteamos adoptar el principio de presunción de responsabilidad del conductor, con posibilidad de exoneración si se demuestra una falla del sistema. Y, en esta línea, resulta adecuado imputar responsabilidad al fabricante por defectos de diseño o de fabricación, basada en las reglas concernientes a productos defectuosos (Owen, 2008).

3.2.2. Nivel 3: transición de control y responsabilidad

Este nivel presenta una problemática particular debido a la transición de control entre el sistema y el conductor. Siguiendo a Colonna (2013), podemos pensar en un sistema en el que la responsabilidad por daños ocasionados durante la conducción en modo autónomo recaiga en el fabricante, como responsable principal; pero también en el conductor, durante el control manual y en los períodos de transición, sujeto a un estándar de «tiempo razonable» para retomar el control. Este sistema plantea la necesidad de implementar sistemas de registro de datos (o cajas negras) para que se determine el modo de operación en el momento del accidente (Saripalli, 2017).

3.2.3. Niveles 4-5: responsabilidad del sistema y del fabricante

En los niveles de alta y total autonomía, de acuerdo con Geistfeld (2017), se podría adoptar un régimen de responsabilidad objetivo del fabricante, basado en la teoría del riesgo-beneficio. Asimismo, dentro de este quedarían inmersos los desarrolladores de *software* y los proveedores de servicios de navegación como probables corresponsables. Naturalmente, deberían preverse, como causal de exoneración limitada para

el fabricante, los supuestos de ciberataques o manipulación externa del sistema, sujetos a la demostración de medidas de seguridad adecuadas.

Ahora bien, dado que esta problemática se plantea en un entorno relativamente reciente, y cuya solución debe ser adaptada a este fenómeno, consideramos importante reflexionar sobre la incorporación de métodos de atribución de causalidad específicos para sistemas autónomos (Kingston, 2016). Así también, el desarrollo de un estándar legal que defina el comportamiento esperado de un sistema autónomo, similar al estándar del «conductor razonable» en el derecho de daños tradicional (Surden y Williams, 2016). Asimismo, para los casos de alta autonomía, el fabricante debería demostrar que el sistema funcionó de forma correcta, para aliviar la carga probatoria sobre la víctima (Koopman y Widen, 2023).

3.3. Integración de principios de «ética by design» en la determinación de responsabilidad

Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea sobre ética en IA (2019), se propone integrar principios éticos en el diseño de vehículos autónomos y en la evaluación de responsabilidad; tales como el de transparencia algorítmica, lo cual permitiría que los sistemas de toma de decisiones sean explicables y auditables (Kroll *et al.*, 2017). Pero también, y no menos importantes, son los principios de equidad y no discriminación, cuyo análisis permitiría evaluar los sistemas para prevenir sesgos en la toma de decisiones (Barocas y Selbst, 2016). En este entorno es fundamental la priorización de la seguridad humana; principio rector en la programación de respuestas a dilemas éticos (Coca-Vila, 2018). Y, finalmente, el respeto a la autonomía humana como garantía de que los sistemas permitan una intervención humana significativa cuando sea necesario (Santoni de Sio y Van den Hoven, 2018).

3.4. Propuesta de un sistema de seguros escalonado

Resulta importante poder desarrollar un sistema de seguros que se adapte a los diversos niveles de autonomía, de acuerdo con lo que indica Schellekens (2018). Tal sistema podría incorporar un seguro híbrido para

los niveles 1 y 3, que combine el seguro de responsabilidad personal y el seguro del producto. Para los niveles 4 y 5 sería necesario un seguro de productos ampliado que ofrezca una cobertura integral gestionada por el fabricante o proveedor del sistema autónomo.

Otra medida puede consistir en la creación de un fondo de compensación para víctimas, destinado a cubrir los daños producidos, en casos donde la responsabilidad civil no pueda ser atribuida con facilidad, similar al modelo que proponen Cerka *et al.* (2015). Por último, la implementación de microseguros basados en uso, consistentes en sistemas de seguros dinámicos que ajusten las primas según el modo de operación del vehículo (manual o autónomo) y el historial de conducción, como lo proponen Tselentis *et al.* (2017).

4. ANÁLISIS CRÍTICO Y DISCUSIÓN

4.1. Ventajas del marco jurídico propuesto

El marco jurídico dinámico propuesto ofrece varias ventajas. En primer lugar, presenta una flexibilidad adaptativa que, como señalan Leenes *et al.* (2017), es crucial para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos. Nuestro marco permite ajustes sin necesidad de reformas legislativas constantes, abordando la «brecha de ritmo» identificada por Marchant (2011) entre la evolución tecnológica y la regulación. Además, al establecer criterios claros basados en niveles de autonomía, el marco proporciona mayor certeza legal, un aspecto crucial según Schellekens (2015) para fomentar la innovación y la adopción de vehículos autónomos.

Por otro lado, el enfoque propuesto busca lo que Calo (2017) describe como un «equilibrio regulatorio», fomentando la innovación tecnológica mientras se protegen los derechos de los consumidores y las víctimas potenciales. Finalmente, la incorporación de principios de «ética *by design*» responde a las preocupaciones planteadas por Awad *et al.* (2018) sobre la necesidad de considerar dilemas éticos en la programación de vehículos autónomos. Estas características permiten que el marco propuesto constituya una solución integral y adaptable para regular los vehículos autónomos.

4.2. Implementación y posibles soluciones

La complejidad técnica en la evaluación de la responsabilidad en sistemas autónomos complejos representa un problema importante. Como solución, Surden y Williams (2016) proponen la creación de equipos interdisciplinarios de expertos legales y técnicos para asesorar en casos complejos. Además, la falta de armonización legal internacional podría ser problemática dado el carácter global de la industria automotriz. Siguiendo a Vellinga (2017), podría ser viable la adopción de estándares de ese tipo y acuerdos de reconocimiento mutuo entre jurisdicciones.

Por otro lado, la imposición de nuevas responsabilidades podría enfrentar resistencia de la industria. Para mitigar esto, un enfoque de «regulación colaborativa» (Finck, 2017), involucrando a la industria en el desarrollo y la implementación del marco, podría resultar interesante. Finalmente, la cuestión de la prueba en la atribución de responsabilidad en casos de accidentes con vehículos autónomos puede resultar compleja, pues sería necesaria la implementación de sistemas de registro de datos estandarizados, como proponen Taeihagh y Lim (2019), para facilitar las investigaciones una vez producido un accidente.

4.3. Implicancias para la industria automotriz y de seguros

En la industria automotriz, se podría prever un aumento en los costos de desarrollo y pruebas para cumplir con los nuevos estándares de responsabilidad. Sin embargo, como argumenta Geistfeld (2017), esto puede acelerar la mejora en la seguridad de los vehículos autónomos. Por otro lado, la industria de seguros podría enfrentar una reestructuración significativa de los modelos actuariales. Siguiendo a Tselentis *et al.* (2017), esto generaría un cambio hacia modelos de seguro basados en el uso y el rendimiento del sistema autónomo.

Además, la redistribución de responsabilidades podría fomentar nuevos modelos de negocio. Como sugieren Berger *et al.* (2018), esto alentaría el surgimiento de servicios de movilidad compartida con flotas de vehículos autónomos. Estos cambios en ambas industrias reflejan la naturaleza transformadora del marco propuesto, que no solo aborda las

cuestiones legales y de responsabilidad, sino que incentiva también la innovación y la evolución de los modelos de negocio en el sector de la movilidad autónoma.

4.4. Consideraciones éticas y de política pública

No pueden obviarse las consideraciones éticas y de política pública que cualquier propuesta genera. En cuanto a la equidad y el acceso, existe el riesgo de que la tecnología de vehículos autónomos exacerbe las desigualdades existentes. En este sentido, Mladenović *et al.* (2020) enfatizan la necesidad de políticas que garanticen un acceso equitativo a esta tecnología. No obstante, la recopilación y el uso de datos por vehículos autónomos plantea preocupaciones sobre privacidad. Proponemos adoptar principios de «privacidad por diseño» (Cavoukian, 2011) en el desarrollo y la operación de estos vehículos.

Por otro lado, la adopción generalizada de vehículos autónomos posibilitaría desplazamientos laborales importantes. En este contexto, la implementación de políticas de transición laboral y de capacitación, como las propuestas por Groshen *et al.* (2019), puede resultar necesaria. Finalmente, la integración de vehículos autónomos en el tráfico mixto plantea problemas de seguridad pública. Se recomienda la adopción de un enfoque de «seguridad preventiva» (Noy *et al.*, 2018) en la regulación y el despliegue de estos vehículos. Estas consideraciones subrayan la necesidad de un enfoque holístico que aborde no solo los aspectos técnicos y legales, sino también las implicaciones sociales y éticas más amplias de la tecnología de vehículos independientes.

4.5. Adaptabilidad del marco a futuras evoluciones tecnológicas

Es necesaria la capacidad del marco propuesto para adaptarse, como señalamos, a futuros cambios en la tecnología. Su flexibilidad estructural, basada en los niveles de autonomía explicados, permite la incorporación de niveles y subcategorías a medida que ella evoluciona, siguiendo el principio de «regulación adaptativa» sustentado por Marchant y Wallach (2015). Además, proponemos que se adopte un mecanismo de revisión periódica del marco, similar al sugerido por Thierer (2016), para evaluar

su efectividad y realizar los cambios que sean necesarios según la evolución tecnológica y los datos empíricos.

Anticipando desarrollos en IA, el marco incluye disposiciones para abordar sistemas de toma de decisiones cada vez más autónomos, considerando las perspectivas de responsabilidad algorítmica discutidas por Doshi-Velez *et al.* (2017). Asimismo, está diseñado para adaptarse a futuros escenarios de vehículos altamente conectados e interoperables, abordando las consideraciones de responsabilidad en entornos de «Internet de los Vehículos» (IoV) planteadas por Lu *et al.* (2014). Estas características demuestran la visión de largo plazo del marco legal propuesto, que asegura su relevancia y su aplicabilidad en un ámbito en permanente cambio.

5. VALIDACIÓN DEL MARCO PROPUESTO

5.1. Aplicación a casos hipotéticos

Para validar la aplicabilidad y la efectividad del marco jurídico propuesto, hemos desarrollado y analizado una serie de casos hipotéticos. Esta técnica permite evaluar su consistencia en diversas situaciones que podrían acontecer.

Caso 1. Accidente en modo autónomo de nivel 4

Escenario: *un vehículo de nivel 4 de autonomía impacta a un peatón que cruza inesperadamente la calle.*

Análisis. Aplicando el marco propuesto, la responsabilidad primaria recaería en el fabricante del vehículo, según el principio de responsabilidad objetiva para niveles altos de autonomía. Sin embargo, cabría la posibilidad de considerar la probable contribución del peatón a la causa del accidente, siguiendo el enfoque de Contissa *et al.* (2017) sobre la distribución de responsabilidad en escenarios complejos, lo cual incluso supondría un supuesto de reducción del monto resarcitorio que se le concedería.

Caso 2. Fallo de transición en vehículo de nivel 3

Escenario: *un vehículo de nivel 3 no logra transferir el control al conductor humano de manera efectiva, lo que resulta en un accidente.*

Análisis. Este caso ilustra la complejidad de la transición de control abordada por Lyu *et al.* (2019). El marco propuesto evaluaría la responsabilidad compartida entre el sistema (fabricante) y el conductor, considerando factores como el diseño de la interfaz de usuario y el tiempo de respuesta del conductor.

Caso 3. Ciberataque a un vehículo autónomo

Escenario: *un vehículo autónomo es hackeado, lo que resulta en un accidente.*

Análisis. Este escenario, analizado por Taelhagh y Lim (2019), destaca la importancia de la ciberseguridad en vehículos autónomos. El marco propuesto consideraría la responsabilidad del fabricante en la implementación de medidas de seguridad adecuadas, balanceada con la naturaleza imprevisible de ciertos ataques cibernéticos. Este hecho podría incluso llevar a discutir algún supuesto de exoneración de responsabilidad si llegara a demostrarse que el fabricante no estaba en condiciones de responder debidamente frente a esa intromisión tecnológica.

5.2. Compatibilidad con principios constitucionales y derechos fundamentales

La validación del marco propuesto incluye un análisis de su compatibilidad con principios constitucionales y derechos fundamentales, siguiendo el enfoque de «revisión constitucional proactiva» propuesto por Ranchordas (2021).

El marco refuerza la protección del derecho a la vida y la integridad física de las personas al establecer estándares claros de responsabilidad y seguridad para vehículos autónomos. Además, se ha evaluado la equidad en la distribución de responsabilidades entre fabricantes, usuarios y otros actores involucrados, siguiendo los principios de no discriminación discutidos por Kleinberg *et al.* (2018), lo que contribuye a la igualdad ante la

ley. La integración de principios de «privacidad por diseño» en el marco aborda las preocupaciones de privacidad planteadas por Singh (2024) en relación con la recopilación y el uso de datos en vehículos autónomos, protege así el derecho a la privacidad.

Del mismo modo, se han considerado las consecuencias que el marco puede generar en el acceso y el uso de vehículos independientes, al asegurar que no impongan restricciones indebidas a la movilidad, lo que asegura la libertad de tránsito. Finalmente, se incorporan mecanismos para garantizar el acceso a la justicia y la equidad procesal en la resolución de disputas vinculadas a accidentes de vehículos autónomos, respetando así el debido proceso. Esta evaluación integral de los principios constitucionales asegura que el marco propuesto no solo sea técnicamente sólido, sino también acorde a la Constitución y respetuoso de los derechos fundamentales.

Siguiendo un enfoque de proporcionalidad, se ha evaluado si las restricciones o las obligaciones impuestas por el marco son proporcionales a los objetivos de seguridad pública y protección de derechos. Los resultados del análisis de compatibilidad indican que el marco propuesto se considera en general compatible con los principios constitucionales y derechos fundamentales analizados. Sin embargo, se identificaron áreas que requieren atención continua, como el equilibrio entre innovación y regulación, asegurando que el marco no inhiba indebidamente la innovación tecnológica.

Además, se resalta la importancia de garantizar que el marco no discrimine indirectamente a grupos específicos de usuarios o peatones, lo cual supone la protección de grupos vulnerables. Por último, se reconoce la necesidad de adaptación permanente a medida que las interpretaciones legales sobre la privacidad en la órbita digital cambian. Esto exige, desde luego, un reexamen del derecho a la privacidad. Todo lo anterior subraya la naturaleza dinámica del marco que se propone y la necesidad de un monitoreo y ajustes para mantener la compatibilidad anotada previamente.

6. INTEGRACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO PERUANO

Como anotamos, la aplicación del sistema de responsabilidad civil nacional a los vehículos autónomos obliga a cuestionar los fundamentos tradicionales de la responsabilidad por accidentes de tránsito. Primero, porque no se cuenta con una definición exacta del sujeto responsable, pues el artículo 1970 del Código Civil asume la existencia de uno que causa el daño, pero tratándose de vehículos altamente autónomos (situados en los niveles 4-5), la imputación de responsabilidad se torna compleja, toda vez que el daño es causado por decisiones algorítmicas del sistema de inteligencia artificial, sin la presencia de intervención humana directa.

Ello cuestiona la aplicación directa del principio de responsabilidad por riesgo, tal como el Código lo prevé. En segundo término, el seguro obligatorio por accidentes de tránsito (SOAT) está diseñado bajo un esquema que no contempla las particularidades propias de los vehículos autónomos. Así, la cuantificación de primas y la exclusión de coberturas no son aplicables para esta tecnología, completamente ajena a los vehículos tradicionales a los que tal seguro se enfoca.

El modelo actuarial utilizado para los vehículos convencionales no considera aspectos importantes para sistemas autónomos, como la fiabilidad del *software*, la frecuencia de actualizaciones o la calidad de sensores. Por último, la homologación vehicular regulada por el Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos, de igual forma da la espalda a estándares puntuales para evaluar la seguridad y la fiabilidad de sistemas autónomos, lo que redundaría en la dificultad para autorizar la circulación de estos vehículos autónomos, como establecer las responsabilidades que emerjan de la producción de accidentes. Todo esto puede generar inseguridad jurídica para los fabricantes y, con mayor razón, para los usuarios y las potenciales víctimas.

Por esas razones, nuestra propuesta de un enfoque global de adaptación del sistema jurídico nacional, cuyo primer paso sería la inclusión de niveles de autonomía en el decreto supremo atrás anotado, como los

sugeridos por SAE Internacional: *sin autorización* (nivel 0); *asistencia al conductor* (nivel 1); *automatización parcial* (nivel 2); *automatización condicional* (nivel 3); *alta automatización* (nivel 4); y *automatización completa* (nivel 5). Junto a esto, podría pensarse en una actualización de nuestro régimen de responsabilidad civil, para permitir que el artículo 1970 del Código sustantivo se complemente con disposiciones específicas según el nivel de autonomía: para los niveles 1 y 2 se mantendría la responsabilidad del conductor-propietario, con derecho a repetición contra el fabricante en caso de fallas del sistema; para el nivel 3, un régimen de responsabilidad compartido, en el cual el fabricante responda por las fallas durante el funcionamiento autónomo y el conductor durante el control manual; y para los niveles 4 y 5, la imputación de responsabilidad hacia el fabricante o desarrollador del sistema, con obligaciones reforzadas de mantenimiento y actualización para el propietario.

En esa misma línea, podría pensarse en una reforma del seguro contra accidentes, para crear un régimen especial dentro del SOAT que incluya coberturas específicas adaptables a cada nivel de autonomía, primas diferenciadas y un fondo de compensación para víctimas de accidentes causados por vehículos autónomos, financiado por la industria automotriz y tecnológica.

En materia procesal, debe ocurrir otro tanto: adaptar el derecho de prueba a esta nueva realidad, que incluya la obligatoriedad de sistemas de registro de datos («cajas negras») homologados, establecimiento de presunciones legales para aliviar la carga probatoria de las víctimas y el establecimiento de protocolos específicos para la preservación y el análisis posterior de la evidencia digital.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, a su vez, contiene un marco legal que, *mutatis mutandis*, podría ser aplicable al caso de los vehículos autónomos. Así, son relevantes el artículo 102, que define al producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad a la que los consumidores tienen derecho, para lo cual se considera el diseño, la información proporcionada y el uso previsible, definición amplia que bien podría abarcar los defectos en el sistema de conducción autónoma, errores en el *software* o algoritmos de toma de decisiones, fallos en los sensores o sistemas de percepción, o información insuficiente acerca de

las limitaciones del sistema autónomo; el artículo 101, que establece la responsabilidad del proveedor por cualquier daño causado al consumidor por defectos de sus productos, lo que permite imputar responsabilidad al fabricante o importador del vehículo autónomo, sin necesidad de probar culpa alguna, lo cual resulta beneficioso para la víctima, quien solo deberá probar el defecto, el daño y la relación causal.

Este régimen es provechoso para enfrentar los casos de responsabilidad por daños causados por vehículos autónomos: presenta una cobertura amplia que incluye los defectos de *hardware* y *software*; establece una responsabilidad objetiva, que libera al consumidor del peso de probar la culpa del causante del daño; establece una responsabilidad solidaria que se irradia a todos los participantes de la cadena de producción y comercialización, que incluye a fabricantes de *hardware*, desarrolladores de *software* y concesionarios; así como un plazo de diez años después de la distribución del producto para la atribución de responsabilidad.

La aplicación de este régimen a los vehículos autónomos exige también una labor interpretativa importante por parte de la autoridad de consumo (Indecopi), en la que se considere las características particulares de los sistemas autónomos; un deber de información más rígido sobre las capacidades y las limitaciones reales del sistema, situaciones de fallos potenciales y necesidad de intervención humana; el desarrollo jurisprudencial de un estándar de «sistema autónomo razonablemente seguro», definido a partir de un nivel de autonomía declarado; y, por último, la exigencia de una garantía de idoneidad mucho mayor que incorpore la obligación del fabricante de mantener actualizado el *software* mientras el vehículo tenga vida útil.

No cabe duda de que la propuesta de este marco legal para vehículos autónomos debe tener como norte la Constitución de 1993. Entre otras reglas, aquella se alinea con el principio establecido en el artículo 1 que considera a la persona y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado, lo cual garantiza un sistema de responsabilidad civil que asegure la reparación de los daños causados por vehículos autónomos; y con el artículo 65, que defiende el interés de los consumidores nacionales, aspecto fundamental en la regulación de las relaciones entre

usuarios, fabricantes y proveedores de servicios en materia de vehículos autónomos, espacio donde la asimetría de información es importante.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Síntesis de las contribuciones principales

En este estudio proponemos un marco jurídico dinámico para abordar la responsabilidad civil en el contexto de los vehículos autónomos. Hemos optado por un enfoque gradual de responsabilidad, un modelo que adapta la atribución de responsabilidad a los diferentes niveles de autonomía vehicular, abordando la brecha identificada por Schellekens (2018) en la regulación actual. Además, el marco incorpora principios de «ética *by design*» en la determinación de responsabilidad, respondiendo al llamado de Awad *et al.* (2018) para considerar dilemas éticos en la regulación de vehículos autónomos.

Asimismo, se propone un sistema de seguros adaptativo y escalonado que responde a los cambiantes perfiles de riesgo asociados con diferentes niveles de autonomía, y se alinea con las recomendaciones de Tselentis *et al.* (2017) para innovar en los esquemas de seguros de vehículos. Por último, el marco propuesto se ha sometido a un proceso de validación multidimensional, que incluye la aplicación a casos hipotéticos y análisis de compatibilidad constitucional, siguiendo las prácticas en el desarrollo de marcos regulatorios para tecnologías emergentes (Hagemann *et al.*, 2018). Esta validación integral contribuye a la solidez de la aplicabilidad del marco propuesto en el complejo panorama legal y tecnológico de los vehículos autónomos.

7.2. Implicancias para la teoría y la práctica del derecho

La importancia de este estudio para la teoría y la práctica del derecho es significativa. El marco propuesto pone en entredicho las nociones tradicionales de culpa y negligencia, y se alinea con la perspectiva de Calo (2015) sobre la necesidad de repensar los fundamentos del derecho en la era de la robótica y la IA. Esto representa una evolución fundamental del concepto de responsabilidad civil en el contexto de las

tecnologías autónomas. Además, este estudio refuerza la importancia de la interdisciplinariedad en el derecho, porque destaca la necesidad de colaboración entre expertos legales, técnicos y en ética en la formulación de regulaciones para tecnologías emergentes, como lo sugieren Leenes *et al.* (2017).

El enfoque dinámico propuesto ofrece un modelo para la regulación adaptativa de otras tecnologías emergentes, responde así al llamado de Marchant y Wallach (2015) para una gobernanza tecnológica más flexible. Este aspecto es particularmente relevante en un ámbito en permanente cambio, donde las regulaciones estáticas pueden volverse rápidamente obsoletas.

Por último, se busca equilibrar la innovación tecnológica, la protección del consumidor y la seguridad pública. Este enfoque aborda directamente la problemática identificada por Thierer (2016) en la regulación de nuevas tecnologías, donde a menudo se percibe una tensión entre el fomento de la innovación y la protección de los intereses públicos. Al proponer un marco que busca armonizar estos intereses en apariencia conflictivos, este estudio contribuye al debate sobre cómo regular eficazmente las tecnologías emergentes.

7.3. Propuestas para reformas legislativas

Sobre la base de lo afirmado a lo largo de este escrito, se proponen varias reformas legislativas significativas. En primer lugar, se recomienda la adopción de un sistema de responsabilidad gradual que varíe según el nivel de autonomía del vehículo, similar al propuesto por Geistfeld (2017). Esta propuesta reconoce la complejidad y la diversidad de los sistemas autónomos en desarrollo. Además, se sugiere la adopción del estándar del «conductor razonable automatizado», codificando criterios específicos para evaluar el comportamiento de sistemas autónomos, basándose en el concepto desarrollado por Surden y Williams (2016).

En cuanto al sistema de seguros, se propone la adopción de un marco legal que permita y regule sistemas de seguros dinámicos basados en el uso y el nivel de autonomía del vehículo, siguiendo las recomendaciones de Schellekens (2018). Esta reforma busca adaptar el sistema de

seguros a la realidad cambiante de los vehículos autónomos. Paralelamente, se recomienda la creación de un fondo de compensación, ya sea nacional o supranacional, para cubrir daños en casos donde la responsabilidad no pueda ser claramente atribuida por la dificultad de su prueba, similar al modelo propuesto por Cerka *et al.* (2015).

Por último, se sugiere la implementación de regulaciones sobre transparencia algorítmica y se establecen requisitos legales para la explicabilidad y la auditabilidad de los sistemas de toma de decisiones en vehículos autónomos. Esta propuesta se alinea con las ideas de Kroll *et al.* (2017) y busca aumentar la confianza y la rendición de cuentas en los sistemas autónomos. Estas reformas legislativas propuestas representan un enfoque integral para abordar los problemas legales y éticos que plantean los vehículos autónomos, buscando un equilibrio entre la innovación tecnológica y la protección de los derechos y los intereses de los ciudadanos.

7.4. Líneas futuras de investigación

Este estudio permite abrir vetas de investigación. Una de ellas es el impacto a largo plazo, que implica una investigación longitudinal sobre cómo el marco propuesto afecta la innovación tecnológica, la seguridad vial y los patrones de litigio, siguiendo el enfoque de estudios de impacto regulatorio sugerido por Coglianese y Lehr (2017). Además, se plantea la exploración de cómo el marco propuesto podría adaptarse o extenderse a otras tecnologías autónomas o de IA, como drones o robots de servicio, en línea con las consideraciones de Calo (2017) sobre la política de IA. Esto permitiría comprender la interacción del marco con otras tecnologías emergentes.

Otra línea de investigación importante es la dimensión internacional, que abordaría la armonización de marcos regulatorios para vehículos autónomos, a partir de los problemas identificados por Vellinga (2017) en la implementación transfronteriza. Paralelamente, se proponen estudios empíricos sobre la implementación y la efectividad de los principios de «ética *by design*» en el desarrollo y la operación de vehículos autónomos, para ampliar el trabajo iniciado por Awad *et al.* (2018) en el campo de la ética algorítmica en la práctica.

Finalmente, se sugieren dos líneas de investigación adicionales. La primera se centra en la evolución de los sistemas de seguros, investigando el desarrollo y la adopción de nuevos modelos para vehículos autónomos, incluyendo enfoques basados en *blockchain* y contratos inteligentes, como sugieren Yadav *et al.* (2023). La segunda línea sugiere un análisis exhaustivo de las implicaciones socioeconómicas de la adopción generalizada de vehículos autónomos, que incluya los efectos en el empleo, la planificación urbana y la movilidad social, expandiendo el trabajo iniciado por Mladenović *et al.* (2019). Estas líneas de investigación ofrecen un panorama integral para futuros estudios y abarcan aspectos técnicos, legales, éticos y socioeconómicos de la implementación de vehículos autónomos.

REFERENCIAS

- Amodei, D., Olah, C., Steinhardt, J., Christiano, P., Schulman, J. y Mané, D. (2016). *Concrete problems in AI safety*. arXiv. <https://arxiv.org/abs/1606.06565>
- Awad, E., Dsouza, S., Kim, R., Schulz, J., Henrich, J., Shariff, A., Bonnefon, J.-F. y Rahwan, I. (2018). The moral machine experiment. *Nature*, 563(7729), 59-64. <https://doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>
- Barocas, S. y Selbst, A. D. (2016). Big data's disparate impact. *California Law Review*, 104(3), 671-732.
- Berger, T., Chen, C. y Frey, C. B. (2018). Drivers of disruption? Estimating the Uber effect. *European Economic Review*, 110, 197-210. <https://doi.org/10.1016/j.eurocorev.2018.05.006>
- Brownsword, R. (2017). *Law, technology and society: Re-imagining the regulatory environment*. Routledge.
- Calabresi, G. y Hirschoff, J. T. (1972). Toward a test for strict liability in torts. *The Yale Law Journal*, 81(6), 1055-1085.
- Calo, R. (2015). Robotics and the lessons of cyberlaw. *California Law Review*, 103(3), 513-563. <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/23/>

- Calo, R. (2017). Artificial intelligence policy: A primer and roadmap. *University of Bologna Law Review*, 3(2), 180-218. <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/8670>
- Cavoukian, A. (2011). *Privacy by design: The 7 foundational principles*. Information and Privacy Commissioner of Ontario, Canada.
- Cerka, P., Grigiene, J. y Sirbikyte, G. (2015). Liability for damages caused by artificial intelligence. *Computer Law & Security Review*, 31(3), 376-389. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.03.008>
- Chatfield, A. T. y Reddick, C. G. (2019). A framework for Internet of Things-enabled smart government: A case of IoT cybersecurity policies and use cases in U. S. federal government. *Government Information Quarterly*, 36(2), 346-357. <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2018.09.007>
- Chen, Z. y Liu, S. (2021). China's self-driving car legislation study. *Computer Law & Security Review*, 41, 105555. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105555>
- Coca-Vila, I. (2018). Self-driving cars in dilemmatic situations: An approach based on the theory of justification in criminal law. *Criminal Law and Philosophy*, 12(1), 59-82. <https://doi.org/10.1007/s11572-017-9411-3>
- Coglianesi, C. y Lehr, D. (2017). Regulating by robot: Administrative decision making in the machine-learning era. *Georgetown Law Journal*, 105(5), 1147-1223.
- Collingwood, L. (2017). Privacy implications and liability issues of autonomous vehicles. *Information & Communications Technology Law*, 26(1), 32-45. <https://doi.org/10.1080/13600834.2017.1269871>
- Colonna, K. (2013). Autonomous cars and tort liability. *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet*, 4(4), 81-130.
- Contissa, G., Lagioia, F. y Sartor, G. (2017). The ethical knob: ethically-customisable automated vehicles and the law. *Artificial Intelligence and Law*, 25(3), 365-378. <https://doi.org/10.1007/s10506-017-9211-z>

- Cownie, F. y Bradney, A. (2018). Socio-legal studies: A challenge to the doctrinal approach. En D. Watkins y M. Burton (eds.), *Research methods in law* (pp. 40-65). Routledge.
- De Bruyne, J. y Werbrouck, J. (2018). Merging self-driving cars with the law. *Computer Law & Security Review*, 34(5), 1150-1153. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.02.008>
- Delvaux, M. (2016). *European Parliament report with recommendations to the Commission on civil law rules on robotics*. European Parliament Committee on Legal Affairs.
- Doshi-Velez, F., Kortz, M., Budish, R., Bavitz, C., Gershman, S., O'Brien, D., Scott, K., Schieber, S., Waldo, J., Weinberger, D., Weller, A. y Wood, A. (2017). *Accountability of AI under the law: The role of explanation*. arXiv. <https://arxiv.org/abs/1711.01134>
- European Commission. (2019). *Ethics guidelines for trustworthy AI*. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>
- Finck, M. (2017). Digital co-regulation: Designing a supranational legal framework for the platform economy. *European Law Review*, 43, 47-68.
- Geistfeld, M. A. (2017). A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation. *California Law Review*, 105(6), 1611-1694. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931168
- Groshen, E. L., Helper, S., MacDuffie, J. P. y Carson, C. (2019). *Preparing U. S. workers and employers for an autonomous vehicle future*. (Upjohn Institute Technical Report) n.º 19-036. Upjohn Institute for Employment Research. <https://doi.org/10.17848/tr19-036>
- Gurney, J. K. (2017). Sue my car not me: Products liability and accidents involving autonomous vehicles. *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 2013(2), 247-277.

- Hagemann, R., Huddleston, J. y Thierer, A. D. (2018). Soft law for hard problems: The governance of emerging technologies in an uncertain future. *Colorado Technology Law Journal*, 17, 37-130.
- Hutchinson, T. y Duncan, N. (2012). Defining and describing what we do: Doctrinal legal research. *Deakin Law Review*, 17(1), 83-119. <https://doi.org/10.21153/dlr2012vol17no1art70>
- Jeyachandran, S. (2024, 19 de agosto). Meet the 6th-generation Waymo Driver: Optimized for costs, designed to handle more weather, and coming to riders faster than before. *Waypoint*. <https://waymo.com/blog/2024/08/meet-the-6th-generation-waymo-driver/>
- Kingston, J. K. (2016). Artificial intelligence and legal liability. En M. Bramer y M. Petridis (eds.), *Research and development in intelligent systems XXXIII* (pp. 269-279). Springer. <https://arxiv.org/pdf/1802.07782>
- Kleinberg, J., Ludwig, J., Mullainathan, S. y Sunstein, C. R. (2018). Discrimination in the age of algorithms. *Journal of Legal Analysis*, 10, 113-174. <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>
- Koopman, P. y Widen, W. H. (2023). Liability rules for automated vehicles: Definitions & details. *University of Miami Legal Studies Research Paper No. 4444848*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4444848>
- Kroll, J. A., Huey, J., Barocas, S., Felten, E. W., Reidenberg, J. R., Robinson, D. G. y Yu, H. (2017). Accountable algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, 165(3), 633-705.
- Leenes, R., Palmerini, E., Koops, B.-J., Bertolini, A., Salvini, P. y Lucivero, F. (2017). Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues. *Law, Innovation and Technology*, 9(1), 1-44. <https://doi.org/10.1080/17579961.2017.1304921>
- Lemley, M. A. y Casey, B. (2019). Remedies for robots. *The University of Chicago Law Review*, 86(5), 1311-1396.
- Lu, N., Cheng, N., Zhang, N., Shen, X. y Mark, J. W. (2014). Connected vehicles: Solutions and challenges. *IEEE Internet of Things Journal*, 1(4), 289-299. <https://doi.org/10.1109/IIOT.2014.2327587>

- Lunders, C. K., Tarpley, P., Jansma, S. D., Navetta, D., Segalis, B. y Keller, P. (2016, 11 de agosto). *Autonomous vehicles: The legal landscape in the US*. Norton Rose Fulbright. <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/Lunders.pdf>
- Lyu, N., Deng, C., Xie, L., Wu, C. y Duan, Z. (2019). A field operational test in China: Exploring the effect of an advanced driver assistance system on driving performance and braking behavior. *Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour*, 65, 730-747. <https://doi.org/10.1016/j.trf.2018.01.003>
- Marchant, G. E. (2011). The growing gap between emerging technologies and the law. En G. E. Marchant, B. R. Allenby y J. R. Herkert (eds.), *The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight* (pp. 19-33). Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-007-1356-7_2
- Marchant, G. E. y Wallach, W. (2015). Coordinating technology governance. *Issues in Science and Technology*, 31(4), 43-50.
- Ministry of Economy, Trade and Industry, Japan. (2024). *Strategic roadmap for automated driving*. https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/automobile_industry/adms/index.html
- Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S. y Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, 3(2). <https://doi.org/10.1177/2053951716679679>
- Mladenović, M. N., Stead, D., Milakis, D., Pangbourne, K. y Givoni, M. (2020). Governance cultures and sociotechnical imaginaries of self-driving vehicle technology: Comparative analysis of Finland, UK and Germany. En D. Milakis, N. Thomopoulos y B. van Wee (eds.), *Policy implications of autonomous vehicles* (pp. 235-262). Academic Press. https://pure.tudelft.nl/ws/portalfiles/portal/84435066/1_s2.0_S2543000920300019_main_1.pdf
- National Highway Traffic Safety Administration. (2016). *Federal automated vehicles policy: Accelerating the next revolution in roadway safety*. U. S. Department of Transportation.

- Navarro-Michel, M. (2020). La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 941-961. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5231>
- Noy, I. Y., Shinar, D. y Horrey, W. J. (2018). Automated driving: Safety blind spots. *Safety Science*, 102, 68-78. <https://doi.org/10.1016/j.ssci.2017.07.018>
- Owen, D. G. (2008). *Products liability law* (2.^a ed.). West Academic Publishing.
- Pagallo, U. (2013). *The laws of robots: Crimes, contracts, and torts*. Springer.
- Ranchordas, S. (2021). Experimental regulations for AI: Sandboxes for morals and mores. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, (7), 1-30. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3839744>
- SAE International. (2018). *Taxonomy and definitions for terms related to driving automation systems for on-road motor vehicles*. https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/
- Santoni de Sio, F. y Van den Hoven, J. (2018). Meaningful human control over autonomous systems: A philosophical account. *Frontiers in Robotics and AI*, 5. <https://doi.org/10.3389/frobt.2018.00015>
- Saripalli, S. (2017, 6 de octubre). Are self-driving cars the future of mobility for disabled people? *The Conversation*. <https://theconversation.com/are-self-driving-cars-the-future-of-mobility-for-disabled-people-84037>
- Schellekens, M. (2015). Self-driving cars and the chilling effect of liability law. *Computer Law & Security Review*, 31(4), 506-517. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.05.012>
- Schellekens, M. (2018). No-fault compensation schemes for self-driving vehicles. *Law, Innovation and Technology*, 10(2), 314-333. <https://doi.org/10.1080/17579961.2018.1527477>

- Siems, M. (2018). *Comparative law* (2.^a ed.). Cambridge University Press. https://assets.cambridge.org/97811071/82417/frontmatter/9781107182417_frontmatter.pdf
- Singh, A. (2024). Privacy and data protection in the age of autonomous vehicles. *International Journal for Multidisciplinary Research*, 6(2), 1-27.
- Surden, H. y Williams, M.-A. (2016). Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, 38, 121-181.
- Taeihagh, A. y Lim, H. S. M. (2019). Governing autonomous vehicles: emerging responses for safety, liability, privacy, cybersecurity, and industry risks. *Transport Reviews*, 39(1), 103-128. <https://doi.org/10.1080/01441647.2018.1494640>
- Thierer, A. (2016). *Permissionless innovation: The continuing case for comprehensive technological freedom*. Mercatus Center at George Mason University.
- Tselentis, D., Yannis, G. y Vlahogianni, E. (2017). Innovative motor insurance schemes: A review of current practices and emerging challenges. *Accident Analysis & Prevention*, 98, 139-148.
- United Nations Economic and Social Council. (2020, 10 de julio). *Revised Amendment proposal to the 1968 Convention on Road Traffic*. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/177/44/pdf/g2017744.pdf>
- Van Hoecke, M. (2015). Methodology of comparative legal research. *Law and Method*, 5(4), 1-35.
- Vellinga, N. E. (2017). From the testing to the deployment of self-driving cars: Legal challenges to policymakers on the road ahead. *Computer Law & Security Review*, 33(6), 847-863.
- Yaday, A. S., Charles, V., Pandey, D. K., Gupta, S., Gherman, T. y Kushwaha, D. S. (2023). Blockchain-based secure privacy-preserving vehicle accident and insurance registration. *Expert Systems with Applications*, 230, 120651. <https://doi.org/10.1016/j.eswa.2023.120651>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Olga Alejandra Alcántara Francia: redacción del trabajo y revisión crítica al contenido intelectual, aprobación final de la versión que se publicará.

César Carranza Álvarez: redacción del trabajo, revisión, contribución en el análisis de los datos utilizados, revisión crítica de la versión final, aprobación de la versión final que se publicará.

Biografía de los autores

Olga Alejandra Alcántara Francia: abogada. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora con registro Renacyt. Máster en Derecho con especialidad en Derecho Europeo por la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica, máster en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha de España y máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima en Perú. Diplomada en LegalTech por ESADE, España. Es autora de artículos científicos publicados en revistas jurídicas indexadas en Scopus y Web of Science. Profesora de prestigiosas facultades de Derecho del país.

César Carranza Álvarez: profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur y otras de prestigio. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Trujillo. Ha ejercido la docencia en universidades del Perú y Colombia, en pregrado y posgrado. Con estudios de posgrado en Negociación, Resolución de Conflictos y Mediación, por la Universidad de Castilla-La Mancha, y Derecho de Daños en la Universidad de Salamanca. Desde el 2022 ostenta la condición de investigador Renacyt, acreditación concedida por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec).

Correspondencia

oalcantara@cientifica.edu.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 83-112

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1138>

Contribución de la IA a la gobernanza de la sostenibilidad medioambiental en India y Perú: estudio comparativo

Contribution of AI to environmental sustainability governance in
India and Peru: a comparative study

Contribuição da IA para a governança da sustentabilidade
ambiental na Índia e no Peru: estudo comparativo

KYVALYA GARIKAPATI

Universidad KIIT Bhubaneswar
(Bhubaneswar, India)

Contacto: kgarikapati@kls.ac.in
<https://orcid.org/0000-0003-0990-6514>

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia
(Arequipa, Perú)

Contacto: info@praeeminentiaiustitia.pe
<http://orcid.org/0000-0001-5202-3886>

RAHUL GOYAL

Universidad KIIT Bhubaneswar
(Bhubaneswar, India)

Contacto: 2183175@kls.ac.in
<https://orcid.org/0009-0007-5634-6448>

RESUMEN

La inteligencia artificial (IA) en la India tiene el potencial de desempeñar un papel clave para garantizar la sostenibilidad y el desarrollo sustentable. La aplicación de la IA puede: (i) acelerar las prácticas empresariales sostenibles y la transición energética, ayudaría así a reducir el impacto ambiental; (ii) mejorar la eficiencia en la gestión de los recursos naturales, como el agua y los fertilizantes en la agricultura, por lo que aportaría a minimizar el impacto ambiental; (iii) tener un impacto positivo en la predicción y la gestión de desastres naturales, como terremotos e inundaciones, con lo cual permitiría una respuesta más rápida y eficiente; (iv) utilizarse para identificar y controlar especies en peligro de extinción, apoyaría de este modo la conservación de la biodiversidad. A su vez, la IA en el Perú puede: (i) acelerar las prácticas empresariales sostenibles y la transición energética, por lo cual ayudaría a reducir el impacto ambiental; (ii) utilizarse en la gestión eficiente de los recursos naturales, como el agua y los fertilizantes en la agricultura, de forma que ayudaría a minimizar el impacto ambiental; (iii) tener un impacto positivo en la movilidad sostenible y el desarrollo de ciudades inteligentes en Perú, contribuiría así a resolver los desafíos ambientales que enfrentamos. También es importante señalar que la gobernanza aplicada a la inteligencia artificial tiene el potencial de jugar un papel muy importante en el desarrollo de ambos países, por lo que su implementación debe ir acompañada de políticas y principios sólidos que garanticen su uso ético y responsable para minimizar riesgos y daños. En este artículo, los autores desmenuzan esta importante cuestión, analizando sus impactos, sus ventajas, sus desventajas, sus diferencias y sus similitudes, con el fin de destacar las importantes lecciones aprendidas de esta experiencia comparada, añaden a su estudio el enfoque desde la perspectiva de los derechos fundamentales y la interdisciplinariedad.

Palabras clave: inteligencia artificial; medio ambiente; gobernanza; India; Perú; sostenibilidad; derecho comparado; derechos fundamentales; interdisciplinario.

ABSTRACT

Artificial Intelligence (AI) in India has the potential to play a key role in ensuring sustainability and sustainable development. AI applications can: (i) accelerate sustainable business practices and the energy transition, thereby helping reduce environmental impact; (ii) improve efficiency in the management of natural resources, such as water and fertilizers in agriculture, thus contributing to minimizing environmental impact; (iii) have a positive impact on the prediction and management of natural disasters, such as earthquakes and floods, enabling faster and more efficient responses; (iv) be used to identify and monitor endangered species, thereby supporting biodiversity conservation. In turn, AI in Peru can: (i) accelerate sustainable business practices and the energy transition, thus helping reduce environmental impact; (ii) be used for the efficient management of natural resources, such as water and fertilizers in agriculture, thereby helping minimize environmental impact; (iii) have a positive impact on sustainable mobility and the development of smart cities in Peru, thus contributing to addressing the environmental challenges we face. It is also important to highlight that AI governance has the potential to play a major role in the development of both countries, and its implementation should be accompanied by strong policies and principles that ensure its ethical and responsible use to minimize risks and harm. In this paper, the authors delve into this important issue by analyzing its impacts, advantages, disadvantages, differences, and similarities, in order to highlight the valuable lessons learned from this comparative experience. They also add to their study a perspective based on fundamental rights and interdisciplinarity.

Key words: artificial intelligence; environment; governance; India; Peru; sustainability; comparative law; fundamental rights; interdisciplinary.

RESUMO

A inteligência artificial (IA) na Índia tem o potencial de desempenhar um papel chave para garantir a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável. A aplicação da IA pode: (i) acelerar as práticas empresariais

sustentáveis e a transição energética, ajudando assim a reduzir o impacto ambiental; (ii) melhorar a eficiência na gestão dos recursos naturais, como água e fertilizantes na agricultura, contribuindo para minimizar o impacto ambiental; (iii) ter um impacto positivo na previsão e gestão de desastres naturais, como terremotos e inundações, permitindo uma resposta mais rápida e eficiente; (iv) ser utilizada para identificar e controlar espécies em perigo de extinção, apoiando assim a conservação da biodiversidade. Por sua vez, a IA no Peru pode: (i) acelerar as práticas empresariais sustentáveis e a transição energética, ajudando assim a reduzir o impacto ambiental; (ii) ser utilizada na gestão eficiente dos recursos naturais, como água e fertilizantes na agricultura, de forma que ajudaria a minimizar o impacto ambiental; (iii) ter um impacto positivo na mobilidade sustentável e no desenvolvimento de cidades inteligentes no Peru, contribuindo assim para resolver os desafios ambientais que enfrentamos. Também é importante ressaltar que a governança aplicada à inteligência artificial tem o potencial de desempenhar um papel muito importante no desenvolvimento de ambos os países, portanto, sua implementação deve ser acompanhada de políticas e princípios sólidos que garantam seu uso ético e responsável para minimizar riscos e danos. Neste artigo, os autores desmembram essa importante questão, analisando seus impactos, suas vantagens, suas desvantagens, suas diferenças e suas semelhanças, com o objetivo de destacar as importantes lições aprendidas dessa experiência comparada, adicionando ao seu estudo a abordagem sob a perspectiva dos direitos fundamentais e da interdisciplinaridade.

Palavras-chave: inteligência artificial; meio ambiente; governança; Índia; Peru; sustentabilidade; direito comparado; direitos fundamentais; interdisciplinar.

Recibido: 18/1/2025
Aceptado: 24/6/2025

Revisado: 4/2/2025
Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de *big data*, *analytics* e inteligencia artificial son grandes herramientas con capacidades para realizar tareas complejas a niveles que superan las capacidades humanas. Su importancia es cada vez mayor, ya que pueden utilizarse para recopilar, organizar y analizar grandes conjuntos de datos con el fin de revelar patrones y tendencias ocultos que pueden ayudar a abordar diversos problemas de desarrollo sostenible. Sin embargo, en el proceso de exploración de estas tecnologías para aportar soluciones surgen una serie de retos (Ojokoh *et al.*, 2020).

La aparición de la inteligencia artificial (IA) ha tenido repercusiones generalizadas en diversos sectores, con posibles implicaciones para la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Aunque la IA puede permitir la obtención de numerosas metas en todos los ODS, también puede suponer un obstáculo para algunas de ellas. El rápido desarrollo de la IA requiere una visión y una supervisión regulatorias sólidas para garantizar resultados sostenibles y evitar lagunas en la transparencia, la seguridad y las normas éticas (Vinueza *et al.*, 2020).

Al influir en diversos sectores, se prevé que la IA impacte en la productividad mundial, la igualdad y los resultados medioambientales, entre otros, tanto a corto como a largo plazo. Las posibles repercusiones de la IA en el desarrollo sostenible, fundamentalmente en los 17 ODS y las 169 metas esbozadas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, son tanto positivas como negativas. A pesar de la falta de evaluaciones sistemáticas, cada vez se reconoce y se estudia más la influencia de la IA en los ODS, lo que pone de relieve la necesidad de procesos de consulta de expertos basados en el consenso para evaluar las interrelaciones.

Los estudios han demostrado que la IA puede actuar como facilitadora de numerosos objetivos, especialmente en el grupo de la sociedad, beneficiando a áreas como la mitigación de la pobreza, la educación de calidad y las ciudades sostenibles (Selvalakshmi *et al.*, 2024; Tripathi y Rosak-Szyrocka, 2024).

Sin embargo, preocupan las repercusiones negativas de la IA, como las necesidades computacionales de alto consumo energético y la perpetuación de los prejuicios, principalmente en los mercados laborales y la

igualdad de género. Estos aspectos ponen de relieve la importancia de un desarrollo equitativo de la IA para evitar el aumento de las brechas de desigualdad. En el grupo de economía, se reconocen los efectos positivos de la IA en los objetivos relacionados con la innovación y el crecimiento económico, pero hay que prestar atención a problemas como el posible desplazamiento de puestos de trabajo y el acceso desigual a los recursos de análisis de datos. Los resultados medioambientales también pueden beneficiarse de las aplicaciones de la IA, como la modelización del cambio climático y el seguimiento de la biodiversidad. No obstante, la elevada demanda energética de las tecnologías de IA podría plantear problemas para alcanzar los objetivos de la acción por el clima (Nahar, 2024).

El objetivo es explorar cómo puede definirse y operacionalizarse el concepto de IA sostenible para orientar la toma de decisiones del sector público en los países en desarrollo, con el fin de apoyar los esfuerzos para operacionalizar la IA ética en el sector público. Para ello, se ha constatado que no existe una definición generalizada de IA sostenible, a pesar de su creciente uso en el contexto de la investigación. Sin embargo, las conceptualizaciones de la IA sostenible se refieren sistemáticamente al marco de desarrollo sostenible asociado a los ODS, lo que valida el paradigma para elaborar el concepto en el contexto de la gobernanza del sector público. Además, una revisión más detallada de la toma de decisiones del sector público identificó cinco condiciones límite para la IA sostenible, a considerar en el contexto de la gobernanza de la IA: (i) diversidad e inclusividad; (ii) capacidad de aprendizaje, transparencia y explicabilidad; (iii) capacidad de autoorganización; (iv) significado común y valores arraigados; y (v) confianza sistémica e implícita. Estas cinco condiciones se presentaron juntas como un modelo integrado, unidas a condiciones y enfoques operativos que pueden aprovecharse para la toma de decisiones en el sector público (Wilson y Van der Velden, 2022).

Al proponer este modelo integrado, este capítulo hace varias aportaciones tanto a la teoría como a la práctica de la IA sostenible, la más inmediata y rigurosa a lo que corre el peligro de convertirse en una palabra de moda en el discurso político y de investigación sobre la IA y

la sociedad. En concreto, las condiciones límite se presentan de un modo que facilita el desarrollo de indicadores empíricos acordes con las explicaciones conceptuales que se han avanzado en la teoría de la comunicación, o el método seminal de Goertz para definir conceptos de las ciencias sociales. Una aplicación cuidadosa de estos métodos constituye un marco para elaborar algunas de las premisas teóricas implícitas y los tipos de contextos en los que son teóricamente válidas. Se trata de un primer paso crucial antes de evaluar empíricamente si las teorías implícitas en estas condiciones límite se sostienen realmente (por ejemplo, que la participación inclusiva refuerza, protege y salvaguarda la sostenibilidad social) (Wilson y Van der Velden, 2022).

El método de investigación utilizado para la presente entrega es el comparativo analítico.

2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO FACTOR IMPORTANTE PARA AFRONTAR LOS RETOS MEDIOAMBIENTALES

La IA puede desempeñar un papel en la resolución de problemas medioambientales, desde el diseño de edificios más eficientes energéticamente hasta la vigilancia de la deforestación o la optimización del despliegue de energías renovables. Esto puede hacerse a gran escala —como el seguimiento por satélite de las emisiones mundiales— o a una escala más granular —como que una casa inteligente apague automáticamente las luces o la calefacción después de un tiempo determinado—. La Sala de Situación del Medio Ambiente Mundial (WESR) se está desarrollando para convertirse en una plataforma fácil de usar, impulsada por la demanda, que aprovecha los datos en oficinas gubernamentales, aulas, ayuntamientos y salas de juntas. Necesitamos datos creíbles, fiables e independientes para tomar decisiones e impulsar la transparencia. Con el tiempo, el objetivo es que la WESR se convierta en algo así como un centro de control de misión para el planeta Tierra, donde todos nuestros indicadores medioambientales vitales puedan supervisarse sin fisuras para impulsar la acción. Una de las iniciativas lideradas por el PNUMA dentro del ecosistema digital de WESR es el Observatorio Internacional de Emisiones de Metano (IMEO), que aprovecha la IA para revolucionar

el enfoque del seguimiento y la mitigación de las emisiones de metano. La plataforma funciona como una base de datos pública mundial de emisiones de metano verificadas empíricamente. Aprovecha la IA para interconectar estratégicamente estos datos con la acción en ciencia, transparencia y política para fundamentar decisiones basadas en datos.

La tecnología de IMEO nos permite recopilar e integrar diversos flujos de datos sobre emisiones de metano para establecer un registro público mundial de esta clase de emisiones verificadas empíricamente con un nivel de precisión y granularidad sin precedentes, afirma Jensen. (UN Environment Programme, 2022, párr. 13)

Reducir las emisiones de metano del sector energético es una de las formas más rápidas, factibles y rentables de limitar los efectos del calentamiento global, y tomar medidas basadas en datos fiables desempeñará un papel importante en la consecución de estas reducciones (UN Environment Programme, 2022).

Entre los retos medioambientales, tenemos (UN Environment Programme, 2022):

2.1. Control de la calidad del aire

Otra iniciativa de vigilancia del medio ambiente que el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) ha cofundado, en colaboración con IQAir, es la plataforma de vigilancia de la contaminación atmosférica GEMS. Se trata de la mayor red mundial de información sobre la calidad del aire. IQAir agrega datos de más de 25 000 estaciones de control de la calidad del aire en más de 140 países y aprovecha la IA para proporcionar información sobre el impacto en tiempo real de la calidad del aire en las poblaciones y ayudar a informar sobre las medidas de protección de la salud. Estas plataformas permiten a los sectores público y privado aprovechar los datos y las tecnologías digitales para acelerar la acción medioambiental mundial y alterar radicalmente la forma habitual de hacer negocios. En última instancia, pueden contribuir a un cambio sistémico a una velocidad y escala sin precedentes.

2.2. Medición de la huella ambiental

Otro ámbito en el que la IA puede marcar la diferencia es el cálculo de la huella medioambiental y climática de los productos. La IA será fundamental en este ámbito. Puede ayudar a calcular la huella de los productos en el curso de todo su ciclo de vida y cadena de suministro y permitir a empresas y consumidores tomar las decisiones más informadas y eficaces. Este tipo de datos es esencial para el *nudging* digital sostenible en plataformas de comercio electrónico como Amazon.com, Shopify o Alibaba.

2.3. Reducir las emisiones de las TIC

Aunque los datos y la IA son necesarios para mejorar la vigilancia medioambiental, el tratamiento de estos datos tiene un coste medioambiental que también debemos considerar. El sector de las TIC genera en torno al 3-4 % de las emisiones y los centros de datos utilizan grandes volúmenes de agua para su refrigeración. Se están haciendo esfuerzos para reducir esta huella, por ejemplo, a través del Plan de Acción CODES para un Planeta Sostenible en la Era Digital, una de las iniciativas derivadas de la Hoja de Ruta para la Cooperación Digital del secretario general de la ONU. Sin embargo, los residuos electrónicos son motivo de gran preocupación, ya que solo el 17.4 % se reciclan y eliminan de forma respetuosa con el medio ambiente. Según el informe Global E-Waste Monitor de la ONU, los residuos electrónicos crecerán hasta casi 75 millones de toneladas métricas en 2030. La investigación del PNUMA muestra que, para hacer frente a estos residuos, los consumidores deben reducir el consumo, reciclar los aparatos electrónicos y reparar los que se puedan arreglar.

En este artículo pretendemos desentrañar: (i) cómo las ideas sobre sostenibilidad y gobernanza incluyen a la IA en su marco y (ii) examinar discursos más amplios sobre sostenibilidad y sus efectos. Identificamos dos marcos dominantes: IA para la sostenibilidad y gobernanza de la IA sostenible. En el primer marco, la IA contribuye a un futuro sostenible y próspero con un mejor análisis de los datos, un mayor conocimiento cuantitativo y hace que las actividades humanas sean más eficientes

desde el punto de vista energético, económico y rentable. Así, la IA responde a una concepción de los retos de la sostenibilidad como técnicos y basados en el conocimiento de la sostenibilidad. Aunque la IA puede contribuir a los cambios prácticos necesarios en las transformaciones de la sostenibilidad, las organizaciones internacionales que persiguen el imperativo transformador de la Agenda 2030 deben considerar sus implicaciones en las esferas política y personal (Francisco y Linnér, 2023).

La gobernanza sostenible de la IA pretende abordar los retos que esta plantea. Entre ellos figuran la ética, los derechos humanos, la ciberseguridad, el acceso a datos fiables, la transparencia y la brecha digital. Los documentos revisados también abordan las preocupaciones sobre las emisiones de CO₂, el consumo de energía, el consumo de la IA y la necesidad de garantizar que esta sea sostenible. La mayoría de los retos identificados están relacionados con el bienestar humano. Las soluciones que se mencionan son la colaboración entre múltiples partes interesadas, marcos de gobernanza cohesivos pero flexibles a diferentes niveles en el caso de la ONU. En cuanto a nuestro segundo objetivo, las ideas sobre IA y sostenibilidad se correlacionan con la modernización ecológica y la gubernamentalidad verde. Los marcos de institucionalización del discurso ahora forman un todo coherente dentro de los paraguas de la modernización ecológica y la gobernanza verde. La ONU, la Unión Europea (UE) y el Foro Económico Mundial insisten en la necesidad de acceder a los datos. Esto se debe en gran medida al rendimiento de los algoritmos de IA, pero también es, al menos en parte, una postura construida: se dejan de lado otros posibles puntos de interés, entre el impacto medioambiental de la IA y las posibles tensiones entre el conocimiento algorítmico y otras formas de conocimiento (Francisco y Linnér, 2023).

Las similitudes entre los marcos identificados y la modernización ecológica y la gubernamentalidad verde, el proceso de institucionalización del discurso, así como el enfoque en los datos, sugieren que las ideas actuales sobre IA están reforzando los marcos institucionales existentes en lugar de contribuir a un cambio transformador profundo (Francisco y Linnér, 2023).

3. IA Y VIGILANCIA MEDIOAMBIENTAL

El uso de drones se está extendiendo al seguimiento medioambiental, el diseño urbano y la conservación. Esto se debe a que los drones pueden ayudar a abordar problemas medioambientales difíciles. Debido a la rapidez con la que cambia la tecnología, los drones se han convertido en instrumentos realmente útiles para el desarrollo sostenible. Rara vez dañan el medio ambiente, utilizan los recursos con prudencia y obtienen datos correctos. Esta sección explora los múltiples usos de los drones, sobre todo en comunidades, animales y para que el planeta alcance sus objetivos de sostenibilidad (Obaid y Hamdi, 2024).

4. IA PARA UNA AGRICULTURA SOSTENIBLE

La IA puede revolucionar por completo las prácticas agrícolas sostenibles. Los enfoques de agricultura de precisión, que utilizan IA y sensores IoT, pueden mejorar la eficiencia del agua, los fertilizantes y los pesticidas, lo que se traduce en menos residuos y una menor huella medioambiental (Adewuyi *et al.*, 2024). Los sistemas de IA pueden evaluar las condiciones del suelo, los patrones climáticos y la salud de los cultivos, para proporcionar a los agricultores información basada en datos para ayudarles a tomar mejores decisiones. Además, la inteligencia artificial puede ayudar a desarrollar variedades agrícolas tolerantes a la sequía y de alto rendimiento, se mejoraría así la seguridad alimentaria y la sostenibilidad (Gupta *et al.*, 2024).

5. IA Y GESTIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES

La IA puede utilizarse para aumentar la eficiencia y la fiabilidad de las fuentes de energía renovables. Los algoritmos de aprendizaje automático pueden predecir el uso de la energía, mejorar la eficiencia del almacenamiento energético y gestionar la integración de las fuentes de energía renovables en la red. La IA puede ayudar en el diseño y la optimización de infraestructuras de energías renovables, como turbinas eólicas y paneles solares, al simular y analizar escenarios para maximizar la producción de energía que minimicen el efecto medioambiental (United Nations Environment Programme, 2022).

6. IA Y ECONOMÍA CIRCULAR

El concepto de economía circular pretende eliminar los residuos y promover comportamientos sostenibles aprovechando al máximo los recursos disponibles. La IA es fundamental para promover la economía circular mediante la optimización de las cadenas de suministro, la identificación de oportunidades de reutilización y reciclaje, y la previsión de las tendencias de la demanda para reducir los excedentes de producción (Platon *et al.*, 2024). Los sistemas de clasificación y reciclaje basados en IA también pueden mejorar la eficiencia de la gestión de residuos (Melinda *et al.*, 2024).

7. IA Y MODELIZACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

La IA puede ayudarnos a comprender y mitigar el cambio climático analizando cantidades ingentes de datos procedentes de muchas fuentes, como modelos climáticos, fotos de satélite y redes de sensores (Koldunov *et al.*, 2024). Los algoritmos de aprendizaje automático pueden identificar patrones, predecir escenarios climáticos futuros y evaluar la eficacia de los esfuerzos de mitigación y adaptación (Gaikwad, 2024). Esto puede ayudar a los responsables políticos y a las partes interesadas a desarrollar planes eficaces para combatir el cambio climático y sus consecuencias.

8. IA Y TRANSPORTE SOSTENIBLE

La inteligencia artificial (IA) está revolucionando el transporte al aportar soluciones a algunos de los retos más acuciantes a los que se enfrentan los sistemas de movilidad urbana. A medida que las ciudades crecen y la congestión se intensifica, los sistemas de transporte tradicionales tienen dificultades para satisfacer la demanda. La IA ofrece un enfoque transformador al optimizar el flujo de tráfico, mejorar la eficiencia del transporte público e integrar diversos modos de transporte para crear una red de movilidad más conectada y sostenible (Badi, 2025).

9. LA IA EN LA GOBERNANZA DE LA SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA INDIA

El 24 de agosto de 2017, el Ministerio de Industria y Comercio creó un grupo de trabajo de dieciocho miembros sobre IA para la transformación económica de la India. Este grupo de trabajo está formado por expertos, investigadores, líderes de la industria, académicos, con la participación de organismos gubernamentales y ministerios como la Institución Nacional para la Transformación de la India (NITI Aayog), el Departamento de Ciencia y Tecnología, el Ministerio de Electrónica y Tecnología de la Información, la Autoridad de Identificación Única de la India y la Organización de Investigación y Desarrollo de Defensa. Este organismo presentó su informe en enero de 2018.

El informe analiza el «Uso de la IA junto con sus principales retos y posibles soluciones para cada sector». De los diez sectores analizados, uno de los aspectos importantes era el medio ambiente. Asimismo, en el informe, el Grupo de Trabajo hacía varias recomendaciones al Gobierno.

El entonces ministro de Finanzas, Arun Jaitley, anunció el 1 de febrero de 2018 que el grupo de reflexión gubernamental NITI Aayog dirigiría el programa nacional sobre IA y que el Gobierno apoyaría a las *startups* y a los centros de excelencia para llevar a cabo actividades de investigación.

NITI Aayog ha encabezado varias iniciativas destinadas a promover la sostenibilidad medioambiental en la India. Estas abarcan una amplia gama de áreas, desde la gestión del agua y las energías renovables hasta la planificación urbana y la acción climática. Algunas de sus principales iniciativas son las siguientes:

- (i) «SDG India Index» (Índice de los ODS en la India): este índice sigue y clasifica el progreso de los estados y territorios de la unión indios hacia la consecución de los ODS de las Naciones Unidas, incluidos los relacionados con la sostenibilidad medioambiental, como el agua limpia, el saneamiento, la energía asequible y limpia y la acción por el clima.
- (ii) Estrategia Nacional para la Inteligencia Artificial (IA): promueve el uso de la IA en la agricultura, la gestión del agua y la mitigación

- del cambio climático. Se fomentan las soluciones basadas en IA para optimizar el uso de los recursos, mejorar la eficiencia y minimizar el impacto medioambiental (Muchokore y Kaur, 2024).
- (iii) Asociación para la Energía Limpia y el Medio Ambiente (CEEP): se centra en la colaboración internacional para promover soluciones energéticas limpias y prácticas medioambientales sostenibles. Esto incluye iniciativas para aumentar el uso de fuentes de energía renovables y mejorar la eficiencia energética.
 - (iv) Política Energética Nacional de la India: su objetivo es la transición hacia una energía más limpia mediante la promoción de fuentes de energía renovables como la solar y la eólica, la mejora de la eficiencia energética y la reducción de las emisiones de carbono. El NITI Aayog desempeña un papel clave en la elaboración de políticas que respalden estos objetivos.
 - (v) Índice compuesto de gestión del agua (CWMI): desarrollado para evaluar y mejorar la gestión de los recursos hídricos en los estados indios. El índice fomenta el uso eficiente del agua, las prácticas de conservación y la gestión sostenible de los recursos hídricos (Muchokore y Kaur, 2024).
 - (vi) Jal Jeevan Mission: apoya la misión de proporcionar agua potable segura y adecuada a todos los hogares rurales mediante conexiones individuales al grifo, promueve así la gestión sostenible del agua y reduce la dependencia de fuentes de agua insostenibles.
 - (vii) Movilidad transformadora y almacenamiento en batería: tiene como objetivo promover los vehículos eléctricos (VE) y desarrollar un ecosistema sólido para la fabricación y la gestión de baterías. Esta iniciativa contribuye a reducir la contaminación urbana, disminuir la dependencia de los combustibles fósiles y mitigar el cambio climático.
 - (viii) Misión Nacional para un Ganges Limpio (NMCG): se centra en el rejuvenecimiento del río Ganges mediante el control de las fuentes de contaminación, el fomento de prácticas sostenibles de gestión del agua y la mejora de la salud ecológica de la cuenca fluvial.

- (ix) Atal Innovation Mission (AIM): fomenta la innovación y el espíritu empresarial en materia de sostenibilidad a través de iniciativas como Atal Tinkering Labs y Atal Incubation Centers. Estos programas apoyan a nuevas empresas e innovaciones centradas en la sostenibilidad medioambiental y las tecnologías limpias.
- (x) Misión de Planificación Urbana y Ciudades Inteligentes: apoya el desarrollo de ciudades inteligentes que incorporen principios de planificación urbana sostenible. Esto incluye la gestión eficiente de los recursos, las prácticas de construcción ecológica y el uso de tecnologías inteligentes para mejorar la sostenibilidad urbana.
- (xi) Agricultura resistente al clima: promueve prácticas y tecnologías que ayudan a los agricultores a adaptarse al cambio climático, mejorar la salud del suelo y mejorar la eficiencia en el uso del agua. Esto incluye el uso de IA e IoT para la agricultura de precisión y las prácticas agrícolas sostenibles (Muchokore y Kaur, 2024).

Estas iniciativas reflejan el compromiso del NITI Aayog de integrar la sostenibilidad en la agenda de desarrollo de la India, fomentar innovaciones que contribuyan a la conservación del medio ambiente y garantizar que el crecimiento económico no se produzca a expensas de la salud ecológica. En principio, la IA necesita salvaguardas para ser beneficiosa. Estas salvaguardas implican proteger la seguridad y la privacidad de los ciudadanos y evitar usos indebidos. En cuanto a la sostenibilidad medioambiental, el principal argumento es que las partes interesadas y los responsables políticos deben promover activamente tecnologías de IA que tengan una baja huella energética y de CO₂. Como tal, la IA debería regularse y gobernarse. Cabe señalar que el marco de la gobernanza sostenible de la IA se solapa en muchos aspectos con los llamamientos generales a la gobernanza de la IA (Francisco y Linnér, 2023).

En septiembre de 2023, el gobierno de India, en colaboración con la fundación EkStep, lanzó el chatbot PM-Kisan. Este chatbot con IA trabaja con PM-Kisan, el programa indio de transferencia directa

de beneficios para agricultores, que se inició en 2019 para brindar ayuda financiera a agricultores propietarios de sus tierras. El acceso al programa, la obtención de información pertinente y la resolución de conflictos siempre fue un problema para los agricultores. Este nuevo chatbot les permite saber si cumplen con los requisitos y conocer el estado de su solicitud y pagos con solo usar su voz. El día de su lanzamiento, más de 500 000 usuarios chatearon con el bot, y sus funcionalidades se lanzan de a poco para garantizar un despliegue seguro y con gestión de riesgos. (Nilekani y Bhojwani, 2023, párr. 16)

La IA es central para traccionar el desarrollo de países como la India que intentan superar estructurales problemas [sic] sobre pobreza, carencias en salud pública, empleo y calidad de vida. Como un instrumento que abre maravillosas posibilidades de progreso, es de esperar que sus eventuales desvíos no empujen a los humanos hacia un mundo como el descrito en el film *2001 Odisea del espacio* (1968), donde la supercomputadora HAL 9000 controla las acciones y decisiones del astronauta Bowman. (Cesarin, 2023, párr. 18)

10. LA IA EN LA GOBERNANZA DE LA SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN PERÚ

Cabe señalar el artículo 1, inciso b, del Reglamento de la Ley n.º 31814, Ley que Promueve el Uso de la Inteligencia Artificial a Favor del Desarrollo Económico y Social del País, que en relación con el objeto de dicha norma legal establece: fortalecer la institucionalidad y gobernanza del uso y desarrollo de la inteligencia artificial a favor del desarrollo económico y social del país.

Por su parte, a seis años del plazo acordado «en el Acuerdo de París para reducir las emisiones de carbono y limitar el aumento de la temperatura global, aprovechar el potencial de la IA no solo es útil, sino fundamental» (Panizo, 2024, párr. 10). Sandro Denegri sostiene que la industria alimentaria también apunta en esa dirección con los innovadores avances de las empresas basadas en plantas:

«Estas empresas utilizan modelos de IA para replicar moléculas y lograr reemplazar los componentes animales en los alimentos por componentes vegetales. El impacto ambiental de esta transición es significativo. Por ejemplo, cuando se reemplaza un kilogramo de alimentos de origen animal por uno de origen vegetal, se reduce el consumo de agua en un 85 % y se emite un 80 % menos de CO₂».

El crecimiento de esta tendencia será clave para generar sostenibilidad en una industria alimentaria responsable de un tercio de las emisiones de gases de efecto invernadero, según un estudio de la Universidad de Illinois publicado en la revista *Nature Food*. De esta proporción, el 60% corresponde al sector ganadero. (Panizo, 2024, párrs. 11-12)

También destaca dos áreas específicas en las cuales la IA puede apoyar

la gobernanza corporativa: la capacidad de procesar grandes volúmenes de datos y presentarlos de manera conversacional, así como la medición precisa de resultados. «Ambos redundan en una mayor transparencia y divulgación: ejes fundamentales para una mejor gobernanza». [...]

Así, la Inteligencia Artificial puede ponerse al servicio de la lucha contra la corrupción en el mundo empresarial, la gestión de riesgos, la implementación de sistemas de *compliance* y otras funciones importantes para mejorar el gobierno corporativo. (Panizo, 2024, párrs. 13-14)

De cara al futuro:

no hay duda de que la IA ofrece un potencial significativo para el desarrollo socioeconómico de nuestro país. El desarrollo exitoso de la IA se beneficia enormemente de la disponibilidad de datos variados, y en este sentido, Perú, con su rica diversidad cultural, lingüística, gastronómica, climática y de biodiversidad, tiene una oferta invaluable. No obstante, el éxito dependerá de nuestra capacidad para superar retos actuales, con inversiones inteligentes en

educación, infraestructura y políticas públicas que promuevan una integración ética y efectiva de la IA.

La IA es probablemente una de las tecnologías más disruptivas y definitivamente va a generar cambios profundos en cómo vivimos. A pesar de las preocupaciones sobre los cambios que esta tecnología provocará, podemos prepararnos y ver a la IA como una vía para reimaginar nuestro futuro. Es un desafío que invita a la audacia, la adaptación y la evolución. A medida que Perú avanza en este viaje hacia la transformación digital, la adopción consciente y estratégica de la IA puede bien ser el catalizador que nos impulse hacia un futuro próspero y sostenible. (Espezúa, 2024, párrs. 5-6)

De acuerdo con Gaspar (2024), nuestro país:

padece de una amplia brecha digital, que engloba la ausencia de competencias digitales tanto por parte de las y los administrados, como de la Administración Pública. Lo cual se convierte en un obstáculo a tener en cuenta para la implementación de herramientas de IA en las entidades públicas.

De esta forma, saludamos que la iniciativa reconozca la potencialidad de la IA para mejorar la efectividad del servicio público. No obstante, para su correcta aplicación, su planteamiento debe diferenciar, de un lado, los distintos procedimientos administrativos y entidades de la Administración Pública. De otro lado, debe diferenciar y esclarecer cómo se llevaría a cabo su implementación en el ámbito de los servicios públicos e indicar las salvaguardas necesarias para el uso ético de la IA [y respetuoso con los derechos fundamentales].

Sumado a ello, la propuesta debe realizarse de forma progresiva e ir acompañada de políticas públicas orientadas al desarrollo de las competencias digitales para la ciudadanía y para quienes trabajan en la Administración Pública. Solo de esta manera podrá la propuesta ir más allá de una mera declaración de intereses y convertir a las herramientas de IA en un aliado para la gestión pública. (párrs. 13-15)

11. CARÁCTER VINCULANTE DE LOS PUNTOS GENERALES DE LA DIRECTRIZ EN ESTE ESTUDIO COMPARATIVO

Creemos que, para poder analizar correctamente este estudio comparativo, es esencial observar la realidad comparativa global adicional. Nos referimos a los siguientes puntos, que hemos denominado directrices globales. A continuación, procedemos a indicarlos y a desarrollar su justificación.

11.1. La inteligencia artificial no es la mejor solución en todos los casos

El efecto de la IA en la sostenibilidad en general y en el consumo de energía en particular no tiene una dirección clara en la bibliografía y es plausible en ambas direcciones (negativa y positiva). A la vista de los resultados presentados, el efecto parece depender en gran medida de la estructura industrial/tecnológica de la región. Las regiones especializadas en industrias «sucias» aumentan su consumo de energía gracias a la aplicación de conocimientos de IA en la región. Por otro lado, la centralidad de una región tiene un efecto moderador decreciente sobre la influencia de la IA en el consumo de energía. La especialización en tecnologías verdes no modera significativamente el efecto de la IA. La densidad de parentesco de una región con IA y tecnologías verdes tiene un efecto moderador decreciente. La pluralidad de estos resultados en todas las direcciones (sin efecto, creciente y decreciente) demuestra que el efecto de la IA depende en gran medida de las circunstancias correspondientes. Así pues, no es aconsejable un enfoque de escopeta de feria para conceder subvenciones a la IA cuando se centra en la sostenibilidad medioambiental en general y en el consumo de energía en particular. En lugar de ello, los fondos deberían especializarse en regiones concretas que aprovechen al máximo los conocimientos de la IA para reducir el consumo de energía industrial y, en general, abordar los retos sociales del cambio climático (Kopka y Grashof, 2022).

En este contexto, parece importante, en particular para los responsables políticos, seguir un enfoque holístico que no solo tenga en cuenta las posibles ganancias de productividad, sino también las posibles pérdidas en términos de aumento de la desigualdad y el consumo de energía (Kopka y Grashof, 2022).

No obstante, suponemos que nuestros indicadores siguen siendo una aproximación suficiente para el alcance de este análisis, pero futuras investigaciones deberían trabajar en la generación de nuevos datos sobre el uso de la IA y las tecnologías verdes a nivel de empresa. Por último, la clasificación regional ha tenido en cuenta variables alternativas, como la disponibilidad de talento en IA (por ejemplo, sobre la base de graduados/investigadores en este campo podría tenerse en cuenta en futuros estudios para obtener una representación más sólida del sistema de innovación regional correspondiente). A pesar de estas limitaciones, se aprecia la contribución a una importante laguna en el campo de la investigación sobre IA y ofrece una contribución pragmática (principalmente para los actores políticos) al demostrar que la IA puede, dependiendo de las circunstancias regionales, ser parte del problema o parte de la solución en la transición hacia la sostenibilidad ambiental (Kopka y Grashof, 2022).

11.2. La importancia de predecir los indicadores de sostenibilidad

Cada vez se reconoce más que el valor esencial del término «sostenibilidad» o «desarrollo sostenible» reside en su énfasis en unificar las dimensiones relevantes, de las cuales las medioambientales, económicas y sociales son clasificaciones comunes. En nuestros esfuerzos por hacer operativo el desarrollo sostenible, los indicadores e índices son indispensables para crear una comprensión científica y dar forma a la política. A medida que avanza el futuro, estas métricas deben seguir evolucionando en complejidad y matices para seguir el ritmo de las exigencias de los crecientes problemas medioambientales y socioeconómicos (Wu, 2012).

11.3. Luces y sombras de la legislación sobre inteligencia en la Unión Europea

El análisis giró en torno a los retos medioambientales de la IA, distinguiendo los casos ilícitos del riesgo de infrautilización de las tecnologías de IA para la protección de nuestro planeta. Así, se insistió en un doble problema, a saber, cómo equilibrar las oportunidades y las amenazas de la IA a través de regulaciones *top-down*, como las AAI; y cómo equilibrar dichas regulaciones desde el principio de integración del derecho

constitucional de la UE. Esto dio lugar a diferentes niveles de protección de los derechos fundamentales consagrados en la legislación de la UE. Frente a los riesgos directos para la seguridad humana y la prohibición de determinados usos de las tecnologías de IA, la protección de derechos como el derecho a la mejora de la calidad del medio ambiente en virtud del artículo 37 del TFUE implica una «mayor discrecionalidad» para los legisladores. Es probable que este doble rasero de protección se agrave en los próximos años con los impresionantes avances de las tecnologías de IA. En la falta de preocupaciones medioambientales por el uso de la IA en las recientes propuestas de la Comisión Europea, por ejemplo, la IAA puede entenderse como un subproducto de la forma en que se organiza la legislación dentro de las instituciones de la UE y las tendencias actuales entre instituciones, grupos de reflexión y grupos de expertos y académicos, más atraídos por las amenazas centradas en el ser humano de la IA que por los retos medioambientales de la tecnología (Pagallo *et al.*, 2022).

Desde un punto de vista filosófico, consideramos que esta postura centrada en el ser humano es miope, o incluso errónea, añadiendo, desde un punto de vista práctico, cuatro recomendaciones que pretenden ser puntos de acción que deberían tener en cuenta los legisladores. Corresponden a los diversos problemas de coordinación que plantean las iniciativas legislativas actuales, como la IBA, debido a su propio enfoque humanocéntrico (Pagallo *et al.*, 2022).

11.4. El papel de la inteligencia artificial en la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible

Nos encontramos en un momento decisivo para el futuro de la IA. Es esencial que la ciencia impulse un debate mundial a fin de desarrollar una legislación y unos principios que sean compartidos entre naciones y culturas para dar forma a un futuro en el que la IA contribuya positivamente a la consecución de los ODS. Las opciones actuales para desarrollar una IA respetuosa con el desarrollo sostenible para 2030 tienen el potencial de desbloquear beneficios que podrían ir mucho más allá de los ODS en nuestro siglo. Los actores de todas las naciones deberían

estar representados en este diálogo, para asegurar que nadie se quede atrás. Por otro lado, posponer o no mantener esta conversación podría dar lugar a un futuro desigual e insostenible alimentado por la IA (Vinuesa *et al.*, 2020).

11.5. Insólito. La gobernanza no contempla puntos de la Agenda 2030 en sus 17 objetivos

Llegados a este punto, cabe señalar que la Agenda 2030 adopta una naturaleza de compromiso con la sostenibilidad. Sin embargo, cabe destacar que solo se abordan expresamente los objetivos 14, 15, 16 y 17. Así tenemos respectivamente: (i) conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; (ii) proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de forma sostenible los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad; (iii) promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles; (iv) fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.

Sin embargo, es sumamente preocupante que la gobernanza no haya sido considerada como el principal aspecto y eje de la lectura y atención de los puntos urgentes de la Agenda 2030. Del mismo modo, es sorprendente que estos puntos, que consideramos de primer orden, tampoco hayan sido considerados. Estos son: (i) contaminación minera, (ii) ciudades inteligentes, (iii) traslado de asuntos ambientales a sede judicial, (iv) nuevos principios ambientales, (v) inteligencia artificial, (vi) codificación, (vii) gobernanza, (viii) mejor derecho a un medio ambiente sano y saludable, (ix) inclusión de derechos adicionales, (x) formación y sensibilización, (xi) desplazados medioambientales, (xii) justicia ambiental, (xiii) interdisciplinariedad, (xiv) interinstitucionalidad, (xv) residuos contaminantes, (xvi) pérdida de bosques en la Amazonía, (xvii) minería artesanal, (xviii) conservación marina.

11.6. Las graves deficiencias de la Agenda 2030

En este sentido tenemos: (i) los puntos de la Agenda 2030 no están seleccionados de forma apropiada; (ii) no hubo un diagnóstico situacional previo para su determinación, ni un orden de prioridad; (iii) la existencia de una mayoría académica, profesional, de especialización, de ejecución, y de falta de conocimiento y compromiso con la temática correspondiente por parte de los actores protagónicos; (iv) los resultados del avance de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 son un fracaso; (v) la implementación de la Agenda 2030 es muy difícil de lograr para el 2030, si no imposible; (vi) es inaceptable que se tengan que analizar los 17 puntos de la agenda (como justificación fallida), desde la perspectiva de los graves efectos del coronavirus; (vii) estamos a mitad de camino (2024), han pasado nueve años y no hay avances convincentes y mayoritarios; (viii) lo único que les queda a los integrantes de la Agenda 2030 es ponerse a trabajar intensa y comprometidamente, ya que en el 2030 no podrán volver a justificarla con la excusa del COVID-19; (ix) la evaluación de los resultados desagregados, objetivo por objetivo, se torna desaprobatoria; (x) además de la falta de voluntad política de los países miembros de la Agenda 2030, es muy doloroso concluir que el verbo rector de los compromisos de esta no es: «está obligado o comprometido», sino más bien: «se invita». En consecuencia, se hace imposible aplicar el principio *pacta sunt servanda*, es decir, hacer cumplir lo pactado o acordado. Por ello, el estrepitoso fracaso de la Agenda 2030; (xi) la diplomacia viene participando activa y asertivamente en el desarrollo de diferentes espacios de intercambio, trabajo en red y aprendizaje sobre la localización de los objetivos de desarrollo sostenible.

Por consiguiente, sugerimos: más que un mayor compromiso y voluntad política para establecer el cumplimiento obligatorio de la Agenda 2030, la redefinición urgente y precisa de sus puntos. Así como capacitación y sensibilización a los actores de la Agenda 2030 en temas de gestión pública (buena fe de la administración, valor público, entre otros) y derechos fundamentales (a la paz y la tranquilidad, a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, al libre desarrollo, a un medio ambiente sano, al bienestar y la seguridad de las generaciones futuras, entre otros).

12. CONCLUSIONES

Se puede observar que tanto la India como el Perú se encuentran en escenarios iniciales, expectantes, con una necesidad urgente de aplicar la inteligencia artificial a las políticas estatales, la gestión pública y la gobernanza en el sector medioambiental.

La India se encuentra en una situación de mayor avance y urgencia que Perú. Esto en vista de su mayor necesidad de enfrentar la crisis ambiental que la azota por ser el país más poblado del mundo.

Sin embargo, existen puntos en común que podrían aprovecharse entre ambos países, debido a su precario estado de implantación de la inteligencia artificial en el sector estatal y, por tanto, en el medioambiental.

13. SUGERENCIAS

Se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones, tanto para Perú como para la India:

- Oportunidades derivadas del avance de la IA y de la creciente disponibilidad de datos medioambientales.
- Importancia de las asociaciones intersectoriales entre el mundo académico, la industria, los gobiernos y las ONG.
- Potencial de la IA para configurar el desarrollo sostenible global mediante la optimización de los recursos, el diseño resiliente y la previsión medioambiental.
- La urgente implementación de políticas públicas de inteligencia artificial en el escenario medioambiental.
- La estricta observancia de los puntos directrices globales en el presente estudio comparativo.
- Preocupaciones éticas y sesgos. (i) Necesidad de marcos transparentes que regulen el uso de datos, privacidad, impactos en la comunidad; (ii) mitigación de los sesgos de los datos y los algoritmos para obtener resultados equitativos.
- Disponibilidad y calidad de los datos: (i) el acceso a datos medioambientales de calidad es complicado, especialmente en zonas remotas;

- (ii) promover el intercambio de datos, el acceso abierto y las iniciativas de ciencia ciudadana.
- Política y gobernanza: (i) desarrollo de normativas para el uso responsable de la IA en contextos medioambientales; (ii) armonización de los marcos jurídicos para facilitar los esfuerzos de conservación transfronterizos.
 - El desarrollo responsable y ético de la IA tiene un poder transformador para armonizar las necesidades humanas con la preservación del medio ambiente a través de la monitorización, la predicción, la optimización y las soluciones sostenibles si se logran esfuerzos colectivos, el intercambio de datos y la integración interdisciplinar.
 - Para garantizar la integración responsable y sostenible de la IA en la consecución de los ODS, es crucial abordar las lagunas en la investigación, promover la resiliencia a los cambios que permite la IA y dar prioridad a las soluciones de IA localizadas para las regiones menos desarrolladas económicamente. Garantizar la supervisión reglamentaria, las normas éticas y el desarrollo equitativo de la IA son pasos esenciales para aprovechar su potencial a fin de avanzar hacia los objetivos de desarrollo sostenible, al tiempo que se mitigan los impactos adversos y se promueve el bienestar de la sociedad.

REFERENCIAS

- Adewuyi, A. Y., Anyibama, B., Adebayo, K. B., Kalinzi, J. M., Adeniyi, S. y Wada, I. (2024). Precision agriculture: Leveraging data science for sustainable farming. *International Journal of Science and Research Archive*, 12(02), 1122-1129. <https://doi.org/10.30574/ijrsra.2024.12.2.1371>
- Badi, S. (2025). Leveraging artificial intelligence for sustainable transportation planning in smart cities. https://www.researchgate.net/publication/388485394_Leveraging_Artificial_Intelligence_for_Sustainable_Transportation_Planning_in_Smart_Cities

- Cesarin, S. (2023). India: competencia tecnológica e impactos sociales esperados en IA. En *Anuario en Relaciones Internacionales 2023*. <https://www.iri.edu.ar/index.php/2023/09/25/31309/>
- Elassy, M., Al-Hattab, M., Takruri, M. y Badawi, S. A. (2024). Intelligent transportation systems for sustainable smart cities. *Transportation Engineering*, 16, 100252. <https://doi.org/10.1016/j.treng.2024.100252>
- Espezúa, S. (2024, 11 de abril). La inteligencia artificial en Perú: una oportunidad de desarrollo. *CIUP*. <https://ciup.up.edu.pe/analisis/soledad-espezua-la-inteligencia-artificial-en-peru-una-oportunidad-de-desarrollo/>
- Francisco, M. y Linnér, B.-O. (2023). AI and the governance of sustainable development. An idea analysis of the European Union, the United Nations, and the World Economic Forum. *Environmental Science & Policy*, 150, 103590. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2023.103590>
- Gaikwad, M. S. (2024). The role of artificial intelligence in advancing climate change research. *International Journal for Research in Applied Science and Engineering Technology*, (6), 555-556. <https://ouci.dntb.gov.ua/en/works/4ba2eqZ7/>
- Gaspar, R. (2024, 13 de febrero). ¿Uso obligatorio de la Inteligencia Artificial en entidades públicas? Una propuesta con muchas carencias. *Hiperderecho*. <https://hiperderecho.org/2024/02/uso-obligatorio-de-ia-en-entidades-publicas/>
- Gupta, D. K., Pagani, A., Zamboni, P. y Singh, A. K. (2024). AI-powered revolution in plant sciences: advancements, applications, and challenges for sustainable agriculture and food security. *Explor Foods and Foodomics*, 2, 443-459. <https://doi.org/10.37349/eff.2024.00045>
- Koldunov, N., Rackow, T., Lessig, C., Danilov, S., Cheedela, S. K., Sidorenko, D., Sandu, I. y Jung, T. (2024). *Emerging AI-based weather prediction models as downscaling tools*. <https://www.semanticscholar.org/reader/eec79fb0008107537578e3c01a7318f667106d1b>
- Kopka, A. y Grashof, N. (2022). Artificial intelligence: Catalyst or barrier on the path to sustainability? *Technological Forecasting & Social Change*, 175. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2021.121318>

- Melinda, V., Williams, T., Anderson, J., Davies, J. G. y Davis, C. (2024). Enhancing waste-to-energy conversion efficiency and sustainability through advanced artificial intelligence integration. *International Transactions on Education Technology*, 2(2), 183-192. <https://doi.org/10.33050/itee.v2i2.597>
- Mirindi, D. (2024). A review of the advances in artificial intelligence in transportation system development. *Journal of Civil, Construction and Environmental Engineering*, 9(3), 72-83. <https://doi.org/10.11648/j.jccee.20240903.13>
- Muchokore, F. y Kaur, G. (2024). Integration of artificial intelligence into sustainable development goals in India. *International Journal of Scientific Research in Engineering and Management*, 8(07), 1-14. <https://ijsrem.com/download/integration-of-artificial-intelligence-into-sustainable-development-goals-in-india>
- Nahar, S. (2024). Modeling the effects of artificial intelligence (AI)-based innovation on sustainable development goals (SDGs): Applying a system dynamics perspective in a cross-country setting. *Technological Forecasting and Social Change*, 201, 123203. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162523008880>
- Nilekani, N. y Bhojwani, T. (2023). *Inteligencia artificial para desbloquear el potencial de India*. Fondo Monetario Internacional. <https://www.imf.org/es/Publications/fandd/issues/2023/12/POV-unlocking-india-potential-with-AI-Nilekani-Bhojwani>
- Obaid, A. y Hamdi, I. (2024). Using drones for environmental monitoring in ecotourism to prevent ecological harm. *SRC'24 Ecosystem and Biodiversity-Centric Nature-Based Solutions for Developmental Projects*, 58-65. <http://dx.doi.org/10.12785/src/1571087453>
- Ojokoh, B. A., Samuel, O. W., Omisore, O. M., Sarumi, O. A., Idowu, P. A., Chimusa, E. R., Darwish, A., Adekoya, A. F. y Katsriku, F. A. (2020). Big data, analytics and artificial intelligence for sustainability. *Scientific African*, 9, e00551. <https://doi.org/10.1016/j.sciaf.2020.e00551>

- Pagallo, U., Sciolla, J. C. y Durante, M. (2022). The environmental challenges of AI in EU law: lessons learned from the Artificial Intelligence Act (AIA) with its drawbacks. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 16(3), 359-376. <https://doi.org/10.1108/tg-07-2021-0121>
- Panizo, P. (2024, 4 de marzo). Inteligencia Artificial: ¿cómo puede impulsar la sostenibilidad en las empresas? *Comunidad ESG*. <https://especial.gestion.pe/comunidadesg/2024/03/04/inteligencia-artificial-como-puede-impulsar-la-sostenibilidad-en-las-empresas/>
- Platon, V., Pavelescu, F.-M., Antonescu, D., Constantinescu, A., Frone, S., Surugiu, M., Mazilescu, R. y Popa, F. (2024). New evidence about artificial intelligence and eco-investment as boosters of the circular economy. *Environmental Technology & Innovation*, 35, 1-16. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352186424001615>
- Selvalakshmi, V., Ovais, D., Bhatia, S. y Gayathri, S. (2024). Artificial intelligence for social good, disaster relief, poverty alleviation, and environmental sustainability. En S. Tripathi y J. Rosak-Szyrocka (eds.), *Impact of artificial intelligence on society* (pp. 156-173). Chapman and Hall/CRC. <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.1201/9781032644509-11/artificial-intelligence-social-good-disaster-relief-poverty-alleviation-environmental-sustainability-selvalakshmi-durdana-ovais-shubhra-bhatia-gayathri>
- Tripathi, S. y Rosak-Szyrocka, J. (eds.). (2024). *Impact of artificial intelligence on society*. Chapman and Hall/CRC.
- United Nations Environment Programme (2022, 7 de noviembre). *How artificial intelligence is helping tackle environmental challenges*. <https://www.unep.org/news-and-stories/story/how-artificial-intelligence-helping-tackle-environmental-challenges>
- Vinuesa, R., Azizpour, H., Leite, I., Balaam, M., Dignum, V., Domisch, S., Felländer, A., Langhans, S. D., Tegmark, M. y Nerini, F. F. (2020). The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. *Nature Communications*, 11(1), 1-10. <https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y>

Wilson, C. y Van der Velden, M. (2022). Sustainable AI: An integrated model to guide public sector decision-making. *Technology in Society*, 68, 1-11. <https://ideas.repec.org/a/eee/teinso/v68y2022ics0160791x22000677.html>

Wu, J. (2012). Sustainability indicators and indices: an overview. En C. N. Madu y C.-H. Kuei (eds.), *Handbook of sustainable management* (pp. 65-86). Imperial College Press.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Reglamento de la Ley n.º 31814, Ley que Promueve el Uso de la Inteligencia Artificial en Favor del Desarrollo Económico y Social del País. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7244212/6197119-nuevo-proyecto-de-reglamento-ley-31814.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Recojo o adquisición: Rahul Goyal.

Análisis o interpretación de datos para el trabajo o la concepción o diseño del trabajo: Jorge Isaac Torres Manrique, Kyvalya Garikapati y Rahul Goyal.

Redacción del trabajo o su revisión crítica al contenido intelectual importante: Jorge Isaac Torres Manrique y Kyvalya Garikapati.

Aprobación final de la versión que se publicará: Jorge Isaac Torres Manrique.

Agradecimientos

Los autores agradecen a la *Revista Oficial del Poder Judicial* del Perú.

Biografía de los autores

Kyvalya Garikapati es decana (académica), profesora asociada de la Facultad de Derecho KIIT, Bhubaneswar, India; así como doctora en Derecho por la Universidad Acharya Nagarjuna, Andhra Pradesh, India. Posee una experiencia docente de dieciocho años en el campo del derecho constitucional y el derecho administrativo. Asimismo, ha publicado varios trabajos indexados en Scopus y es coautora de un libro sobre derecho administrativo.

Jorge Isaac Torres Manrique es consultor jurídico. Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Abogado de la Universidad Católica de Santa María, doctor en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Autor, coautor, director y codirector de más de ciento cincuenta libros y tratados en diversas ramas del derecho, con énfasis en derechos fundamentales e interdisciplinariedad, publicados en dieciocho países. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá.

Rahul Goyal es estudiante del último curso de Licenciatura en Derecho (IPR Honors) en la Facultad de Derecho KIIT, especializado en Derechos de Propiedad Intelectual. Ha adquirido una amplia experiencia a través de prácticas en importantes bufetes de abogados especializados en propiedad intelectual y derecho de sociedades, como K&S Partners, TMT Law Practice, IP Quad Partners y Areness Associates LLP. Ha redactado más de quinientas solicitudes de patentes y tiene experiencia en derecho de marcas, derecho de sociedades y protección de datos. Es auditor principal de ISO/IEC 27001: 2022 y posee certificaciones en PrivacyOps, FinTech Law y Web3 Fundamentals. Sus investigaciones se han publicado en prestigiosas revistas como *Manupatra*, *The IP Press* e *Indian Journal of Law and Legal Research*. Ha logrado el reconocimiento como subcampeón en el Concurso Nacional de Redacción de Patentes 2024 y fue preseleccionado para el 1.º Maratón Jurídico Virtual de la India sobre ESG. Contribuye activamente al discurso jurídico a través de su boletín «CryptoLaw Hub».

Correspondencia

info@praeeminentiaiustitia.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 113-148

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1144>

Función social de la propiedad: ¿un caso de mutación constitucional en el Perú?

The social function of property: A case of constitutional mutation in Peru?

Função social da propriedade: um caso de mutação constitucional no Peru?

FRANKLIN GREGORIO GUTIÉRREZ MERINO

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: franklin.gutierrezm@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0009-0000-1215-3061>

FELIPA ELVIRA MUÑOZ-CCURO

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: felipa.munoz@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9572-1641>

ANA LUCÍA HEREDIA MUÑOZ

Universidad San Ignacio de Loyola
(Lima, Perú)

Contacto: ana.hereditam@epg.usil.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7431-502X>

RESUMEN

El Estado liberal exaltó que el derecho de propiedad otorga los atributos de usar, disfrutar y disponer de un bien. Pero, a partir de 1911, León Duguit introdujo el concepto de función social de la propiedad para

referir que el propietario no solo debe buscar su satisfacción individual, sino también la satisfacción de la colectividad.

Desde su irrupción, la función social de la propiedad fue acogida en las constituciones de diferentes Estados. Sin embargo, el constituyente del Perú de 1993 se apartó conscientemente de ello, y fue así que el artículo 70 de nuestra carta política solo contempló que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y, hasta la fecha, dicho texto se mantiene invariable. Por consiguiente, el primer objetivo de la investigación es analizar la validez de la función social de la propiedad como una categoría jurídica universal del derecho constitucional.

La metodología ha incluido la revisión de dos sentencias del Tribunal Constitucional de España y cuatro sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la propiedad. Además de ello, se examinaron cinco sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que este órgano interpretó que el artículo 70 de la Constitución debe entenderse —más allá de su semántica— como una referencia a la función social de la propiedad. Esta labor interpretativa aparejó la oportunidad de estudiar otra institución del derecho constitucional, como es la mutación constitucional, para lo cual se revisaron treinta y seis artículos científicos.

Todo ello permitió encontrar que la función social de la propiedad está presente en las constituciones y la jurisprudencia de los tribunales porque responde a una realidad social. Como conclusiones, no solo se validó el concepto de función social de la propiedad, sino que se aceptó que fue acertada la mutación constitucional del Tribunal Constitucional peruano respecto al artículo 70 de la Constitución de 1993.

Palabras clave: propiedad privada; bienestar social; mutación constitucional; derecho civil; derecho constitucional.

ABSTRACT

The liberal State emphasized that the right to property grants the attributes of using, enjoying, and disposing of an asset. However, beginning in 1911, Léon Duguit introduced the concept of the social function of property, asserting that the owner must not only seek personal satisfaction but also contribute to the well-being of the collective.

Since its introduction, the social function of property has been incorporated into the constitutions of various states. However, the Peruvian constituent assembly of 1993 deliberately departed from this approach, and thus, Article 70 of our Constitution merely states that property shall be exercised in harmony with the common good—a provision that remains unchanged to this day. Consequently, the first objective of this research is to analyze the validity of the social function of property as a universal legal category within constitutional law.

The methodology involved reviewing two rulings by the Constitutional Court of Spain and four rulings by the United States Supreme Court concerning property. In addition, five rulings by the Peruvian Constitutional Court were examined, in which the Court interpreted Article 70 of the Constitution—beyond its semantics—as a reference to the social function of property. This interpretative effort also allowed for the study of another constitutional law institution: constitutional mutation, for which thirty-six scholarly articles were reviewed.

These findings reveal that the social function of property is present in both constitutions and court jurisprudence because it responds to a social reality. The conclusions confirm not only the validity of the concept of the social function of property, but also support the Peruvian Constitutional Court's constitutional mutation with regard to Article 70 of the 1993 Constitution.

Key words: private property; social welfare; constitutional mutation; civil law; constitutional law.

RESUMO

O Estado liberal exaltou que o direito de propriedade confere os atributos de usar, gozar e dispor de um bem. Mas, a partir de 1911, León Duguit introduziu o conceito de função social da propriedade para referir que o proprietário não deve apenas buscar sua satisfação individual, mas também a satisfação da coletividade.

Desde o seu surgimento, a função social da propriedade foi acolhida nas constituições de diferentes Estados. No entanto, o constituinte do

Peru de 1993 se afastou conscientemente disso, e foi assim que o artigo 70 de nossa carta política apenas contemplou que a propriedade é exercida em harmonia com o bem comum e, até a data, tal texto se mantém inalterado. Portanto, o primeiro objetivo da pesquisa é analisar a validade da função social da propriedade como uma categoria jurídica universal do direito constitucional.

A metodologia incluiu a revisão de duas sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha e quatro sentenças da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a propriedade. Além disso, foram examinadas cinco sentenças do Tribunal Constitucional peruano nas quais este órgão interpretou que o artigo 70 da Constituição deve ser entendido — além de sua semântica — como uma referência à função social da propriedade. Esse trabalho interpretativo trouxe a oportunidade de estudar outra instituição do direito constitucional, como é a mutação constitucional, para a qual foram revisados trinta e seis artigos científicos.

Tudo isso permitiu encontrar que a função social da propriedade está presente nas constituições e na jurisprudência dos tribunais porque responde a uma realidade social. Como conclusões, não apenas se validou o conceito de função social da propriedade, mas também se aceitou que foi acertada a mutação constitucional do Tribunal peruano em relação ao artigo 70 da Constituição de 1993.

Palavras-chave: propriedade privada; bem-estar social, mutação constitucional; direito civil; direito constitucional.

Recibido: 16/2/2025
Aceptado: 19/6/2025

Revisado: 27/3/2025
Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

Es plausible admitir que, desde la concepción de un Estado liberal de derecho (Copelli y Morais, 2022), la propiedad puede ser utilizada por su titular para beneficio propio (propiedad liberal); es decir, un derecho subjetivo pleno (Baciero, 2017; Jacobsen, 2020). De esta teoría surgen los clásicos atributos de la propiedad, tales como el usar, el disfrutar y el disponer de un bien (casi siempre relacionados con un bien mueble o inmueble). Sin embargo, concordamos con la historiadora del derecho, Jordán (2020), respecto a que la crisis del liberalismo y el surgimiento del Estado social trajeron nuevas concepciones sobre la propiedad y, específicamente, sobre su función social (lo que, a su vez, generó varios tipos de propiedades).

Diversos autores, entre los que se encuentra Henao (2023), otorgan la autoría de este pensamiento social al francés Léon Duguit. Así, Henao ubica el nacimiento de la teoría de la función social de la propiedad (Babie y Viven-Wilksch, 2019) entre los años anteriores a la Primera Guerra Mundial y los iniciales años posteriores a dicha guerra; se tiene como escenario a una Europa sufriendo una crisis alimentaria por la disminución de las tierras de cultivo, el apogeo de la industria bélica (por encima de la agricultura), la pérdida posguerra de millones de seres humanos y el impacto en la valoración de la propiedad (Azzam *et al.*, 2024).

Sobre la función social de la propiedad se ha ocupado el Tribunal Constitucional de España en las STC 111/1983 y 37/1987 (Rodarte, 2020; Sarrión, 2017). También la Corte Suprema de Estados Unidos ha emitido pronunciamiento en los casos *Campbell vs. Holt*, *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell*, *Mugler vs. Kansas*, entre otros. En el Perú, el artículo 70 de su Constitución Política no acoge el postulado de la función social de la propiedad (Babie y Viven-Wilksch, 2019), pero ha sido su Tribunal Constitucional el que —en el desarrollo de su jurisprudencia— ha interpretado que la función social de la propiedad sí se encuentra presente en dicho texto constitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano se enmarcan en el instituto jurídico de la mutación constitucional, lo cual ocurre cuando

el texto constitucional se mantiene semánticamente inalterable, pero con una interpretación nueva o distinta. Entre estas sentencias, que le dan una reinterpretación al artículo 70 de la Constitución peruana, se pueden citar las siguientes: STC n.º 00008-2003-AI/TC, STC n.º 00048-2004-AI/TC, STC n.º 00228-2009-AA/TC, STC n.º 06251-2013-PA/TC y STC n.º 0014-2015-PI/TC.

Con todo lo expuesto, el primer objetivo de esta investigación es confrontar la validez de la función social de la propiedad como una categoría jurídica del derecho constitucional; y, como segundo objetivo, determinar si existe legitimidad en la utilización de la mutación constitucional por parte del Tribunal Constitucional peruano. La investigación, desde el lado teórico, se justifica porque no se han encontrado antecedentes respecto de una exploración científica que abarque estas dos categorías (función social de la propiedad y mutación constitucional). Asimismo, la investigación es relevante desde el punto de vista social porque se estima que podrá coadyuvar a mejorar la buena convivencia entre el titular de un derecho de propiedad y las demás personas (Gregory, 2013).

La investigación, como ya se dejó entrever, abarca dos categorías de estudio: la función social de la propiedad y la mutación constitucional. Para la primera categoría se abordarán principalmente las constituciones de algunos países, los códigos civiles y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Para la mutación constitucional en el caso peruano, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también se analizarán las corrientes de pensamiento a favor y en contra de esta institución jurídica, expuestas en artículos científicos que han abordado la referida mutación.

2. APROXIMACIONES EN EL MUNDO SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Función social de la propiedad es una acepción que no es coetánea con el derecho civil de la propiedad, sino que nació mucho tiempo después. Siguiendo a Otárola (2024), esta teoría social conceptualiza que el propietario no solo debe utilizar los bienes para la satisfacción de sus necesidades individuales, sino también para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Desde que Duguit (1912) la introdujo como una categoría jurídica, la mayoría de los países la asimilaron al derecho constitucional y empezaron a incorporarla a sus textos constitucionales alentados —en mayor o menor medida— por su particular momento histórico o por los cambios en el orden mundial que ocurrieron desde los primeros años del siglo XX y que desencadenaron la crisis del Estado liberal (conflictos sociales, transiciones de gobiernos dictatoriales a gobiernos democráticos, guerras, fenómenos económicos, etcétera).

Por ejemplo, la función social de la propiedad privada y de la herencia está declarada expresamente en el artículo 33 de la Constitución de España de 1978 (Sarrión, 2017), la cual se dio poco tiempo después de la muerte de Francisco Franco en 1975 y cuando España viraba hacia un régimen de democracia representativa. La propia Constitución española encargó a la ley ordinaria la regulación de dicha teoría social y, con el transcurrir de los años, fue el Tribunal Constitucional español el que avanzó en el desarrollo jurisprudencial de lo que debe entenderse por función social de la propiedad.

La Constitución de Chile de 1833 también acogió el pensamiento social de la propiedad desde su reforma en 1967 por la Ley 16.615 (Valenzuela y Lobos, 2022). Por entonces, gobernaba Chile el conservador Eduardo Frei Montalva, quien postulaba el humanismo cristiano con clara tendencia a favor de las políticas sociales. El chileno De Rosas (2023) recuerda que la modificación constitucional en su país hizo posible que años después naciesen nuevos derechos reales, como el de la conservación ambiental (Ley 20.930 de 2016). Por este derecho real —y pensando en la colectividad— el propietario de un predio acuerda con una persona natural o jurídica la conservación del valor ambiental de su predio, pero manteniendo la propiedad o dominio de la finca o inmueble.

También la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 182) señala que la propiedad urbana debe cumplir una función social (Lobo y Muratori, 2015). Para Pasquale (2014), el caso brasileño es paradigmático para ilustrar lo que llama un «progresismo legislativo» en lo que se refiere a la propiedad privada. Esto es, en un contexto como el brasileño, donde escasean las zonas urbanas y abundan los sectores populares, la función social ha resultado importante para el acceso de dichos sectores a un

suelo urbano, generando normas que imponen deberes al propietario e, incluso, un sistema de control de dichos deberes y obligaciones que —en caso de ser incumplidas— podrían llevar a la expropiación del predio por el Estado.

Pero no se crea que este concepto de la función social solo se queda en el ámbito de la propiedad inmueble, su significado ha permitido extender el entendimiento del derecho a la propiedad más allá de los derechos reales (Otárola, 2024). Por ejemplo, basta con revisar legislación y conceptos básicos del derecho societario para darse cuenta de que la función social imprime a los directores de una empresa el deber de no anteponer los intereses individuales para lograr maximizar el valor de la porción de riqueza de los accionistas o propietarios de la empresa.

Incluso la función social de la propiedad también se encuentra presente en instrumentos internacionales, como bien lo apuntaron Alarcón *et al.* (2024), quienes aluden al Tratado de Marrakech de 2013, que —haciendo excepciones al derecho de autor y propiedad intelectual— permite que se reproduzcan obras en el sistema braille para facilitar el acceso a las personas invidentes.

Sin embargo, y a pesar de su ramificación entre las entrañas del derecho, el entendimiento del concepto de función social de la propiedad —como casi todas las categorías jurídicas— no ha sido lineal entre los países y un ejemplo de ello es el caso peruano. En el Perú, la función social de la propiedad estaba presente en sus constituciones de 1933 y de 1979, pero fue retirada —libre y conscientemente— por los constituyentes de la Constitución peruana de 1993.

A partir de aquí, entonces, se empezarán a estudiar comparativamente las constituciones de Perú y de otros países a fin de alcanzar el primer objetivo de la investigación, cual es verificar la validez de la función social de la propiedad como categoría del derecho constitucional. Dicho análisis comparativo también abarcará el estudio de los códigos civiles y de la jurisprudencia relevante.

3. MARCO CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

La Constitución Política de Perú de 1993 le ha dedicado un capítulo entero a la propiedad (capítulo III del Título III, sobre el Régimen

Económico). Pero, en lo extenso de los cuatro artículos constitucionales (del 70 al 73) dedicados a la propiedad, y las doscientas treinta y dos palabras utilizadas por la carta política peruana, no se emplea en lo absoluto la palabra «social» o «función social».

Así, el artículo 70, sin entrar a definirla, enuncia que la propiedad es inviolable y que está garantizada por el Estado. Este artículo se destaca por expresar que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y, además, que las expropiaciones obedecen a causas de seguridad nacional o necesidad pública (Marais, 2015). El artículo 71 se refiere a la propiedad de los extranjeros, mientras que el artículo 72 trata sobre las restricciones y las prohibiciones temporales a la adquisición, la posesión, la explotación y la transferencia de determinados bienes. Por último, el artículo 74 consagra que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

Como se podrá corroborar más adelante, el constituyente peruano de 1993 no quiso emplear la palabra «social» para poder diferenciarse de sus inmediatos antecesores, por cuanto el artículo 124 de la Constitución de 1979 sí establecía expresamente que la propiedad obligaba a usar los bienes en armonía con el interés social, mientras que el artículo 125 enumeraba que las expropiaciones podrían ocurrir por causas de necesidad y utilidad pública o «interés social». Por su parte, y retrocediendo aún más en el tiempo histórico, el artículo 34 de la Constitución peruana de 1933 también señalaba que la propiedad debía usarse en armonía con el «interés social», y su artículo 29 establecía que la privación de la propiedad solo era permitida por causa de «utilidad pública probada legalmente».

Ambos antecedentes constitucionales peruanos (1979 y 1933) fueron influenciados, seguramente, por la Constitución de Querétaro de 1917, la cual significó la culminación de la revolución mexicana y el nacimiento de un constitucionalismo social. El profesor Abat (2017) describe que este constitucionalismo social mexicano «abarca los principios y derechos de carácter social, los avances en derechos laborales; la nacionalización de los recursos naturales y la consolidación de la separación entre Estado y la Iglesia» (pp. 281-282). Fue la primera Constitución Política en el mundo que introdujo los derechos programáticos (incluso,

es anterior a la Constitución de Weimar de 1919, que también incluye el postulado del ejercicio de la propiedad en armonía con el interés social), y su influjo en el Perú (ya sea por la cercanía geográfica con México o por la simpatía que pudiesen haber despertado personajes como Pancho Villa o Emiliano Zapata en las gestas revolucionarias) tuvo gran repercusión en el pensamiento político peruano de inicios del siglo XX.

Comparando el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993 con el artículo 33 de la Constitución española de 1978, aparece una notoria diferencia; mientras que el texto español hace referencia expresa a la función social de la propiedad, el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993 evita en su texto la palabra «social» y opta por el «ejercicio en armonía con el bien común».

Este tratamiento diferenciado entre constituciones políticas podría poner en peligro la «categoría constitucional» o la «validez universal» del propio concepto de función social de la propiedad, y toda la tesis de León Duguit. Un axioma que pretendiese resaltar estas distancias entre las constituciones podría proponer que si dos o más países tratan marcadamente distinta a la función social de la propiedad, entonces dicho concepto (función social de la propiedad) no sería válido ni fundamental por falta de representatividad entre los ordenamientos jurídicos (Stern, 2013).

Con lo dicho en este punto, la pregunta que surge inmediatamente es si es que existe alguna diferencia entre el «bien común» que utiliza la Constitución peruana de 1993 y la «función social» que emplea la Constitución española de 1978 (Barbaro, 2023). Para responder a dicha interrogante, se ha recurrido al *Diario de los debates* de la Constitución peruana de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 1993) que, como fuente directa, permite conocer que para los constituyentes peruanos de 1993 los conceptos ya anotados («bien común» y «función social») no eran sinónimos y se diferenciaban claramente. Así, en el *Diario de los debates* del Congreso Constituyente peruano se aprecia que el capítulo referido a la propiedad en el proyecto de la Constitución peruana de 1993 fue sustentado ante el Pleno del Congreso Constituyente por Carlos Torres y Torres Lara (en ese entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento). La exposición de este constituyente no

tuvo un buen punto de partida, pues el texto que presentó ante el Pleno, y que habían trabajado las comisiones en instancia previa, no había contemplado en absoluto los conceptos de «interés social» o el de «bien común» ni ninguno otro similar.

A continuación, una breve historia acerca del artículo 70 de la Constitución.

3.1. El debate en el Congreso Constituyente peruano de 1993

El «olvido» del texto constitucional que había sido trabajado en las comisiones no pasó desapercibido para el Pleno del Congreso Constituyente de 1993. Apenas iniciado el debate respecto al capítulo de la propiedad, el constituyente Alex Kouri Bumachar, del Partido Popular Cristiano (PPC), intervino para recalcar que la propiedad tiene una función social, y reclamó la incorporación de dicho concepto en el texto de la Constitución. Incluso el constituyente Kouri Bumachar llegó a pronunciar —con una clara tendencia al iusnaturalismo—:

siempre hemos entendido, dentro de una correcta interpretación de la Doctrina Social de la Iglesia, que hay un destino universal de los bienes y un derecho natural derivado de la persona a tener una posesión, una propiedad privada sobre los bienes [...]

[...] creemos que este uso de los bienes, de la propiedad privada constituye, también, un mecanismo de respeto a sí mismo y de respeto al prójimo. Eso se da en un sentido de convivencia social, en el cual el uso de los bienes que uno detenta en aquel momento constituye patrimonio de todos. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 881)

En su mismo discurso, pero ya en un tono iuspositivista, el propio Kouri Bumachar explicó que la «omisión» u «olvido» del interés social en el texto constitucional conllevaría, por ejemplo, a la derogación tácita de la Ley n.º 24513 (la cual había declarado de preferente interés social el saneamiento de los pueblos jóvenes o asentamientos humanos, que eran lugares donde se agrupaban personas de escasos recursos que migraban

desde la sierra peruana hacia la costa, principalmente a Lima, ciudad capital) (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 882).

Carlos Ferrero Costa (Nueva Mayoría-Cambio 90), del bloque político oficialista, también planteó una tesis sobre la dualidad de la propiedad. Señaló que, en principio, los bienes están para que cualquiera pueda alcanzarlos (destino universal de los bienes); pero además conllevan que uno pueda ser, privadamente, propietario de algo para poder ser libre (continuación del margen de libertad individual) (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 887). En una parte de su disertación, aceptó que la propiedad no podía entenderse como un derecho absoluto y, por ello, era necesario que lleve un «apellido» («utilidad social», «función social», «bien común», «utilidad pública»).

Enrique Chirinos Soto (Renovación Nacional) también fue expreso al sostener que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social y, en un discurso muy breve, fue el autor de la propuesta para que el texto constitucional recoja que la propiedad deba usarse en armonía con el bien común porque «es la noción cristiana por excelencia, más que la función social» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 888). Dicha propuesta fue apoyada por Rafael Rey Rey (también de Renovación Nacional), quien recordó —en sentido de desaprobación— que el término «interés social» fue utilizado por el expresidente de la República Alan García Pérez (1985-1990) para intentar estatizar o nacionalizar la banca privada (experiencia que, finalmente, no llegó a concretarse).

Las críticas contra el proyecto de texto constitucional no solo provinieron de los sectores de la derecha, sino también de la izquierda peruana. Henry Pease García (Movimiento Democrático de Izquierda), por ejemplo, señalaba que el texto constitucional debería contener una disposición que diga que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 888). Pero la confrontación de ideas se hizo más evidente con la intervención de Gustavo García Mundaca (también del Movimiento Democrático de Izquierda), quien alzó la voz para sostener que se buscaba eliminar o preterir el término «función social» de la propiedad por los malos o falsos recuerdos que traía la Reforma Agraria de 1969 (durante la dictadura militar y como medida para frenar los latifundios) o por la mala invocación

del referido término («interés social») del expresidente Alan García Pérez para la estatización de la banca (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p. 894).

Finalmente, la Comisión de Constitución y Reglamento aceptó la propuesta del Pleno del Congreso Constituyente a fin de incluir un texto que enuncie que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Sometida a la votación del Pleno, la propuesta fue aprobada con cincuenta votos a favor y cuatro votos en contra, y llegó a convertirse en el actual artículo 70 de la Constitución peruana.

4. MARCO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Toca ahora realizar un análisis respecto de la norma más importante del segundo nivel: el Código Civil. El Código Civil peruano de 1984 define a la propiedad en su artículo 923 y señala que se trata de un poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Lo relevante (por no decir sorprendente) de esta disposición es que expresamente menciona que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. Entonces, por un lado, el Código Civil peruano de 1984 establece que la propiedad se ejerce en armonía con el interés social (en coherencia, también, con la Constitución peruana de 1979), pero la Constitución peruana de 1993 retrocedió respecto de la tesis social y empezó a señalar que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común.

Ha sido importante en párrafos anteriores remitirse al *Diario de los debates* del Congreso Constituyente Democrático del Perú de 1993 porque ello ha permitido conocer que, durante el debate constitucional, la propuesta de incluir la frase «bien común» en el texto constitucional era para diferenciarse de otros conceptos como el de «interés social», término que fue rechazado por los constituyentes peruanos. Específicamente, fueron los constituyentes de Renovación Nacional (Enrique Chirinos Soto y Rafael Rey Rey) los autores de la propuesta para incluir el término «bien común», la cual fue finalmente aceptada por el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento y por el Pleno de dicho Congreso Constituyente.

Por tanto, es válido admitir *prima facie* que el texto de la Constitución peruana de 1993 tenía un «espíritu» distinto y reformador a lo regulado por el Código Civil de 1984 y que, además, dicho espíritu constitucional (alejado de la función social) debería prevalecer en términos formales sobre el texto del Código Civil de 1984 (tanto por jerarquía normativa como por temporalidad). Ello, a su vez, debería propiciar que la función social de la propiedad que recoge el Código Civil peruano tenga que limitarse o replegarse bajo el concepto de «bien común» del texto constitucional peruano.

Sin embargo, como se verá más adelante, ello no llegó a consolidarse ni tampoco viene ocurriendo al momento en que se viene escribiendo este artículo, puesto que el Tribunal Constitucional peruano, desde hace algunos años, ha venido interpretando el artículo 70 de la Constitución Política del Perú (mutación constitucional) para abrazar de nuevo el postulado de la función social y le ha dado así un significado a la Constitución Política que va más allá de su semántica. Consiguientemente, el ejercicio de la propiedad en el Perú (materia del Código Civil) también contempla la función social.

Comparando el orden jurídico civil peruano con el de España, ya se había dicho que el artículo 33 de la Constitución española, en sus tres incisos, trata sobre la propiedad y, al igual que las cartas políticas peruanas de 1978 y 1993, la española tampoco contiene una definición de lo que es propiedad, lo cual también ha sido apuntado por Pérez (2016). Ello, a juicio de esta investigación, es acertado, por cuanto corresponde a la Constitución la consagración de la propiedad como uno de los derechos fundamentales, mientras que el rol de los códigos civiles es la regulación del ejercicio de dicho derecho. Así, el primer inciso del artículo 33 de la Constitución española únicamente enuncia que la propiedad y la herencia son reconocidas como derechos, mientras que el segundo inciso, de manera expresa, establece que la propiedad estará delimitada por la función social.

Habría que añadir que el Código Civil de España se remonta al Real Decreto del 24 de julio de 1889. Por su antigüedad, resulta evidente que dicho código ha sufrido varias modificaciones, pero, para fines de esta investigación, la más relevante es la que se refiere al artículo 348 (con

vigencia desde enero de 2022), que define a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Esto es, al igual que en el Código Civil peruano, el código español tampoco recoge el «carácter social» de la propiedad; pero, como se dijo anteriormente, el Código Civil está reservado para regular el ejercicio de la propiedad, mientras que la consagración del pensamiento social de la propiedad es una materia constitucional. En la misma línea, la STC 37/1987 del Tribunal Constitucional español aclara que la definición del Código Civil conceptualiza la propiedad como una figura jurídica de tipo abstracto. Mientras que una definición completa de propiedad debe tomar en cuenta los cambios que ha venido sufriendo tal instituto en general a partir del desarrollo de la función social.

5. MARCO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

5.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Ha quedado claro que función social y bien común no significan, objetivamente, lo mismo. Y así ha sido registrado en el *Diario de los debates* de la Constitución peruana de 1993. Sin embargo, como todo constructo jurídico, la hermenéutica —especialmente la interpretación del Tribunal Constitucional— ha jugado un rol importante para un mejor entendimiento sobre la función social de la propiedad. Incluso, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha realizado una mutación constitucional del texto del artículo 70 de la Constitución referida al derecho a la propiedad.

La mutación constitucional en el caso peruano se inició con la Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] n.º 00008-2003-AI/TC, caso «tarifas mínimas en el transporte», en la cual se puso como premisa que el Estado presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, según los artículos 3 y 43 de la Constitución de 1993, y citando a García Pelayo explicaba que este tipo de Estado no puede obviar ni los principios ni los derechos básicos como la libertad y la propiedad privada, sino que debe procurar la mayor efectividad de

ellos dotándolos de una base y un contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas ni contradictorias, sino que ambas tienen implicación recíproca (considerando 11). Más adelante, en tono filosófico, el Tribunal peruano expresó que el bien común del capítulo económico de nuestra Constitución es idéntico al interés de la sociedad; y llegó a apoyarse en la encíclica *Mater et magistra* (considerando 12).

Reforzando la mutación, en la STC n.º 00048-2004-AI/TC (caso «regalías mineras»), el Tribunal Constitucional peruano refirió que el Estado social y democrático de derecho implica velar por el bien común, esto es, intervenir para corregir las inequidades sociales (considerandos 12 y 13). Los considerandos 76 y siguientes reiteraron que la propiedad es una garantía institucional de la Constitución Política y que cuando el artículo 70 alude a que debe ejercerse en armonía con el bien común, es una referencia a la función social que el derecho de propiedad posee en su contenido esencial. En este punto, el Tribunal explica que la propiedad tiene una doble dimensión: por un lado, la obligación del Estado de proteger la propiedad; y, por otro lado, un conjunto de deberes y obligaciones que conlleva su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la nación.

En la STC n.º 00228-2009-PA/TC, caso Chiquitoy u «operación acordeón», el Tribunal —ampliando la mutación constitucional— dijo que la propiedad, *prima facie*, implica una garantía de indemnidad o inviolabilidad en el patrimonio de la persona. Pero, a su vez, no se trata de un concepto absoluto, pues se encuentra sujeto a limitaciones que impone el interés general. Precisa que dichas limitaciones nunca podrán sustituir a la persona humana como titular de la libertad, ni tampoco imponer trabas intensas que desconozcan la indemnidad del derecho a la propiedad.

En la STC n.º 06251-2013-PA/TC, caso «reserva de terreno para el Metro de Lima», el Tribunal peruano declaró infundada una demanda de amparo contra una ordenanza municipal que había prorrogado por diez años adicionales la reserva de un inmueble de propiedad de una empresa privada para que la municipalidad o gobierno local pueda ejecutar la construcción del proyecto de transporte conocido como «Metro

de Lima». La empresa demandante, titular del inmueble, consideraba que la ordenanza limitaba su derecho al uso del predio. En esta sentencia, el Tribunal estimó que la ordenanza no era desproporcionada, atendiendo a que la construcción del Metro de Lima había sido declarada de necesidad pública y era de gran envergadura. Priorizó, por tanto, la función social de la propiedad por encima del interés particular de la empresa titular del dominio del inmueble.

Finalmente, y consolidando la mutación constitucional, en la STC n.º 0014-2015-PI/TC, caso «Ley 29618 e imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado», el Tribunal trató sobre la propiedad de los bienes del Estado. En el Perú, el Estado es titular de los bienes de dominio público y de los bienes de dominio privado. En estos supuestos, el Tribunal reconoció que ambos tipos de bienes están destinados a obtener un fin social. En el caso de los bienes de dominio público el fin social es directo porque están destinados a un uso o servicio público (como las carreteras, vías férreas, playas, etcétera), mientras que en los bienes de dominio privado el fin social se presenta de forma indirecta, puesto que no están destinados al uso público, aunque el Estado sí ejerce una administración de carácter tuitivo. En esta oportunidad, el Tribunal volvió a señalar el doble carácter de la propiedad, aunque con alguna variante: la propiedad no solo es un derecho subjetivo o individual, sino también una institución objetiva portadora de valores y funciones.

5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

De otra parte, el Tribunal Constitucional español dictó la STC 111/1983 y la STC 37/1987, en las que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la propiedad. En el primer caso, fue debido a una ley sobre expropiaciones por razones de utilidad pública e interés social del Gobierno de la Nación y, en el segundo, sobre una ley de reforma agraria emitida por la Comunidad de Andalucía.

En el caso de la STC 111/1983, el Tribunal Constitucional de España señaló que el derecho de propiedad que está recogido en el artículo 33 de su Constitución es un derecho reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual y, además, que el derecho de

propiedad se vuelve un «derecho debilitado» cuando el bien común es mayor. Este afloramiento de la debilidad genera que el derecho de propiedad cambie o se convierta en su equivalente económico, lo cual legitima la expropiación.

Para el caso de la STC 37/1987, el Tribunal de España refirió que la Constitución Política de su país no reconoce el derecho a la propiedad privada únicamente como un haz de facultades individuales, sino —al mismo tiempo— como un conjunto de deberes y obligaciones que se establecen, según la ley, en atención a los valores o intereses de la colectividad. En tono epistemológico, el Tribunal español señaló que la función social debe ser entendida como parte integrante de la definición misma del derecho de propiedad; esto es, utilidad individual y función social definen el contenido del derecho de propiedad. Un último tema importante que abordó esta sentencia es que reconoce que existen diferentes finalidades sociales dependiendo de los distintos tipos de bienes sobre los que recae el derecho de propiedad, lo cual lleva a reconocer que existen diferentes tipos de propiedades con estatus jurídicos diversos.

5.3. La influencia de la jurisprudencia norteamericana en la distinción entre «propiedad constitucional» y «propiedad civil»

Con lo desarrollado hasta ahora va quedando claro que ya no puede hablarse de un solo tipo de propiedad, sino de que existen varios tipos de propiedades, y que tanto la Constitución Política como el Código Civil tienen un espacio propio y diferenciado para el tratamiento de esta. Abundando en el tema, Perú no es el único país en el que su Constitución Política consagra a la propiedad como un derecho fundamental sin llegar a definirlo, mientras que, en paralelo, su Código Civil se limita a regular el ejercicio de tal derecho. Similar escenario ocurre, por ejemplo, en Chile, en el cual el artículo 19.24 de su Constitución Política de 1980 garantiza la propiedad con función social y, de modo similar, su Código Civil de 1855 se encarga de regular el ejercicio de dicho derecho. Otárola (2024) llama a este fenómeno la «doble dimensión de la propiedad». Esto es, por un lado se trata de un instituto jurídico que la Constitución Política debe garantizar a todos los ciudadanos en armonía con el interés social,

mientras que la ley (Código Civil y otros cuerpos jurídicos de segundo nivel) debe regular las limitaciones y las obligaciones que se deriven de dicha función social.

Agrega la citada autora que los bienes que son objeto de propiedad no tienen un único fin, sino fines distintos; y ello es la razón para que aparezcan diferentes regímenes jurídicos a fin de dar respuesta a cada situación jurídica (más allá del Código Civil), ejercitando, a su vez, la función social. Razón por la cual no se puede hablar de propiedad (en singular), sino de propiedades (en plural).

Ocupándonos en específico de la dimensión constitucional de la propiedad en los países del *civil law* (como Perú, España, Chile y otros), es válido sostener que sus antecedentes provienen, paradójicamente, de las sentencias del *common law*, en específico, de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, finalmente, propiciaron enmiendas constitucionales o interpretaron las normas de su Constitución.

Para entender las sentencias de la Corte Suprema norteamericana es importante comprender el origen o nacimiento de los Estados Unidos. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos se remonta al 4 de julio de 1776, pero su Constitución fue sancionada el 17 de septiembre de 1787 (y entró en vigencia en 1789). El texto constitucional consta de siete artículos, los cuales se concentraron en la división de poderes y las reglas para conseguir el equilibrio entre dichos poderes (*check and balances*), así como en la forma de gobierno federalista. El artículo 7 previó que la Constitución inicie su vigencia una vez que haya sido ratificada por nueve de los trece Estados que conformaban, por entonces, la Unión. A quienes apoyaban la ratificación se les conocía como federalistas y a quienes no la apoyaban se les llamaba antifederalistas.

El principal argumento de los antifederalistas denunciaba que la Constitución no contemplaba ningún derecho civil básico y ello generaba desconfianza hacia la nueva forma de gobierno y el temor a que prosigan los mismos abusos que anteriormente había cometido la Corona británica, y contra los cuales habían luchado. Para contrarrestar dichos temores y desconfianzas fue importante la promesa de campaña federalista que pregonaba el «votar ahora, enmendar después» que, en resumen, era un compromiso de palabra de los federalistas para declarar

los derechos básicos una vez instalado el primer Congreso. La campaña federalista triunfó, se consiguió la ratificación de más de nueve Estados y se instaló el Primer Congreso; y, cumpliendo las promesas electorales, durante dicho Primer Congreso se aprobaron las primeras diez enmiendas constitucionales conocidas como *Bill of Rights* o Carta de Derechos.

Para esta investigación resulta importante la Quinta Enmienda Constitucional, la cual garantiza que la propiedad privada no puede ser incautada sin una justa compensación; esto es, permite la expropiación, pero contra el pago de una indemnización (Xu, 2019). Con el transcurso de los años se sucedieron otras enmiendas, entre las cuales destaca la Decimocuarta, que se remonta a 1868 (luego de la Guerra Civil entre 1861 y 1865) y es mayormente conocida por su regulación sobre la ciudadanía por nacimiento y para resolver los casos de segregación racial en las escuelas públicas. Pero, además de dichos temas, también contiene una regulación sobre la propiedad, específicamente la primera parte de la Decimocuarta Enmienda sostiene que ningún Estado puede privar a una persona de su propiedad.

La STC n.º 0008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional peruano (que como se recordará fue la primera en el Perú que habló sobre la función social de la propiedad) invocó el caso *Campbell vs. Holt*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (1885), en la que llegó a sostener que el concepto constitucional de propiedad es diferente y más amplio que en el derecho civil. Así, mientras en el derecho civil el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales que puedan ser susceptibles de valoración, en el derecho constitucional la propiedad se extiende a los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona (también susceptibles de apreciación económica).

Como recuerda Arribas (2023), el caso *Campbell vs. Holt* trataba de una disputa sobre el reclamo de tierras y esclavos por parte de Holt (hija) luego de la muerte de su madre. Sucedió que a la muerte de la causante Holt era aún menor de edad y su padre (Campbell) dispuso de todos los bienes, pero años más tarde Holt contrajo matrimonio y su padre murió; es así que el esposo de Holt demandó a quienes administraban los bienes de Campbell. Mendoza del Maestro (2013), comentando la sentencia de *Campbell vs. Holt*, destaca que la Corte Suprema de Estados

Unidos entendió que la propiedad se extiende *in totum*, esto es, tanto a los bienes materiales como inmateriales de una persona y que por ello tienen una estimación económica; agrega que mientras que en el Código Civil existe una lista *numerus clausus* de lo que se entiende por propiedad (artículo 881), en la Constitución se asemeja a una lista abierta.

Pero, además de *Campbell vs. Holt*, existen otras sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que pueden servir de antecedentes para la función social de la propiedad. Para entender mejor dichas sentencias es importante ubicarlas en un contexto histórico, esto es, existe un primer grupo de sentencias que fueron emitidas entre el año de vigencia de la Constitución Política y la ratificación de la Decimocuarta Enmienda (1790-1870, aproximadamente), y un segundo grupo que fueron emitidas después de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda.

Del primer grupo destaca la sentencia *Fletcher vs. Peck* (1810). En 1780 el Estado de Georgia firmó contratos de concesión de tierras estatales con la empresa La Yazoo Land, pero esta empresa estaba representada ocultamente por congresistas, senadores y jueces; lo que demostraba que la concesión de tierras no fue legítima y existieron casos de corrupción. En 1800, John Peck compró gran parte de las tierras a dicha empresa y en 1803 vendió las tierras a Robert Fletcher. Luego de que fuese descubierta la corrupción, la concesión para la venta de tierras fue anulada por ley estatal, lo que —en buena cuenta— llevó a que las compras de Fletcher también fueran anuladas. Fletcher decidió demandar a Peck y el caso llegó a la Corte Suprema, que le dio la razón a Peck porque consideró que este había adquirido las tierras de buena fe y porque, además, el artículo I, sección 10 de la Constitución, protege a los contratos privados. Si bien esta sentencia priorizó la propiedad individual, antes que la función social, resulta importante mencionarla porque dicha posición de los jueces supremos se mantuvo vigente hasta *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell* (1934), la cual permitió modificar las cláusulas de un contrato por necesidad pública.

Luego de la Gran Depresión de 1929, el Estado de Minnesota promulgó la Ley de Moratoria Hipotecaria (1933), que permitía extender el tiempo para que los deudores paguen sus obligaciones sobre propiedades a los prestamistas. Siegan (2017) cuenta que en virtud de dicha ley los

Blaisdell consiguieron una ampliación de tiempo para pagar sus deudas y un tribunal ordenó que paguen US \$ 40.00 al mes a favor de su acreedor (Home Building and Loan Association). Home llevó el caso a los tribunales porque consideraba que la Ley de Minnesota era inconstitucional. La Corte Suprema, interpretando el artículo 1, sección 10 de la Constitución, consideró que la Constitución no debía interpretarse de manera demasiado rígida y que la necesidad pública puede restringir los derechos privados. Esta sentencia se alejó del precedente *Fletcher vs. Peck* y, sin lugar a dudas, refleja en todo sentido el pensamiento social de la propiedad.

Para finalizar este apartado sobre algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se tiene a la sentencia *Mugler vs. Kansas* (1887), que fue emitida cuando ya había entrado en vigencia la Decimocuarta Enmienda. El Estado de Kansas emitió una legislación que prohibía la fabricación y venta de licores espirituosos, lo cual afectaba los derechos de propiedad y de empresa de *Mugler*. Sin embargo, la Corte Suprema le dio la razón al Estado de Kansas, puesto que la prohibición tenía por finalidad proteger la salud, la seguridad y la moral de la comunidad; lo que revela, precisamente, la supremacía del interés colectivo por encima del interés individual o de una empresa (Newman, 2004).

6. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Las modificaciones a la norma constitucional siguen, principalmente, dos caminos. El primero es el de la reforma constitucional a través del procedimiento que la propia Constitución de cada país prevé en su norma constitucional (los más comunes son, por ejemplo, votación con mayoría calificada, votación continua en dos o más legislaturas, referéndum, etcétera). El segundo camino es el de la interpretación constitucional sin modificar el texto constitucional, que se conoce como mutación constitucional.

Lo que ha ocurrido en el Perú, donde su Tribunal Constitucional ha interpretado el término «bien común» del artículo 70 de su Constitución para dirigirlo hacia la «función social de la propiedad», a pesar de que ello no fue la voluntad del constituyente que redactó la Constitución, es un caso de mutación constitucional.

Dicha experiencia peruana trae consigo la oportunidad de tratar sobre una característica que es inherente o propia de toda norma constitucional: la indeterminación de sus conceptos. Konrad Hesse, citado por Pedra (2012), señalaba que el carácter abierto de la Constitución necesita de la interpretación. La labor del intérprete, por tanto, se vuelve fundamental y una especie de bisagra entre la realidad social y el texto constitucional.

Los métodos de interpretación clásicos son muchos y no es objeto de esta investigación estudiar la clasificación de los métodos de interpretación constitucional. Pero, en dicha labor interpretativa de una disposición constitucional, más allá de los métodos de interpretación, surge otro debate (menos estudiado y que sí es objeto de esta exploración científica): el de interpretar la disposición constitucional conforme a su sentido original o, en todo caso, el de interpretar la disposición constitucional en función de la evolución y los nuevos contextos. En otras palabras, ¿cuáles son los límites del Tribunal Constitucional cuando decide poner en práctica la mutación constitucional?

En el caso español ha sido la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional la que ha complementado el concepto de función social de la propiedad, prevista en su Constitución, pero sin llegar a alterar el enunciado constitucional. En buena cuenta, no se advierte en España un caso de mutación constitucional sobre el derecho a la propiedad. Tampoco existe mutación constitucional en Chile ni en Brasil porque, como ya se vio, la función social está presente en las constituciones de dichos países. Sin embargo, en el caso peruano, lo que ha ocurrido es una «evolución interpretativa» de su Tribunal Constitucional; evolución que partió desde el significado de «ejercicio en armonía con el bien común» del constituyente peruano de 1993 y terminó migrando hacia el concepto de función social de la propiedad.

El juez español Fernández (2013) resalta que la mutación constitucional es un concepto diferente al de reforma constitucional. Básicamente, la mutación no altera el enunciado de la norma o regla constitucional; en cambio, la reforma sí altera dicho enunciado. Fernández también recuerda que el origen del término mutación constitucional se debe a los juristas alemanes, Paul Laband en 1895 (en su obra *Die Wandlungen der*

deutschen Reichsverfassung) y Georg Jellinek en 1906 (luego de un discurso ante la Academia Jurídica de Viena). Laband había detectado que las normas de la Constitución del Imperio alemán de 1871 se contraponían a las situaciones reales, lo cual era un problema serio para los pensadores positivistas de la época. Once años más tarde, Jellinek reconoció expresamente que las reglas jurídicas no dominan al poder estatal y que, más bien, las fuerzas políticas reales actúan bajo sus propias reglas y de forma independiente al orden jurídico positivo.

La mutación, en buena cuenta y como señala el profesor español Rollnert (2014), es el cambio de significado de una norma constitucional, y ello se justifica porque la realidad es contraria a la Constitución (o la Constitución contraria a la realidad). Aunque también, siguiendo a Rollnert, la mutación sí debe estar sujeta a límites estrictos y no puede llegar a normalizarse (sino aplicarse en casos excepcionales), ya que, en el supuesto de una normalización de dicha figura jurídica, la propia Constitución perdería el sentido de su fuerza normativa. Más adelante se retomará sobre los límites a la mutación constitucional.

6.1. Originalismo y no originalismo

El profesor Risso (2017) sostiene que la mutación constitucional, también conocida como interpretación no originalista o evolutiva, es un tema recurrente en la actualidad. Este autor llega a distinguir o clasificar tres subtipos de mutaciones: la primera, las mutaciones en sentido estricto (para referirse a las que conllevan una interpretación en sentido contrario al texto constitucional); el segundo subtipo, las mutaciones impropias (modificaciones profundas sobre la interpretación dominante); y el tercer subtipo, las mutaciones sin calificativos (que engloba las dos anteriores).

Agrega Risso que la mutación constitucional trae consigo el debate entre el originalismo (interpretivismo) y el no originalismo (no interpretivismo). Por el originalismo, los jueces atienden los casos según el texto constitucional o que está, claramente, implícito en la disposición constitucional. Mientras que por el no originalismo la interpretación podría realizarse en función de disposiciones que no aparecen en el texto constitucional. Y, dentro de los diferentes matices que presenta el originalismo,

el más radical es el que postula que la Constitución debe ser interpretada tomando en cuenta su significado original, esto es, de acuerdo con el pensamiento del constituyente en el tiempo en que se creó la norma constitucional.

Un exponente reconocido de este originalismo es el exjuez de la Corte Suprema de Estados Unidos Antonin Scalia. Liendo (2015), estudiando al juez norteamericano, recuerda que lo que buscaba Scalia en la Constitución era el significado original del texto, más que la redacción original. Evidentemente, se trata de una posición (del juez Scalia) bastante impregnada de la epistemología. Scalia consideraba como su adversario teórico a la *Living Constitution* o *Constitución viviente*, que defendía, por ejemplo, el abogado graduado en la Universidad de Harvard, David A. Strauss. El juez Scalia sostenía que la corriente del *Living Constitution* o no originalismo implicaba un riesgo de abandonar el entendimiento o significado original de la disposición constitucional.

En cambio, para los que defienden a la Constitución viviente, esta puede cambiar con el tiempo, se adapta a los nuevos contextos o circunstancias sin necesidad de que pueda ser modificada de manera formal. Carbonell (2011) recuerda algunos ejemplos prácticos que esbozó Strauss para defender a la *Constitución viviente*. Así, por ejemplo, y siempre en el contexto norteamericano, Strauss mencionaba que aceptar el originalismo hubiese implicado permitir la segregación racial en las escuelas o la discriminación de las mujeres.

Para los detractores de la *Constitución viviente*, su principal debilidad es que se trata de un concepto vago. Y, sobre todo, se presta a la manipulación de las personas encargadas de realizar la interpretación del texto constitucional.

Otra categoría jurídica que está relacionada con la *Constitución viviente* es la de *Constitución abierta*, cuyo exponente más conocido es Peter Häberle. El pensamiento de la *Constitución abierta* demanda que cualquier ciudadano pueda tener una participación efectiva en la hermenéutica de la Constitución. La investigadora brasileña Hennig (2010), quien estudió a Häberle, sostiene que la justificación de una *Constitución abierta* ocurre por los cambios en la cultura o los contextos sociales. Esto es, la Constitución se puede interpretar de manera diferente en el

tiempo y en el espacio porque la cultura constitucional también es diferente. Hennig habla incluso de la democratización de la interpretación (interpretación democratizada, más que interpretación técnica), en el sentido de tener que ampliar el círculo de los intérpretes a fin de que los ciudadanos ejerzan la democracia en un sentido real (y no solo formal).

En defensa de la rigidez constitucional se sitúa el catedrático español Ferreres (2000), quien básicamente expone que la rigidez constitucional se justifica para darle estabilidad a un sistema o estructura de gobierno y evitar que las mayorías parlamentarias modifiquen dicho sistema de gobierno de acuerdo con sus intereses grupales. En cuanto a los derechos y las libertades, Ferreres reconoce que la rigidez constitucional puede parecer insuficiente o dañina para el reconocimiento de los derechos morales de los individuos, pero, finalmente, mantiene su férrea defensa sobre la rigidez al señalar que la Constitución debe emplear términos abstractos (no específicos), o técnica de la abstracción, al momento de enunciar los derechos y las libertades. En síntesis, plantea lo que él denomina una *Constitución abstracta* a fin de que la Constitución rígida mantenga en el tiempo su capacidad para enunciar nuevos derechos y libertades, permitiendo que los intérpretes entiendan que la enunciación de un derecho constitucional es solo *prima facie* porque también se admiten excepciones implícitas (Emerton, 2018).

6.2. La mutación de la función social de la propiedad en el Perú

En el caso del Perú, se ha demostrado que el constituyente de la carta política de 1993 no tenía la intención de incorporar el concepto de función social de la propiedad dentro del texto constitucional. Y fue entonces que, cerca de treinta años después, este concepto de función social fue desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

¿Puede entonces el Tribunal Constitucional interpretar un dispositivo constitucional yendo incluso en sentido contrario a la voluntad del constituyente? En otras palabras, ¿hasta qué punto el Tribunal Constitucional puede interpretar o reinterpretar un concepto sin afectar la identidad de dicho concepto?

El postdoctor en derecho brasileño Pansieri (2024) se plantea estas preguntas y recurre a la paradoja de Teseo o del barco de Teseo para incorporar el concepto de la identidad ante los retos de la mutación constitucional. Según el mito, después de muchas batallas y campañas, Teseo regresó con su navío a Atenas y, como quiera que para los atenienses dicho barco representaba el símbolo de las victorias y la grandeza de su época, decidieron conservarlo. Con el transcurso del tiempo iban reemplazando las maderas o tablas viejas por otras nuevas, y así lo hicieron durante más de cien años hasta que ya no quedó ninguna de las tablas originales del navío de Teseo. Entonces, la paradoja se interroga si es que ese barco —sin ninguna tabla original— seguiría siendo el navío de Teseo u otro diferente; y dicha situación es también trasladada hacia la mutación de la norma constitucional ante la nueva interpretación, con sentido diferente, de un texto constitucional.

Para Pansieri, como para el ya citado Rollnert y para los autores de este texto, la mutación constitucional sí debe tener límites porque, fundamentalmente, el concepto interpretado por el Tribunal Constitucional no debe perder su identidad. Específicamente, Pansieri señala que al momento de practicar una mutación constitucional el máximo intérprete de la Constitución no debe olvidar algunos principios, como la distinción entre poder constituyente y poder constituido, la rigidez y la supremacía de la Constitución, así como la fuerza normativa de esta.

En el caso de la mutación constitucional del artículo 70 de la Constitución peruana, esta exploración científica considera que aquella sí resulta válida. Primero, porque históricamente en el Perú la teoría de la función social de la propiedad siempre estuvo presente desde las constituciones de 1933 y 1979 (como se anotó en apartados previos) y, en buena cuenta, la mutación del Tribunal Constitucional está regresando a dicha tesis social porque la realidad obliga y enseña que la propiedad no puede ejercerse solo en función de un interés individual o personal. Segundo, la mutación también es válida porque el derecho de propiedad no está perdiendo su «identidad constitucional» con la nueva interpretación del Tribunal Constitucional. Así, en el *Diario de los debates* se consignó que siempre existió consenso en reconocer que la propiedad tenía una misión social, pero algunos malos recuerdos de la política peruana

propiciaron que los constituyentes no incluyeran, finalmente, el término «función social» dentro del texto constitucional. Esto llevó a que el texto del artículo 70 de la Constitución peruana (con la frase «bien común» en lugar de «función social») sea más un fruto de una coyuntura política antes que de la tradición constitucional peruana que ya reconocía el pensamiento social de la propiedad desde los albores del siglo XX.

6.3. Función social de la propiedad y posesión precaria

Sánchez (2023) plantea la relación entre vivienda y dignidad. Señala, por ejemplo, que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966, reconocía el derecho de toda persona a contar con una vivienda adecuada, mientras que —a nivel europeo— el Tratado de Lisboa reconoce el derecho a una ayuda para el acceso a la vivienda, lo que genera que los Estados miembros de la Comunidad Europea deban desarrollar políticas de fomento a la vivienda.

Esta política europea, entonces, está vinculada estrechamente a la función social de la propiedad o, dicho en otros términos, al combate contra la pobreza. Se sabe que en muchas ciudades existe una relación inversa entre densidad demográfica y terrenos libres para vivienda. Esto es, por un lado, se incrementa la densidad demográfica; pero, por otro lado, existen menos terrenos libres para las construcciones, y ello lleva, entre otras consecuencias, al incremento de los alquileres y también a la posesión precaria.

7. CONCLUSIONES

- El pensamiento de que la propiedad lleva consigo una función social resulta válido en el derecho constitucional contemporáneo. Dicha «socialización» de la propiedad ha permitido ampliar la visión sobre este derecho más allá de las fronteras del derecho civil y de los derechos reales. La función social de la propiedad, por ejemplo, tiene un rol importante para que las empresas productoras o extractoras de algún recurso mineral busquen conservar el medio ambiente, para que las municipalidades o los gobiernos locales diseñen políticas de urbanismo en las ciudades o pueblos, o para que los directivos de

cualquier empresa busquen maximizar las utilidades a favor de los accionistas. En síntesis, la función social de la propiedad responde a los fenómenos sociales de la actualidad.

- La mutación interpretativa que realizó el Tribunal Constitucional peruano al artículo 70 de la Constitución peruana es legítima y válida, ya que, semánticamente, el texto constitucional (que solo recogía el «ejercicio de la propiedad en armonía con el bien común») era más restringido que el Código Civil peruano de 1984 (que sí contemplaba la función social de la propiedad). Pero, sobre todo, dicha mutación es válida porque responde a las exigencias del tráfico jurídico moderno en el que la propiedad no solo se limita a bienes inmuebles, sino también a derechos abstractos como los derechos de autor y el medio ambiente.
- La mutación constitucional es, generalmente, consecuencia de una interpretación del órgano constitucional de un Estado. La interpretación implica una labor constante y durable en el tiempo, que requiere de maduración. Por ello, debe prestarse especial atención a los votos en minoría o votos en discordia de los jueces constitucionales, pues suele ocurrir que dichos votos en minoría, con el transcurso de los años, llegan a sustentar una mutación constitucional. En Estados Unidos, estos votos de los jueces en minoría son conocidos como *dissenting opinions*. Un ejemplo conocido es el voto en minoría del juez Harlan en 1896 sobre la segregación racial en las escuelas, que en 1954 llegaría a concretarse en enmienda constitucional en el famoso caso de *Brown vs. Board of Education of Topeka*.
- La función social de la propiedad es una categoría jurídica que incide sobre la generación de riqueza. Así, el desarrollo de esta categoría ayuda a que las personas, por ejemplo, tengan mayores oportunidades para una vivienda digna. En sentido contrario, la falta de atención o desarrollo de esta categoría jurídica conduce a que los índices de pobreza no decrezcan y a la posesión precaria o sin título.

REFERENCIAS

- Abat, A. (2017). La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestivos desde el derecho constitucional comparado. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(36), 271-299. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2017.36.10866>
- Alarcón, A., Marulanda, D. y López, J. (2024). El derecho a la propiedad: construcción histórica y antecedentes en la historia constitucional republicana. *Justicia*, 29(46), 1-17. <https://doi.org/10.17081/just.29.46.7465>
- Arribas, G. J. (2023). Redimensionando la propiedad en el Perú. *Themis. Revista de Derecho*, (83), 49-61. <https://doi.org/10.18800/themis.202301.003>
- Azzam, M., Graw, V., Meidler, E. y Rienow, A. (2024). Enhancing property valuation in post-war recovery: Integrating war-related attributes into real estate valuation practices. *Smart Cities*, 7(4), 1776-1801. <https://doi.org/10.3390/smartcities7040069>
- Babie, P. y Viven-Wilksch, J. (2019). Léon Duguit and the Propriété Function Sociale. En P. Babie y J. Viven-Wilksch (eds.), *Léon Duguit and the social obligation norm of property* (pp. 1-32). Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-13-7189-9_1
- Baciero, F. T. (2017). El concepto de derecho subjetivo y el derecho a la propiedad privada en Suárez y Locke. *Anuario Filosófico*, 45(2), 391-421. <https://doi.org/10.15581/009.45.1295>
- Barbaro, S. (2023). Property, responsibility, and the community: Toward a new concept of property. En A. M. Baggio, M.-G. Baldarelli y S. O. Idowu (eds.), *Populism and accountability. CSR, sustainability, ethics & governance* (pp. 93-114). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-20032-8_5
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Diario de los debates. Debate constitucional Pleno 1993*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/diariodebates/debate-constitucional/1993/tomo1/index.html>

- Copelli, G. M. y Morais, J. L. B. (2022). A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. *Revista Direito, Estado E Sociedade*, (61), 136-159. <https://doi.org/10.17808/des.0.1396>
- Duguit, L. (1912). *Las transformaciones generales del derecho*. Librería Española y Extranjera.
- Emerton, P. (2018). The centrality and diversity of the invisible Constitution. En R. Dixon y A. Stone (eds.), *The invisible Constitution in comparative perspective* (pp. 146-166). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108277914.005>
- Fernández, F. (2013). Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, (89), 7-88. <https://doi.org/10.33426/rcg/2013/89/723>
- Ferreres, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), 29-47. <https://doi.org/10.14198/doxa2000.23.01>
- Gregory, A. (2013). Ownership and obligations: The human flourishing theory of property. *Cornell Legal Studies Research Paper No 13-93*, 1-11. <https://ssrn.com/abstract=2348202>
- Henao, J. E. (2023). Aproximaciones al dispositivo de la Función Social de la Propiedad en Argentina y Colombia. *Estudios de Derecho*, 80(176), 159-199. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v80n176a07>
- Hennig, M. (2010). La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 283-303. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806010>
- Jacobsen, M. (2020). Pursuing «the subjective» in «subjective rights»: A contribution to the conceptual history of subjective rights. *Danish Yearbook of Philosophy*, 55(1), 40-72. <https://doi.org/10.1163/24689300-bja10005>

- Jordán, G. (2020). La función social de la propiedad. Su desarrollo en el Derecho Constitucional cubano de la primera mitad del siglo XX. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278-1), 489-527. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-1.77361>
- Liendo, F. (2015). La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el derecho continental? *Forseti. Revista de Derecho*, 3(5), 192-221. <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i5.1149>
- Lobo, M. L. C. y Muratori, A. M. (2015). Aptidão urbana aos instrumentos do estatuto da cidade: perspectivas metodológicas. *RAEGA - O Espaço Geográfico Em Análise*, 34, 26-49. <https://doi.org/10.5380/raega.v34i0.36668>
- Marais, E. (2015). When does state interference with property (now) amount to expropriation? An analysis of the Agri SA Court's state acquisition requirement (Part I). *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 18(1), 2983-3031. <https://doi.org/10.4314/pej.v18i1.02>
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), 97-108. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803>
- Newman, D. G. (2004). Collective interests and collective rights. *The American Journal of Jurisprudence*, 49(1), 127-163. <https://doi.org/10.1093/ajj/49.1.127>
- Otárola, Y. (2024). La función social en la regulación del suelo urbano y rural desde la praxis judicial. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 15(1), 1-21. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art330>
- Pansieri, F. (2024). O fenômeno da mutação constitucional brasileiro: Origens e limites. *Revista Justiça do Direito*, 38(1), 167-185. <https://doi.org/10.5335/rjd.v38i1.15869>
- Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*, 15, 93-111.

- Pedra, A. S. (2012). Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 369-390. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200009>
- Pérez, J. A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 8(16), 176-191. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1538>
- Risso, M. (2017). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 217-253. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100008
- Rodarte, L. (2020). Efectividad de los derechos sociales en España. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(31), 55-93. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2020.37.14863>
- Rollnert, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34(101), 125-155. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-101-mayoagosto-2014/la-mutacion-constitucional-entre-la-interpretacion-y-la-jurisdiccion-constitucional-2>
- Rosas, J. I. de (2023). La función ambiental de la propiedad civil: la crisis de la división entre derecho público y derecho privado. *Revista de Derecho Ambiental*, 1(19), 45-78. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2023.68817>
- Sánchez, V. (2023). Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa. *Revista de Derecho Civil*, 10(1), 141-174. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/832>

- Sarrión, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de Derecho Político*, 1(100), 915-947. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20722>
- Siegan, B. (2017). *Property rights. From Magna Carta to the Fourteenth Amendmet*. Routledge. https://www.routledge.com/Property-Rights-From-Magna-Carta-to-the-Fourteenth-Amendment/Siegan/p/book/9780765807557?srsId=AfmBOopdM8yUC1zDsfhgTglfOfUSD-MZXvWcWKLEEkcrufUzxX_4C5vN
- Stern, J. Y. (2013). Property's Constitution. *California Law Review*, 101(2), 277-326. <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2576&context=facpubs>
- Valenzuela, R. y Lobos, R. (2022). Entre derecho y revolución: la circulación y apropiación de la función social de la propiedad en Chile (1930-1973). *Izquierdas*, (51), 1-18. <https://cyberleninka.ru/article/n/entre-derecho-y-revoluci-n-la-circulaci-n-y-apropiaci-n-de-la-funci-n-social-de-la-propiedad-en-chile-1930-1973>
- Xu, T. (2019). A law-and-community approach to compensation for takings of property under the European Convention on Human Rights. *Legal Studies*, 39(3), 398-414. <https://doi.org/10.1017/lst.2018.26>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 0008-2003-AI/TC (2003). Tribunal Constitucional (11 de noviembre de 2003).
- Expediente n.º 00228-2009-PA/TC (2011). Tribunal Constitucional (4 de abril de 2011).
- Expediente n.º 06251-2013-PA/TC (2017). Tribunal Constitucional (31 de agosto de 2017).
- Pleno Jurisdiccional. Expediente n.º 0048-2004-PI/TC (2005). Tribunal Constitucional (1 de abril de 2005).
- Pleno Jurisdiccional. Expediente n.º 0014-2015-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (10 de septiembre de 2019).

Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre. *Boletín Oficial del Estado n.º 298* (14 de diciembre de 1983).

Sentencia 37/1987, de 26 de marzo. *Boletín Oficial del Estado n.º 89* (14 de abril de 1987).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Franklin Gregorio Gutiérrez Merino: compilación de información, investigación, conceptualización, procesamiento, análisis de datos, redacción y conclusiones; revisión crítica y aprobación final de la versión que se publicará.

Felipa Elvira Muñoz Ccuro: compilación de información, redacción del trabajo y revisión de la escritura, investigación, análisis formal y transversal; revisión crítica, corrección de estilo y aprobación final de la versión que se publicará.

Ana Lucía Heredia Muñoz: compilación de información, redacción del trabajo y revisión de la escritura, borrador y original, metodología, análisis formal, revisión crítica y transversal; traducción y aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Los autores agradecen los alcances y los lineamientos brindados por el Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto. También es oportuno señalar un agradecimiento a Wilber Bustamante del Castillo por sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Franklin Gregorio Gutiérrez Merino es abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Lima) y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Cusco. Docente de posgrado en la Universidad Andina del Cusco y de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco.

Felipa Elvira Muñoz Ccuro es abogada por la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho Empresarial y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Docente de posgrado en la Universidad San Ignacio de Loyola y la Universidad Tecnológica del Perú. Investigadora Renacyt P0048432, nivel V. Miembro del Comité de Investigación del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Cuenta con más de veinticinco años de trayectoria como profesora de investigación.

Ana Lucía Heredia Muñoz es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid y doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de posgrado en la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro del Comité de Investigación del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Correspondencia

franklin.gutierrezm@epg.usil.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 149-181

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1170>

Multiculturalismo y Derecho Indígena. Estado actual de este modelo de gestión de la diversidad respecto al derecho de pueblos indígenas en México

Multiculturalism and Indigenous Law: current state of this diversity management model with respect to indigenous peoples' law in Mexico

Multiculturalismo e Direito Indígena. Situação atual deste modelo de gestão da diversidade em relação aos direitos dos povos indígenas no México

ELIAS ANGELES-HERNANDEZ

Universidad Carlos III de Madrid-UC3M
(Madrid, España)

Contacto: eangeles@inst.uc3m.es

<https://orcid.org/0000-0003-2503-6360>

RESUMEN

En el presente escrito, el autor pretende dar respuesta a cuál es el estado que guarda hasta nuestros días el multiculturalismo en relación con el Derecho Indígena, en tanto sistema jurídico, en México. En ese sentido, tenemos que este modelo de gestión de la diversidad —el multiculturalismo—, respecto a los pueblos indígenas y a sus sistemas legales, se ha visto reflejado, entre otras políticas, en reformas a la Constitución mexicana. A pesar de significar un avance en el reconocimiento y el tratamiento de la complejidad cultural, en cuanto al Derecho Indígena o *derecho propio* de estos pueblos, dichas modificaciones no han sido,

hasta ahora, un canal efectivo que lo posicione, lo articule y posibilite visualizarlo como auténtico sistema jurídico. Ello es así, pues finalmente quien determina su alcance, su significado, su interpretación y su aplicación sigue siendo el propio Estado. Por lo tanto, es factible hablar, dados los escasos resultados en la materia, de una crisis del multiculturalismo en este rubro, ya que más allá de tratar sobre la realidad, la validez y la vigencia del Derecho Indígena, se ha limitado al simple reconocimiento, sin más. Lo anterior nos obliga a mirar hacia otros enfoques o paradigmas emergentes que puedan dar respuesta a un contexto en que las diferencias étnicas y culturales son la norma, por ejemplo, la interculturalidad.

Palabras clave: multiculturalismo; derecho del Estado; Derecho Indígena; Estado mexicano; pueblos indígenas.

ABSTRACT

This paper seeks to answer the question of the current state of multiculturalism in relation to Indigenous Law as a legal system in Mexico. In this context, the model of diversity management—multiculturalism—has been reflected, among other policies, in amendments to the Mexican Constitution concerning indigenous peoples and their legal systems. Despite representing progress in the recognition and treatment of cultural complexity, these amendments have not yet served as an effective channel to position, articulate, or visualize Indigenous Law as a genuine legal system. This is because the State continues to determine its scope, meaning, interpretation, and application. Therefore, given the limited outcomes in this area, it is possible to speak of a crisis of multiculturalism in this regard, since instead of addressing the reality, validity, and enforceability of Indigenous Law, it has been reduced to mere recognition. This situation compels us to consider other approaches or emerging paradigms that can respond to a context in which ethnic and cultural differences are the norm—such as interculturality.

Key words: multiculturalism; state law; Indigenous Law; Mexican state; indigenous peoples.

RESUMO

No presente artigo, o autor pretende responder qual é a situação atual do multiculturalismo em relação ao Direito Indígena, enquanto sistema jurídico, no México. Nesse sentido, temos que esse modelo de gestão da diversidade — o multiculturalismo —, em relação aos povos indígenas e seus sistemas jurídicos, se refletiu, entre outras políticas, em reformas à Constituição mexicana. Apesar de significarem um avanço no reconhecimento e no tratamento da complexidade cultural, em relação ao Direito Indígena ou direito próprio desses povos, essas modificações não têm sido, até agora, um canal eficaz para posicioná-lo, articulá-lo e possibilitar sua visualização como um sistema jurídico autêntico. Isso porque, em última instância, quem determina seu alcance, seu significado, sua interpretação e sua aplicação continua sendo o próprio Estado. Portanto, é possível falar, dados os escassos resultados na matéria, de uma crise do multiculturalismo neste domínio, uma vez que, além de tratar da realidade, da validade e da vigência do Direito Indígena, limitou-se ao simples reconhecimento, sem mais. Isso nos obriga a buscar outras abordagens ou paradigmas emergentes que possam responder a um contexto em que as diferenças étnicas e culturais são a norma, como, por exemplo, a interculturalidade.

Palavras-chave: multiculturalismo; direito do Estado; Direito Indígena; Estado mexicano; povos indígenas.

Recibido: 11/3/2025

Revisado: 26/3/2025

Aceptado: 12/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es parte de la investigación doctoral denominada *Inclusión del Derecho Indígena en resoluciones judiciales en México. Estudio interpretativo desde la crítica jurídica latinoamericana y la interculturalidad*, en el marco del doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, bajo la dirección del Dr. Juan Daniel Oliva Martínez, en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Lo que aquí desarrollamos y presentamos es parte del capítulo segundo, que lleva por título «El Derecho Indígena desde otros enfoques o paradigmas». En resumidas cuentas, en esta sección se aborda cómo es el tratamiento que dan tanto corrientes jurídicas clásicas y contemporáneas como paradigmas o modelos al Derecho Indígena en el contexto mexicano¹.

Cabe dejar asentado desde ahora que, al hablar de Derecho Indígena, para efectos de este estudio, nos estamos refiriendo al sistema jurídico de pueblos indígenas². Entendido, *grosso modo*, como un complejo normativo que está construido sobre una base de valores, principios, reglas e instituciones que rigen la vida de estos pueblos. Visto además como cosmovisión, religión, lenguaje, hábitos, usos y costumbres reconocidos por los pueblos indígenas.

Por consiguiente, como parte integrante de este capítulo se presentan como apartados «Pluralismo jurídico», «Crítica Jurídica Latinoamericana, multiculturalismo, interculturalidad» y, finalmente, «Interlegalidad». A

1 La parte referente a las teorías tradicionales y contemporáneas se encuentra disponible en Angeles-Hernandez (2024a).

2 Hacemos referencia a *Derecho Indígena* (con mayúsculas y en singular) para aludir, desde el género próximo, al sistema jurídico de pueblos indígenas, pues la diferencia específica vendría a ser el *Derecho Indígena* de cada pueblo indígena en particular. En ese sentido, habría tantos *Derechos Indígenas* (en plural, pero sin dejar de hacer referencia al género próximo) como pueblos indígenas existentes. Lo anterior lo hacemos así para diferenciarlo de los *derechos indígenas* (con minúsculas y en plural), entendidos como derechos públicos subjetivos (función subjetiva de los derechos reconocidos en la Constitución), equiparándolos a los derechos humanos (derecho a la propiedad, salud, educación, identidad, etc.), de los cuales somos titulares todas las personas, independientemente del origen, género, nacionalidad, estatus migratorio o cualquier otro rasgo distintivo.

efectos de contextualizar lo señalado, presentamos un breve esbozo que refleje de manera amplia el capítulo en su conjunto a modo de comprender mejor la parte que desarrollamos en este artículo. En ese orden de ideas, en «Pluralismo jurídico» se lleva a cabo un examen de este fenómeno sin pretender abarcar a todos los autores que tratan el tema, pues ello rebasaría nuestro objetivo.

Por ello, se realiza un bosquejo de esta coyuntura en Europa y América Latina y se resalta el caso mexicano. Argumentamos que este fenómeno jurídico-social al tener connotaciones teóricas y prácticas se puede analizar como realidad o corriente de pensamiento. Cabe señalar que esta manifestación no es nueva, más bien ha sido y es una realidad histórica. Lo novedoso es su reconocimiento por parte de los Estados. De ahí que este apartado tenga como propósito resaltar el protagonismo que ha tenido como antítesis del monismo jurídico y como posibilidad de visualizar otros sistemas jurídicos vigentes en un mismo espacio y exponer el papel que el Estado moderno³ ha jugado al respecto.

En «Crítica Jurídica Latinoamericana» se muestran las escuelas o enfoques críticos que se podrían considerar como base o antecedentes teóricos de la crítica jurídica en América Latina. Corrientes de pensamiento que si bien tienen rasgos que las diferencian unas de otras debido al marco desde el cual emergen, han tenido como denominador común hacer crítica al formalismo jurídico en mayor o menor medida, razón por la cual son retomadas y analizadas. Así, pues, se muestra lo relativo a posturas críticas de Europa y Estados Unidos resaltando teóricos y peculiaridades.

En «Interculturalidad»⁴, se señalan primeramente generalidades de este modelo de gestión de la diversidad. No está por demás hacer hincapié en que el término interculturalidad al ser polisémico imposibilita un significado acabado, motivo por el cual continúa el debate en cuanto a su abordaje teórico-conceptual. No obstante, intenta acercarse a lo que se entiende por este paradigma o modelo, el cual, en general, se concibe

3 Para profundizar sobre esto ver Angeles-Hernandez (2024b).

4 Para un examen más profundo sobre estos puntos, se recomienda consultar Angeles-Hernandez (2024c).

como forma de vida, proyecto de nación, o bien como un proceso dinámico de cara a la abundancia de culturas, característica de sociedades contemporáneas. Implica asimismo actitud de acercamiento de igual a igual en donde diversos grupos o culturas puedan ser capaces de comprenderse recíprocamente.

Es preciso resaltar y dejar en claro que la interculturalidad no es un hecho dado o sobreentendido, es más bien un fenómeno social en constante transformación teórico-práctica. De la misma forma, se abordan alcances, límites y retos que enfrenta esta manera de entender la riqueza cultural. Por último, se plantea que este paradigma se nos presenta como escenario o espacio idóneo donde es viable pensar en la posibilidad de una interacción en un plano de igualdad entre derecho estatal y Derecho Indígena.

En «Interlegalidad» analizamos este supuesto fenómeno jurídico que se ha venido examinando en los últimos años no solo en México, sino en otros escenarios en América Latina, el cual guarda una estrecha relación con el pluralismo jurídico. Siguiendo la misma temática, se inicia con una serie de conceptos con el propósito de acercarnos a este fenómeno o proceso social. Ulteriormente, el análisis se enfoca en los alcances que tiene en la realidad esta «hibridación de sistemas normativos», «interpenetración» o «interacción», así como sus límites conceptuales. Con el objetivo de ilustrar lo anterior, se explican brevemente casos de este proceso en Venezuela, Perú y México como contextos en que se considera ha estado presente este fenómeno. Por último, se analiza la relación entre esta «interacción» y el Derecho Indígena a modo de examinar si en efecto representa un espacio alternativo de cómo repensar el derecho.

En cuanto al «Multiculturalismo», punto central de este trabajo de investigación, se indaga cuál ha sido hasta ahora el papel de este modelo de gestionar las diferencias que actualmente impera en las sociedades latinoamericanas, en relación con el Derecho Indígena, específicamente en México. El gran mérito de esta política respecto a otros modelos o paradigmas fue el reconocimiento formal de las diferencias culturales. No obstante, y pese a la importancia de este hecho, los resultados no han sido los esperados. Lo anterior lo corroboraremos a lo largo de este

estudio cuando nos percatemos de que, a pesar de haber significado un avance en el tratamiento de las minorías al reconocer la multiplicidad de culturas, no ha representado, hasta ahora, un canal efectivo que posicione al Derecho Indígena como auténtico sistema jurídico.

La presente investigación la hemos dividido de la siguiente manera. Una primera parte denominada «Multiculturalismo: modelo de gestión de la diversidad». La segunda, «Crisis del multiculturalismo». La tercera, «Multiculturalismo, constitución y pueblos indígenas en México». Una penúltima llamada «Multiculturalismo y Derecho Indígena en México». Finalmente, en «Conclusiones» se reflejan los hallazgos de lo analizado. En cuanto a la metodología, esta se basa en un análisis cualitativo a partir de la revisión y el análisis de obras especializadas en el tema. Lo anterior, tomando como base autores referentes como Arango Marcos (2018), Barabas (2014), Beuchot (2005), Colom González (1998), Cruz Rodríguez (2014), Hernández Reyna (2007), Kymlicka (1996), López Bárcenas (2010), Oliva Martínez (2012), Olivé (2004), Sartori, (2001), Schmelkes (2003, 2009), Tubino (2002), Vargas Garduño *et al.* (1996), Vargas Garduño (2013), Zapata Silva (2019), entre otros. Asimismo, hacemos uso del método analítico-sintético. Este nos permitirá, por un lado, y en un primer momento, analizar las partes de manera individual. Por otro lado, y una vez hecho lo anterior, estaremos entonces en posibilidades de entrelazar o relacionar lo estudiado a modo de exponer las relaciones existentes entre ambos elementos o partes y con ello elaborar una síntesis general del fenómeno analizado.

2. MULTICULTURALISMO: MODELO DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

El multiculturalismo como modelo de gestión de la diversidad cultural tiene una multiplicidad de significados que dificultan una definición que sea aceptada por la comunidad científica. Como es de esperarse, no pretendemos abordar todas y cada una de las posturas de autores que han tratado esta temática. Más bien, aspiramos a tener al menos una aproximación a su significado más general en una suerte de base teórica que nos permita desarrollar los puntos subsecuentes. Por consiguiente, lo concebiremos como el reconocimiento de la coexistencia de sectores

culturales diferentes dentro de un mismo espacio. No obstante, es importante mencionar que puede ser visto como hecho, como ideología y como política (Barabas, 2014, p. 1). Un aspecto que igualmente hay que destacar es que la mayoría de autores le dan un significado más preceptivo que explicativo. Entre ellos está Olivé (2004), quien señala que, a diferencia de la multiculturalidad, que tiene un alcance descriptivo, el multiculturalismo tiene un sentido normativo (p. 22).

Este modelo surge como antítesis de otras formas de gestionar a las diferentes culturas, tales como el segregacionismo, el asimilacionismo o el integracionismo, cuyo denominador común fue tener la creencia de que para lograr un desarrollo era necesario contar con una sociedad homogénea cuyos valores, principios, idioma y demás elementos distintivos fueran los mismos para toda la población. Para Beuchot (2005) el multiculturalismo es «el fenómeno de la multiplicidad de culturas que se da en el mundo, y en la mayoría de los países» (p. 13). Este autor se refiere al hecho de la existencia de varias culturas dentro de un entorno mayor, es decir, al hecho de compartir un mismo espacio, aunque la interacción entre ellos sea escasa o nula. Este autor utiliza este término como sinónimo de multiculturalidad y le da un alcance descriptivo más que normativo.

Desde el punto de vista histórico, tenemos que es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando surge

principalmente en países como Canadá y Estados Unidos. [...]

El multiculturalismo para esas fechas se distinguía por referir a una serie de demandas de los grupos minoritarios: gays [*sic*], afroamericanos, feministas, grupos étnicos, entre otros, y las dimensiones de este reclamo van desde lo jurídico hasta lo educativo. (Hernández Reyna, 2007, p. 430)

Es en este escenario en que la aculturación o asimilación de las minorías se empezaba a cuestionar y las demandas a sus derechos eran cada día más latentes como emerge el multiculturalismo, el cual, como hemos dicho, no fue más allá del simple reconocimiento de la multiplicidad de culturas.

Para las décadas de los sesenta y los setenta, principalmente en países de Occidente como Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña y Holanda, algunos sectores minoritarios comienzan a manifestarse de manera más activa, resultado del descontento de prácticas asimilacionistas de las cuales eran objeto. Entre sus demandas estaba que se reconociera la multiculturalidad de los Estados y con ello poner en marcha políticas de reconocimiento a sus derechos.

Estos movimientos de reivindicación de las minorías constituyen la primera reacción de manera organizada, los cuales comenzaron a poner en duda al asimilacionismo imperante. Para ilustrar lo anterior, tenemos el movimiento a favor de los derechos civiles de la población negra en Estados Unidos, cuyo acontecimiento trajo como consecuencia que otros sectores también empezaran a manifestarse, como los chicanos o mexicoamericanos, en busca de reconocimiento y respeto a sus derechos civiles.

Por su parte, las comunidades francófonas e indias nativas de Canadá, aborígenes australianos y negros caribeños se manifestaron frente a sus respectivos gobiernos para reclamar la defensa de sus derechos. Todos estos movimientos

suponen un desenmascaramiento de las falsas promesas de las ideologías dominantes en el mundo occidental, el derrumbe de ideas como la de que cualquier individuo puede ascender socialmente sea cual sea su origen, siempre que renuncie a ciertas raíces culturales que obstaculizan ese ascenso. (Fernández y García, 2014, p. 22)

En cuanto a su significado, diversos autores han contribuido a tal empresa. En ese sentido, para Kymlicka (1996) multiculturalismo es el «término elegido por el gobierno [de Canadá] para describir la política que empezó a impulsar a partir de 1970» (p. 34). Para este autor:

[es] la organización política de la diversidad cultural en un determinado territorio —generalmente urbano— con una migración, la cual está cada vez más marcada, y con el objetivo de preservar un cierto orden, el orden emanado de la sociedad de acogida. (p. 34)

Para Colom González (1998) es

una postura moral y políticamente favorable al pluralismo cultural y a los modelos de integración social y de gestión política que persigan su fomento. Los principios de la tolerancia y del respeto serían, pues, esenciales a la estructura normativa del multiculturalismo. (p. 105)

Olivé (2004), por su parte, sostiene que es una concepción normativa que justifica «el llamado derecho a la diferencia aplicado a las culturas, esto es, su derecho a preservarse, a reproducirse, a florecer y evolucionar» (p. 61).

A decir de Hernández Reyna (2007):

se trata de un proyecto político porque, sobretodo [*sic*], ha abogado fundamentalmente por el reconocimiento de la diversidad cultural de grupos minoritarios en el ámbito legislativo y de ejercicio de políticas públicas, aun cuando también promueve el reconocimiento de la diversidad cultural en otros aspectos. (p. 432)

Vargas Garduño (2013) sostiene que multiculturalismo «es una palabra portadora de una ideología neoliberal, que encierra una idea de “tolerancia”. Esta “tolerancia” o “respeto” se traduce en la aceptación pasiva de la coexistencia de grupos diversos al hegemónico en un mismo territorio» (p. 3).

Según Schmelkes (2009), el multiculturalismo «nace como proyecto para gestionar la diversidad en circunstancias, cada vez más frecuentes, de convivencia multicultural real o potencialmente conflictiva» (p. 440). Parafraseando a García Martínez *et al.* (2007), el multiculturalismo vendría a ser la excusa para la discriminación social toda vez que «no administra las diferencias, sino que, simple y llanamente, las inventa. En la base del multiculturalismo está la ideología sustentadora del racismo y la xenofobia» (p. 87).

No obstante, y a pesar de tener como bases el respeto y la tolerancia hacia lo diferente, este modelo se ha visto rezagado y limitado por una

realidad cada vez más dinámica en la cual las diferencias culturales y la movilidad de personas de diferentes orígenes son la regla. Así las cosas, al multiculturalismo se le ha considerado la mayoría de las veces como una concepción limitada, es decir, que no va más allá de resaltar las diferencias entre diversos grupos o expresiones culturales en un mismo entorno o escenario. Al respecto Rojas Hernández (2005) señala que el multiculturalismo

no ha tenido el efecto que se esperaba, aunque obedece también a los principios de igualdad y de diferencia. Sin embargo, se ha considerado como una concepción pasiva, pues todas las sociedades son dinámicas: el multiculturalismo ha quedado rezagado para darle paso a la interculturalidad. (p. 185)

Cruz Rodríguez (2014), por su parte, afirma que

el enfoque multicultural acepta el pluralismo jurídico siempre y cuando los sistemas jurídicos no liberales adopten los principios liberales, concebidos como universales y moralmente superiores, por lo que también establece severas limitaciones de orden material a sus jurisdicciones. Por todo ello, el del multiculturalismo es un pluralismo jurídico desigual. (p. 73)

Para efectos de este estudio, entendemos por multiculturalismo aquel modelo de gestión de la diversidad o aquella política de Estado que acepta y reconoce la existencia de diversos grupos sociales que conviven dentro de un mismo ámbito geográfico, pero que a pesar de ese salto no va más allá de la simple aceptación de las diferencias y la tolerancia. El multiculturalismo, no obstante sus avances, se ha mantenido como concepto estático que solamente se ciñe a describir la realidad de una pluralidad cultural existente de hecho en un medio determinado de convivencia en el que coexisten una variedad de expresiones, por ejemplo, las jurídicas.

Este breve esquema que nos permite tener un panorama general en cuanto al multiculturalismo como modelo de gestión de la diversidad,

da lugar a resaltar cuáles han sido sus alcances, sus desafíos y sus límites y cómo todo ello ha dado como resultado que este modelo se encuentre en crisis, para dar paso a pensar en la posibilidad de la interculturalidad como paradigma emergente en las sociedades actuales.

3. CRISIS DEL MULTICULTURALISMO

Esta política implementada por los Estados ha presentado algunos logros respecto a los modelos previos de gestión de la diversidad. Entre estos modelos previos están, como hemos dicho, el asimilacionismo o integracionismo y el segregacionismo, que tuvieron un auge durante los siglos XIX y XX en el caso de América Latina. En pocas palabras, pretendían crear una sociedad homogénea en función de postulados de carácter universal a partir de la pérdida o el abandono paulatino de cualquier rasgo de identidad, tales como idioma, cultura, costumbres y demás expresiones propias desde el desconocimiento formal de un hecho innegable: la heterogeneidad cultural. El auge del derecho internacional, de los derechos humanos, la coyuntura internacional resultado de las dos guerras mundiales, el fin de la Guerra Fría, entre otros acontecimientos, dieron como resultado una participación en ámbitos nacionales y globales de sectores minoritarios que demandaban mayor participación y respeto a sus diferencias.

En cuanto a los pueblos indígenas en particular, se fue gestando un auge a partir de una serie de movimientos o luchas en varios países de la región latinoamericana en favor de sus derechos como minorías étnicas. Uno de los logros del multiculturalismo radica en reconocer y aceptar las diferencias culturales que coexisten en un mismo entorno social. No obstante, y a pesar de representar un avance significativo, continuó con la lógica de interpretar las diferencias a partir de la dicotomía mayoría-minoría. Respecto a este punto, Kymlicka (1996) sostiene que el Estado privilegia

sistemáticamente a la nación mayoritaria en diversos aspectos fundamentales, por ejemplo, en el trazado de las fronteras internas; en la lengua que se usa en las escuelas, los tribunales y servicios

gubernamentales, [...] todas estas decisiones pueden reducir espectacularmente el poder político y la viabilidad cultural de una minoría nacional. (p. 80)

A decir de Tubino (2002), el multiculturalismo

como doctrina no renunci[ó] a los grandes ideales sociales de la Ilustración [los cuales] produjeron nuevas formas de inequidad social e intolerancia cultural entre las nuevas élites de las culturas hegemónicas de los estados nacionales y las gentes de las culturas subalternas. El multiculturalismo se ha propuesto radicalizar los ideales de autonomía y tolerancia de la Ilustración. (p. 60)

En ese marco, podemos observar que la tolerancia y la aceptación de la variedad cultural no fue suficiente para posicionar de manera efectiva a las minorías, ya fueran étnicas o no, como los pueblos indígenas.

De ahí que es factible considerar que el multiculturalismo es un proyecto inacabado en el sentido de que no ha sido suficiente la aceptación de la variedad de expresiones culturales que impera en la región latinoamericana. Es decir, el simple reconocimiento de las diferencias hasta ahora no ha logrado generar un escenario donde la convivencia y el intercambio de saberes sean las vías ante una realidad cada vez más dinámica que demanda políticas y estrategias que den respuesta a los grandes movimientos de personas y grupos sociales diferenciados.

Para Beuchot (2005), el multiculturalismo «es una denominación de origen liberal, e implica y propicia la dominación» (p. 14). Lo anterior es acertado «puesto que el multiculturalismo en nivel político asume la diversidad de grupos minoritarios frente a los grupos de poder dentro de los Estados» (Hernández Reyna, 2007, p. 432). Entonces tenemos que, por un lado, reconoce que no hay homogeneidad cultural; sin embargo, por otro, coloca a los diversos grupos en un plano de inferioridad respecto de la cultura dominante, lo cual da como resultado una relación asimétrica.

Para Schmelkes (2009), el multiculturalismo como ideología «nace como proyecto [político] para gestionar la diversidad en circunstancias,

cada vez más frecuentes, de convivencia multicultural real o potencialmente conflictiva» (p. 440). Lo anterior al ser producto de una realidad global en la cual las sociedades se van haciendo cada vez más complejas y heterogéneas derivado de movimientos de personas, nos lleva a plantear nuevas formas de gestión que den respuesta a esta interacción cultural.

Sartori (2001) sostiene al respecto que «el pluralismo encuentra una continuación y su ampliación en el multiculturalismo, es decir, en una política que promueve las diferencias étnicas y culturales» (p. 7). García Martínez *et al.* (2007), en cuanto al punto en cuestión, señalan que «el racismo es astuto y adopta estrategias muy sutiles. Una de ellas, es sin duda, el multiculturalismo, que se disfraza de cultura extendida como una determinada marca biológica que expulsa a quien no la posee» (p. 87). Por esta razón, esta política vendría a ser la excusa para la discriminación, ya que «el multiculturalismo no administra las diferencias, sino que, simple y llanamente, las inventa. En la base del multiculturalismo está la ideología sustentadora del racismo y la xenofobia» (García Martínez *et al.*, 2007, p. 87).

Como podemos percatarnos, este modelo no ha tenido los efectos que se esperaban a pesar de que obedece a los principios de igualdad, tolerancia y respeto a las diferencias. Para Rojas Hernández (2005), «se [le] ha considerado como una concepción pasiva, [limitada e insuficiente], pues todas las sociedades son dinámicas: el multiculturalismo ha quedado rezagado para darle paso a la interculturalidad» (p. 185).

La implementación de esta política por parte de los Estados con sociedades multiculturales, como México y respecto a pueblos indígenas, no ha hecho más que polarizar diferencias y acentuar distancias en lugar de crear un ambiente de armonía, entendimiento, coexistencia pacífica, enriquecimiento mutuo e interacción entre diversos grupos sociales. De ahí que reiteramos la necesidad de transitar del multiculturalismo a la interculturalidad. Para Cruz Rodríguez (2014) una de esas paradojas es que «establece una desigualdad entre sistemas jurídicos, pues el encargado de determinar las materias de competencia y sus relaciones es el grupo cultural mayoritario o dominante» (p. 82).

Olivé (2004) al respecto señala que, al no haber un único tipo de sociedad multicultural en el mundo, siempre existirán diferencias muy

particulares en cada entorno geocultural, de ahí que «el modelo multicultural adecuado para cada tipo de sociedades no necesariamente será el mismo» (p. 23).

En ese orden de ideas, tenemos que existen varios multiculturalismos, los cuales van «desde un multiculturalismo “asimilacionista” hasta un multiculturalismo “liberal” basado en la tolerancia y, en consecuencia, algunas veces lo que se designa como multiculturalismo asume contenidos de aquello que se ha nombrado como interculturalismo» (Cruz, 2013, p. 47). El multiculturalismo de acuerdo con Molina (2013) «acaba haciendo referencia a un relativismo que no necesariamente prevé la integración, por lo que se hace evidente la necesidad de hablar de interculturalidad, para poner énfasis en la voluntad de interacción, intercambio e integración» (p. 189). Para este autor el vocablo intercultural es la opción más adecuada.

De lo hasta aquí expuesto, se observa que la respuesta a la multiplicidad cultural llevada a cabo por los Estados en el marco del multiculturalismo no ha sido precisamente un canal que permita impulsar y favorecer el desarrollo pleno de las minorías en la región. Esto es palpable en lo que se refiere a los pueblos indígenas, en especial, en cuanto a la articulación del Derecho Indígena en tanto sistema jurídico. Como ideología o política implementada por los Estados latinoamericanos desde finales del siglo XX en cuanto a estos pueblos, vemos que sus resultados no han sido los esperados. Podemos decir entonces que el actuar de los Estados fue movido más por una intención de carácter moral con tintes paternalistas que visualizarla como un proyecto ético-político. Por ello, y ante los avances poco favorables, es necesario replantearnos la posibilidad de otras teorías y modelos que permitan una relación de simetría y no de subordinación.

Entre los modelos que consideramos a la altura de las expectativas en una realidad por demás compleja está la interculturalidad. Este enfoque, de conformidad con lo que propone y postula, posibilita crear vínculos basados no solo en el reconocimiento a la diferencia y a la tolerancia, sino en conexiones de entendimiento donde el respeto, el interés hacia lo diverso y la interacción mutua sean la regla. Por lo tanto, tenemos que, a diferencia del multiculturalismo, el modelo intercultural pretende

ir más allá de la afirmación de un hecho dado. Por último, cabe aclarar que la interculturalidad no pretende dejar sin validez los postulados del multiculturalismo. Más bien, es la superación de este modelo al retomar elementos que son indispensables, como respeto y tolerancia, y de ahí, con otras variables como el diálogo intercultural, la interacción positiva, el conocimiento e interés mutuo, es como pretende arribar a un escenario inclusivo, simétrico y plural cuyas bases son las diferencias culturales.

4. MULTICULTURALISMO, CONSTITUCIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

El multiculturalismo ya sea como hecho, ideología o bien, como política implementada por los Estados para el tratamiento de la diversidad cultural se instauró en diversos países de la región latinoamericana. Dados nuestros objetivos, nos centraremos en el multiculturalismo implementado en México. En lo que se refiere a este país, las medidas o políticas multiculturalistas se han visto reflejadas principalmente en reformas constitucionales, las cuales, en su gran mayoría, tienen como eje central a pueblos indígenas. Lo anterior fue así, pues demandaban mayor reconocimiento, participación, respeto, pero, sobre todo, autonomía en cuanto a la forma de gestionarse.

Con el propósito de tener un parámetro temporal que nos permita situarnos en la historia del México contemporáneo en el que se ubica justamente el multiculturalismo, señalaremos las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como punto de partida, esto es, 1992. Es pertinente dejar asentado que previo a estas reformas no existen preceptos constitucionales que se refieran explícitamente a los derechos de los pueblos indígenas⁵.

La cuestión indígena hasta antes de 1992 era tratada o vista como un «problema» después de la Revolución mexicana (1910-1917). Pese a que buena parte de los integrantes de este movimiento fueron indígenas, no hubo mejoría en la situación de estos pueblos, pues se asimiló

5 Para un estudio detallado sobre este punto, se recomienda ampliamente consultar a López (2010).

al tema campesino, con lo cual sus demandas específicas como grupo diferenciado fueron ignoradas. En lo que se refiere al escenario internacional, que es clave para entender el desarrollo de la política multiculturalista, las cosas tampoco marchaban muy bien. Para finales de los ochenta solo existía un tratado internacional destinado para poblaciones indígenas: el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (OIT) de 1957, considerado la primera iniciativa internacional en tratar asuntos indígenas.

Sin embargo, y a pesar de representar un buen intento, el Convenio 107 aún guardaba resquicios del enfoque o perspectiva integracionista-asimilacionista hasta esos momentos vigentes. De acuerdo con Hernández Pulido (1995):

provocó una serie de acciones de ciertos estados que, con el fin de impulsar un proceso de desarrollo global de la nación, no acordaron el debido respeto a la diversidad de esos pueblos, ignorando los valores culturales, sociales y religiosos de los mismos [lo que motivó su revisión]. (p. 155)

En ese orden de ideas, para 1989 se aprobó en la OIT el acuerdo que actualizó al 107, lo que dio como resultado la entrada en vigor del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual estableció derechos como el reconocimiento y el respeto de sus valores, sus instituciones y sus prácticas culturales. Vigente en México desde 1991. Por lo tanto, el Convenio 169:

constituye, sin lugar a dudas, un paso más en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Pero, sobre todo, responde a una de las reivindicaciones más reiteradas de las organizaciones de los pueblos indígenas y tribales al abandonar la filosofía integracionista que pregonaba el Convenio núm. 107. (Hernández Pulido, 1995, p. 157)

De esta manera, y después de reconocer ante la comunidad internacional la pluriculturalidad y al ser parte del Convenio 169, hace lo propio al interior de sus fronteras mediante reformas constitucionales.

La primera de ellas llevada a cabo en 1992 en el artículo 4, para posteriormente ser incluida finalmente en el 2 en 2001, como se encuentra en la actualidad.

Con este escenario como telón de fondo, emerge un acontecimiento clave en la lucha de los derechos indígenas en México: el 1 de enero de 1994 se efectúa en Chiapas el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) abanderando la lucha de pueblos indígenas del país en contra de la segregación y la discriminación de la cual eran objetos. Este movimiento indígena se alzaba además contra la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte o TLCAN (Canadá, Estados Unidos y México, que entró en vigencia justo el 1 de enero de 1994). Los integrantes de este movimiento

proponen una democracia nueva, una refundamentación del concepto de democracia, porque solo la conciben con justicia y dignidad, y una nueva forma de hacer política. El llamado «problema indígena» lo plantean recordando una vieja demanda de los pueblos indios: la autonomía. (Serna, 1998, pp. 99-100)

Este movimiento acaparó la atención tanto nacional como internacional dada su coyuntura y su alcance mediático. Después de varios intentos de acuerdo se da un rompimiento entre el EZLN y el gobierno federal, cuyo resultado fue que el proceso de negociación entrara en una profunda crisis que continuó en toda la administración de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000). Posteriormente, los acercamientos se retomaron durante la presidencia de Vicente Fox Quezada (2000-2006). Durante el período de este último se reforma el artículo segundo constitucional en 2001. De acuerdo con Sánchez Bringas (2004), «la reforma de 2001 buscó dar respuesta a la demanda de reconocimiento de derechos indígenas para así contribuir a superar las desigualdades históricamente existentes en ese sector» (p. 613).

En ese marco, tenemos que el multiculturalismo en México se vio manifestado en 1992 cuando se reformó el artículo 4 de la Constitución Federal, que a su vez fue reformado en 2001 para quedar finalmente en el artículo 2 constitucional. A pesar de que este reconocimiento significó

un avance para comunidades y pueblos indígenas, no se ha reflejado en mejores condiciones de vida para estos grupos de personas, quienes continúan viviendo un estado de vulnerabilidad, marginación y discriminación. Es decir, estas medidas no han resuelto las necesidades de una realidad social cambiante, dinámica y culturalmente diversa.

En lo que se refiere a la reforma del 28 de enero de 1992 al artículo 4 de la CPEUM, esta señalaba:

La nación mexicana tiene una gran configuración pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, ritos, costumbres, recuerdos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El 14 de agosto de 2001 el artículo 2 fue nuevamente reformado para quedar como se encontraba hasta el 30 de septiembre de 2024. Dicho numeral estipulaba que «la Nación es única e indivisible sustentada originalmente en sus pueblos indígenas». A su vez, el párrafo 4 disponía:

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de entidades federativas, los que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

El derecho a la libre determinación, de conformidad con Oliva Martínez (2012), tiene un contenido material consistente en una serie de derechos que se desprenden de aquel y que «llevan aparejados un conjunto de obligaciones para los Estados de contenido tanto negativo como abstencionista, como positivo o promocional, y constituyen [...]

dimensiones complementarias del derecho a la libre determinación» (pp. 755-ss.). Lo anterior está conformado por el derecho al autogobierno; al autodesarrollo; a la identidad o diferencia cultural; al territorio; al *derecho propio*; a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. Este *derecho propio* es precisamente el Derecho Indígena.

A pesar de lo anterior, a decir de Izquierdo Muciño (2005):

la reforma en materia indígena a la que acabamos de hacer referencia no ha cerrado el debate sobre el tema, sino que —al contrario— lo ha dejado más abierto que nunca al remitir el desarrollo de sus disposiciones a las Constituciones y leyes locales a pesar de las críticas que existen. (p. 121)

El 30 de septiembre de 2024 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* reformas nuevamente al artículo 2 de la CPEUM en materia de pueblos indígenas. Inicia subrayando que «La Nación Mexicana es única e indivisible, basada en la grandeza de sus pueblos y culturas».

Para efectos de nuestro análisis, y en cuanto al reconocimiento a la libre determinación señala que «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional»⁶. Como podemos observar, y aunque «se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio» (art. 2, párrafo sexto de la CPEUM), al mismo tiempo limita su capacidad de actuación al anteponer el principio de la unidad nacional.

Aun y cuando se transitó de la indiferencia hacia el reconocimiento de la diversidad cultural, resulta difícil afirmar que actualmente estas medidas y políticas públicas están dando resultados favorables a pueblos y comunidades indígenas debido a las desigualdades todavía existentes en diversos ámbitos. De acuerdo con Maldonado Ledezma (2010), «en el siglo XXI el lastre de la dominación y la subyugación de la cual son

6 Continúa señalando que «Para el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se deben tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos, de asentamiento físico y de autoadscripción».

objeto los pueblos indígenas en México no ha sido eliminado» (p. 296). Estas políticas enmarcadas en el multiculturalismo no han implicado necesariamente convivencia y relación simétrica entre pueblos y culturas divergentes.

Con la reforma del artículo 2 al reconocer la composición pluricultural de México sustentada en sus pueblos indígenas se habla de coexistencia y reconocimiento, además de convivencia y de una posible articulación entre derecho del Estado y Derecho Indígena. Schmelkes (2003) señala que «en las realidades multiculturales existen profundas asimetrías, es decir, relaciones de poder que discriminan a unas culturas en relación con otras. Se pueden generar relaciones de segregación y de discriminación cuando simplemente existe una realidad multicultural» (p. 26).

Para Arango Marcos (2018), «la realidad de los pueblos indígenas está mucho más lejos de buscar el reconocimiento del estado, sino de aceptar que coexisten en la sociedad y que la falta de aceptación solo beneficia su exclusión de modo sistemático y estructural» (párr. 2).

5. MULTICULTURALISMO Y DERECHO INDÍGENA EN MÉXICO

Como hemos venido exponiendo, una de las formas de expresión del multiculturalismo en América Latina se ha reflejado hasta nuestros días en reformas constitucionales⁷ sin que México sea la excepción. Lo anterior se dio como resultado de una serie de acontecimientos coyunturales que favorecieron la emergencia de pueblos indígenas en la escena nacional e internacional. En ese orden de ideas, México formó parte del

7 Pese a que la diversidad cultural en general, y en particular la jurídica en América Latina, se ha reconocido en Constituciones de países como México (1992, 2001 y 2024), Bolivia (2009), Colombia (1991), Venezuela (1999), Brasil (1998) y Ecuador (1998), tales cambios no se han reflejado en una articulación o coordinación real entre Derecho Indígena y derecho estatal. Es decir, aunque estos ordenamientos consienten la existencia de dichos sistemas jurídicos, son las propias Constituciones federales las que determinan hasta qué punto pueden ejercer su *derecho propio*, lo que en automático las posiciona en un estado de subordinación más que de coordinación respecto al derecho estatal.

panorama latinoamericano [cuyo] rasgo relevante [fue] la conformación de modelos políticos multiculturales o, al menos, Estados con políticas multiculturales [entendidos] como aquellos países donde el discurso de la multiculturalidad se erige como la narrativa dominante en materias culturales, la que se expresa tanto en los discursos gubernamentales como en la legislación. (Zapata, 2019, p. 20)

Las reformas de 1992, 2001 y recientemente en 2024 a la CPEUM en materia cultural y de derechos indígenas a que hemos hecho alusión, a pesar de significar un avance considerable en la materia, no han dejado de ser objeto de críticas en virtud de que aun y cuando reconocen el carácter pluricultural del país, no responden a la problemática originada por la diversidad en donde pueblos y comunidades indígenas han surgido como nuevos actores políticos que exigen reconocimiento, espacios de participación y respeto a sus formas de expresión, entre ellas, a su *derecho propio* o Derecho Indígena.

Con estas medidas se ha caído en un neoindigenismo en el cual el Estado continúa adoptando un papel protector y preservador al pretender su integración a la cultura dominante. En ese sentido, aunque el artículo 2 hace referencia a la libre determinación de los pueblos indígenas, derecho que hemos señalado, incluye el reconocimiento implícito al *derecho propio* de estos pueblos en tanto sistema jurídico, lo hace de una manera limitativa al determinar que se hará en un marco constitucional y de los derechos humanos dejando a consideración de las entidades locales la suerte y el destino de esta facultad⁸. Cabe destacar que estas reformas al encuadrarse en el ámbito del multiculturalismo y en relación

8 En ese sentido, en cuanto al derecho a la libre determinación de pueblos indígenas, por citar uno de sus tantos derechos, la CPEUM vigente señala en su inciso B:

La Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, deberán establecer las instituciones y determinar las políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, intercultural y sostenible, las cuales deben ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

con el reconocimiento del Derecho Indígena lo hacen a partir de una relación de subordinación.

Tal parecería que las reformas obedecieron más a un compromiso moral con la sociedad internacional, o bien un proyecto ético-político, que a un reconocimiento efectivo de los derechos de pueblos indígenas con sus respectivos sistemas jurídicos. Estas modificaciones a la CPEUM no abandonan el criterio de mayoría sobre minorías en el momento en que el Estado de manera unilateral decide el contenido y el alcance del derecho a la libre determinación privilegiándose en todo momento la visión preponderante. Característica adicional del multiculturalismo presente en las reformas a la CPEUM es tratar a todos, independientemente de la cultura a la cual pertenezcan, como iguales ante la ley sin tomar en consideración las diferencias étnicas.

Para Cruz Rodríguez (2014), «el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo y del pluralismo jurídico son necesarios para alcanzar la igualdad, la coexistencia y la tolerancia entre grupos culturales» (p. 74). A decir de Sámano Rentería (2011):

La desigualdad no se acaba por decreto, aunque se afirme en la Constitución política que todos son iguales ante la ley, la realidad muestra que hay diferencias sociales, económicas, políticas, religiosas y culturales que aun en las sociedades modernas y complejas no se han superado. (p. 547)

El multiculturalismo plasmado en la CPEUM ha tratado de borrar las diferencias a partir de una supuesta igualdad cuando en realidad se impone la visión de la sociedad mayoritaria.

En el caso del reconocimiento del Derecho Indígena este se ha hecho a partir del grupo en el poder y con una clara supremacía del derecho estatal. No basta que se establezca que México es una «Nación pluricultural» si no se hace a partir de un reconocimiento pleno de los sistemas jurídicos de pueblos indígenas. Vargas Garduño *et al.* (1996) refuerzan la idea anterior cuando sostienen que el multiculturalismo

es una palabra portadora de una perspectiva neoliberal, que encierra una idea de «tolerancia». Esta «tolerancia» o «respeto» se traduce en la aceptación pasiva de la coexistencia de grupos diversos al hegemónico en un mismo territorio. Las consecuencias éticas de esta postura implican el reforzamiento de una actitud endocéntrica, que impide el involucramiento entre grupos diferentes. (p. 3)

Esto ha sido palpable en el caso de megaproyectos como el *Tren Maya* en las resoluciones judiciales relativas a los amparos 435/2020 y 411/2020, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN), en las cuales se puede apreciar cómo los argumentos se basaron únicamente en el derecho estatal. Esta ideología que hasta nuestros días está presente en el escenario mexicano, al tener como base una actitud protectora por parte del Estado, ha impedido que los pueblos indígenas se desarrollen plenamente al limitar su libre determinación y con ello la libertad sobre el uso y el destino de sus recursos naturales.

Para Hernández Pichardo (2011), «el multiculturalismo mexicano contemporáneo parte de las mismas ideas de los frailes mendicantes del siglo XVI, pues aborda el tema indígena como un problema de índole moral y no como un problema socio-económico y de índole política» (p. 8). A decir de la citada autora, con la implementación del multiculturalismo en México parecería que más que un avance en cuanto a los derechos de pueblos indígenas ha habido un cierto retroceso recordando las estrategias del Estado que fueron implementadas en el indigenismo mexicano como política hacia la población indígena. En México el multiculturalismo ha significado un proceso complejo en el cual, por un lado, se han reconocido una serie de derechos a favor de pueblos indígenas; y, por otro, al mismo tiempo, se han señalado una serie de limitantes que obstaculizan su pleno ejercicio acercándose más a una paradoja que a un modelo que permita el libre desenvolvimiento de pueblos indígenas.

Es por ello que actualmente se puede hablar de crisis del multiculturalismo, pues no se ha reflejado un avance sustancial en cuanto al ejercicio del Derecho Indígena. En el caso mexicano, al igual que en otros de la región, la política multiculturalista como estrategia ante la comunidad

internacional permite presentarse al concierto global como expresión de modernidad, vanguardismo y en concordancia con la protección de derechos humanos. Es decir, ha sido contemplada más como una tendencia o una moda que como una forma de resolver una situación que ha existido desde hace mucho tiempo: la realidad y la vigencia del Derecho Indígena.

Como hemos podido observar a lo largo de este apartado, el multiculturalismo, en el caso de México, no ha significado la política o ideología que represente un canal efectivo en general para sus pueblos indígenas, en especial a lo que sus sistemas jurídicos se refiere. Lo anterior a pesar de tener diferencias sustantivas respecto de otros modelos de gestión. Por el contrario, esta política multicultural expresada en reformas constitucionales y demás legislación no ha hecho sino reafirmar la hegemonía estatal desde la cual se define el significado y el alcance de la pluralidad cultural y normativa del país.

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio —el Derecho Indígena—, si bien dentro de las reformas a la CPEUM está contemplado dentro del derecho a la libre determinación, aquel no ha podido ser respetado y reconocido en resoluciones en las que se ven involucrados pueblos indígenas que invocan su *derecho propio* ante acciones del Estado. Tal escenario, como se nos presenta hasta nuestros días, está muy lejos de permitir una articulación real entre derecho estatal y Derecho Indígena.

Por lo tanto, sin dejar de resaltar los logros, aunque limitados, del multiculturalismo, por las razones expuestas consideramos que, de continuar con esta ideología o tendencia en cuanto al tratamiento de la diversidad cultural en un país como México, se correría el riesgo de perpetuar la situación de desventaja y discriminación de la cual es objeto el Derecho Indígena. Consideramos que carece de sentido reconocer que estos pueblos tienen derecho a la libre determinación, incluido su *derecho propio*, si al mismo tiempo se limita su ejercicio a lo que el propio Estado señale. De ahí que es necesario transitar a otros enfoques a partir de las bases que ha forjado el multiculturalismo, para que se pueda ir más allá e ir configurando un escenario de igualdad jurídica entre derecho estatal y Derecho Indígena.

Proponemos que la articulación entre ambos sistemas jurídicos se realice a través de la interculturalidad como paradigma emergente, la cual, entre otras cosas, plantea una convivencia, en este caso, de sistemas jurídicos divergentes y basada en relaciones simétricas y no de subordinación. Lo anterior, a través del diálogo intercultural entendido no solamente como el simple intercambio de palabras o posturas, sino como un canal de comunicación efectivo basado en el interés, el respeto, el conocimiento y el enriquecimiento mutuo de otros saberes.

6. CONCLUSIONES

En este apartado se lleva a cabo una serie de conclusiones que bien podemos calificar de provisionales, toda vez que el tema no se agota con lo expuesto; por el contrario, pretende ser punto de arranque en cuanto al debate, al análisis y a la reflexión a partir de lo expuesto. Primeramente, encontramos que el multiculturalismo, ya sea visto como ideología, hecho o política llevada a cabo por los Estados, tiene un sinnúmero de significados dependiendo de cada autor, lo que de cierta forma imposibilita su asentamiento conceptual. Además de lo anterior, el multiculturalismo depende de cada situación y momento en particular. Hallamos que para un número importante de autores su alcance es más normativo que descriptivo. No obstante, percibimos que aún con las dificultades que implica, puede ser entendido como el hecho de reconocer formalmente, por parte de los Estados, las diferencias culturales en un mismo entorno.

Como característica de este modelo de gestión de la diversidad, está el hecho de romper con los paradigmas que pretendían la conformación de una sociedad homogénea a partir de no reconocer las diferentes expresiones culturales. De igual manera, encontramos que, pese a este avance respecto de otros modelos, el multiculturalismo no va más allá del reconocimiento, sencillamente se queda en tolerancia y respeto expresados en una aceptación pasiva de las diferencias. Por último, en cuanto a este punto, observamos que para la mayoría de autores el multiculturalismo no ha dado los resultados esperados, pues minorías como los pueblos indígenas continúan hasta hoy día luchando por mayores espacios de actuación, tanto al interior como al exterior de sus comunidades.

En cuanto al apartado «Crisis del multiculturalismo», encontramos que la coyuntura internacional, como las guerras mundiales, el fin de la Guerra Fría, entre otros hechos, dieron como resultado el auge de movimientos sociales, entre ellos, el de pueblos indígenas que reclamaban mayores derechos desde la colectividad en América Latina en general y en México en particular. Hallamos que, a pesar de intentar superar las deficiencias de los modelos previos, el multiculturalismo no ha abandonado la ideología liberal reflejada en la dicotomía mayoría-minoría, en la que, sobra decir, es el grupo mayoritario el que detenta el poder determinando el rumbo y el destino de estos pueblos. En otras palabras, a pesar de reconocer y otorgar ciertos derechos a los pueblos indígenas, las decisiones trascendentales las sigue tomando el Estado.

Además, para los autores citados, el multiculturalismo no es más que un proyecto inacabado. Es decir, no ha sido suficiente el reconocimiento formal de las diferencias por parte del Estado. No se ha avanzado en el fomento de la interlocución, la interacción entre diversas formas de pensar, en sí, el interés por el otro. El multiculturalismo ha significado una política que promueve las diferencias étnicas y culturales en lugar de promover canales de comunicación y entendimiento en un entorno simétrico y no de subordinación. En ese sentido, fenómenos como la discriminación, la exclusión y la marginación aún están latentes en estos pueblos.

En «Multiculturalismo, Constitución y pueblos indígenas en México», encontramos que el multiculturalismo se ha visto materializado, principalmente y en lo que respecta a pueblos indígenas, en reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que datan de 1992, pues antes de esta fecha no existe referencia expresa hacia estos pueblos en dicho texto. A nivel internacional, hallamos que existen una serie de instrumentos convencionales que fueron la base del reconocimiento constitucional por parte de los Estados, entre ellos, México. Lo anterior dio como resultado una serie de reformas en materia indígena al artículo 4 en 1992, y finalmente el numeral 2 quedó como está en la actualidad.

Un factor adicional fue el levantamiento armado del EZLN, que si bien no fue el único, es el que mayormente ha representado el movimiento indígena en México. Pese a las reformas a la Constitución, la situación de los pueblos indígenas no se ha reflejado en mejores condiciones de vida. Es decir, continúan en un estado de vulnerabilidad, discriminación y constantes amenazas a sus entornos y al no reconocimiento real de su *derecho propio*. Encontramos que es la propia Constitución la que de cierta forma limita la actuación de estos pueblos al dejar en claro que el Estado determinará su significado, su alcance, su interpretación y su aplicación a partir del principio de que la nación es única e indivisible.

Por último, en «Multiculturalismo y Derecho Indígena en México», encontramos que a pesar de los avances en el reconocimiento de la diversidad cultural, y con ello de los pueblos indígenas, no han dejado de ser objeto de críticas por no responder a una situación real que demanda mejores condiciones y espacios de actuación para estos pueblos. Respecto a lo anterior, hallamos una situación por demás contradictoria. Es decir, por un lado, la Constitución hace referencia a la libre determinación, de la cual se desprende, entre otras prerrogativas, el derecho al *derecho propio*. Por otro lado, en el mismo precepto limita la actuación de pueblos indígenas cuando establece que se hará a partir de lo que señale la propia normativa.

Al encontrarse estas reformas encuadradas en el multiculturalismo, continúa la idea de subordinación más que de articulación entre derecho estatal y Derecho Indígena. El Derecho Indígena, por lo tanto, sigue estando en un nivel inferior a pesar de existir un supuesto pluralismo jurídico. Asimismo, hallamos que las reformas lo hacen desde una perspectiva universal, es decir, tratan a todos de igual manera sin tomar en cuenta las diferencias y las particularidades de estos pueblos. Por ello, se habla de una crisis del multiculturalismo en México, pues dichos cambios no reflejan cambios sustanciales respecto al Derecho Indígena. De ahí que sea necesario pensar en otros modelos, como la interculturalidad, que posibiliten un mayor campo de actuación del Derecho Indígena en México.

REFERENCIAS

- Angeles-Hernandez, E. (2024a). Estado actual del derecho indígena en las teorías tradicionales y contemporáneas del derecho en México. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, 19, 1-28. <https://doi.org/10.22201/cimsur.18704115e.2024.v19.712>
- Angeles-Hernandez, E. (2024b). Estado moderno y monismo jurídico como excluyentes del derecho indígena en México. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 18(2), 175-194. <https://doi.org/10.20318/reib.2024.8825>
- Angeles-Hernandez, E. (2024c). Derecho Indígena en México. Estudio desde la crítica jurídica latinoamericana y la interculturalidad. *Religación*, 9(39), 1-25. <https://doi.org/10.46652/rgn.v9i39.1157>
- Arango, A. S. (2018, 19 de febrero). La reivindicación indígena en México: ¿multiculturalismo o interculturalidad? *La Catarina. Publicación Estudiantil de la Universidad de las Américas Puebla*. <https://lacatarina.udlap.mx/2018/02/la-reivindicacion-indigena-en-mexico-multiculturalismo-o-interculturalidad/>
- Barabas, A. M. (2014). Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. *Configurações. Revista Ciências Sociais*, (14), 1-13. <https://doi.org/10.4000/configuracoes.2219>
- Beuchot, M. (2005). *Interculturalidad y derechos humanos*. UNAM; Siglo XXI Editores.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. (2024). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. [Última reforma DOF 15-11-2024, México].
- Colom, F. (1998). *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*. Anthropos Editorial.
- Cruz, E. (2013). Multiculturalismo e interculturalismo: una lectura comparada. *Cuadernos Interculturales*, (20), 45-76.

- Cruz, E. (2014). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad. *Criterio Jurídico*, 13(2), 69-101. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/829/693>
- Fernández, T. y García J. (2014). *Multiculturalidad y educación: teorías, ámbitos y prácticas*. Alianza Editorial.
- García Martínez, A. J., Escarbajal Frutos, A. y Escarbajal de Haro, A. (2007). *La interculturalidad. Desafío para la educación*. Dykinson.
- Hernández Pichardo, A. M. (2011). El multiculturalismo mexicano: continuidad del indigenismo del siglo XVI hasta nuestros días. *Revista de Estudiantes de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras*, 1-10. <https://es.scribd.com/document/357060954/El-Multiculturalismo-Mexicano>
- Hernández Pulido, J. R. (1995). La OIT y los pueblos indígenas y tribales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(82), 153-167. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1995.82.3320>
- Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de «multiculturalismo» e «interculturalismo». *Revista Ra Ximhai*, 3(2), 429-442. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46130212>
- Izquierdo, M. E. (2005). El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (50-51), 109-124. <https://corteidh.or.cr/tablas/r23274.pdf>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós Ibérica.
- López, F. (2010). *Legislación y derechos indígenas en México*. H. Cámara de Diputados.
- Maldonado, I. (2010). De la multiculturalidad a la interculturalidad: la reforma del Estado y los pueblos indígenas en México. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 7(14), 287-319. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632010000300012

- Molina, F. (2013). La educación intercultural: complejidades enriquecedoras. En M. de L. Casillas y L. Santini (coords.), *Reflexiones y experiencias sobre educación superior intercultural en América Latina y el Caribe. Tercer Encuentro Regional* (pp. 184-195). Secretaría de Educación Pública.
- Oliva, J. D. (2012). *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Olivé, L. (2004). *Interculturalismo y justicia social: autonomía e identidad cultural en la era de la globalización*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rojas, I. (2005). Pluralismo cultural, multiculturalismo e interculturalidad. En *Patrimonio Cultural y Turismo. Cuadernos 13* (pp. 183-186). Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. https://www.cultura.gob.mx/turismocultural/publi/Cuadernos_19_num/cuaderno13.pdf
- Sámano, M. Á. (2011). Los dilemas del multiculturalismo y los pueblos indígenas del siglo XX. *Alegatos*, (78), 545-560. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/287>
- Sánchez, E. (2004). *Derecho constitucional*. Porrúa.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus.
- Schmelkes, S. (2003). Educación intercultural. Reflexiones a la luz de experiencias recientes. *Revista Electrónica Sinéctica*, (23), 26-34. <https://sinectica.iteso.mx/index.php/SINECTICA/article/view/296/289>
- Schmelkes, S. (2009). Educación y diversidad cultural. En A. de Alba y R. Glazman (coords.), *¿Qué dice la investigación educativa?* (pp. 437-468). COMIE.
- Serna, J. M. (1998). Diversidad cultural, etnicidad y democracia. En C. Mondragón y A. Echegollen (coords.), *Democracia, cultura y desarrollo* (pp. 81-105). Praxis-UNAM.

- Tubino, F. (2002). Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva. En N. Fuller (ed.), *Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades* (pp. 51-76). Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Interculturalidad%20y%20Politica.pdf>
- Vargas, M. de L. (2013). *La educación intercultural bilingüe y la vivencia de la interculturalidad en familias p'urhepecha*. Secretaría de Educación Pública.
- Vargas, M. de L., Schmelkes, S. y Méndez, A. M. (1996). *Reflexiones sobre multiculturalismo e interculturalidad y sus implicaciones en la práctica de la educación intercultural bilingüe en México* [Ponencia]. XI Congreso Nacional de Investigación Educativa. http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_12/1996.pdf
- Zapata, C. (2019). *Crisis del multiculturalismo en América Latina*. Universidad de Guadalajara; CALAS.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. (Convenio n.º 107). (1957). https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO
- Convenio (169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (27 de junio de 1989). <https://www.refworld.org/es/leg/trat/oit/1989/es/19728>
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del artículo 2.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos. *Diario Oficial de la Federación* (30 de septiembre de 2024). <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/947760/DOF-2024-09-30-VES-SG.pdf>
- Sentencia 435-2020. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción (2021). Suprema Corte de Justicia de la Nación México. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2020/24/2_278115_5770_firmado.pdf

Sentencia 411/2020. Tribunal Colegiado en materias civil y administrativa del Décimo Cuarto Circuito. Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción (2021). Suprema Corte de Justicia de la Nación México. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2020/24/2_277619_5790_firmado.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Recolección, análisis, selección de información, redacción y aprobación de la versión que se publicará.

Agradecimientos

El autor agradece al Dr. Juan Daniel Oliva Martínez (UC3M) por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Elias Angeles-Hernandez es docente e investigador en la Cátedra sobre Sostenibilidad, Inclusión, Diversidad y Derechos Humanos del Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, «Francisco de Vitoria», en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Miembro del Diploma de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional en la UC3M. Profesor de Derecho Indígena y Control de la Convencionalidad y Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctorando e investigador en Derecho y en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Líneas de investigación: Derecho Indígena, interculturalidad, derechos humanos, multiculturalismo.

Correspondencia

eangeles@inst.uc3m.es

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 183-203

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1072>

La exclusividad del proceso contencioso administrativo en la vía ordinaria

The exclusivity of the administrative litigation process in the ordinary jurisdiction

A exclusividade do processo contencioso administrativo na via ordinária

JUAN JOSÉ LINARES SAN ROMÁN
Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)
Contacto: jlinares@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0035-4074>

RESUMEN

El presente trabajo se circunscribe a cuestionar el empleo de la pretensión de nulidad del acto jurídico, basada en la normativa del Código Civil, para solicitar la declaración de nulidad de actos administrativos que se encuentran sustentados en normas de derecho administrativo; por ende, se reafirma la exclusividad del proceso contencioso administrativo, en la vía ordinaria, para formular la pretensión de nulidad de actos administrativos emitidos al amparo de normas de derecho público.

Palabras clave: derecho público; nulidad de actos administrativos; nulidad de acto jurídico; exclusividad del proceso contencioso administrativo; competencia.

ABSTRACT

This paper focuses on questioning the use of the claim for nullity of legal acts, based on Civil Code provisions, to request the annulment of administrative acts that are grounded in administrative law. Accordingly, it reaffirms the exclusivity of the administrative litigation process, within the ordinary jurisdiction, for filing claims seeking the annulment of administrative acts issued under public law norms.

Key words: public law; annulment of administrative acts; annulment of legal acts; exclusivity of the administrative litigation process; jurisdiction.

RESUMO

O presente trabalho limita-se a questionar o uso da pretensão de nulidade do ato jurídico, com base nas normas do Código Civil, para solicitar a declaração de nulidade de atos administrativos que se baseiam em normas de direito administrativo; portanto, reafirma-se a exclusividade do processo contencioso administrativo, na via ordinária, para formular a pretensão de nulidade de atos administrativos emitidos com base em normas de direito público.

Palavras-chave: direito público; nulidade de atos administrativos; nulidade de ato jurídico; exclusividade do processo contencioso administrativo; competência.

Recibido: 6/11/2024
Aceptado: 28/5/2025

Revisado: 19/12/2024
Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

La especialidad contencioso administrativa tiene una existencia relativamente reciente en el Poder Judicial peruano si la comparamos con otras especialidades como la civil o la penal, ya que se fue conformando paulatinamente a partir de la entrada en vigencia de la Ley n.º 27584, Ley

que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, ocurrida en el año 2002, la cual ha tenido sucesivas modificaciones hasta la promulgación de su actual Texto Único Ordenado (TUO) aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS.

La irrupción del proceso contencioso administrativo generó diversas situaciones que se deben definir, como la referida a la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocerían las controversias de tal naturaleza, pues anteriormente estas eran resueltas mediante los procesos regulados en el Código Procesal Civil vigente desde 1993. Ello se enmarca en la problemática sobre la aplicación de normas y principios del derecho privado para resolver las controversias de naturaleza administrativa que pertenecen al derecho público, las cuales deben ser solucionadas bajo la normativa respectiva conjugando el interés general y los derechos e intereses de los administrados, así como con la aplicación del principio de legalidad en forma transversal y general.

El maestro Gordillo (2007) describe dicha problemática en los siguientes términos:

Esta circunstancia ha tentado siempre a más de un jurista enfrentado con los problemas del derecho administrativo, sugiriéndole adoptar la clasificación y definición propia del acto jurídico del derecho privado, solo que trasladándola al derecho público. Esta ha sido, más de una vez, la actitud de parte de la jurisprudencia; es también, casi intuitivamente, la que adoptan los abogados no especializados en el derecho administrativo: ello se debe a una formación muy detallada en derecho privado, producto de los programas de estudio clásicos de las distintas universidades, y a una escasa formación en derecho administrativo. (pp. 1-2)

Al respecto, debe indicarse que esta situación se mantiene vigente en nuestro medio forense, ejemplo de ello es que diversos operadores jurídicos vienen utilizando la pretensión de nulidad del acto jurídico, basada en la normativa del Código Civil, para postular pretensiones que persiguen la declaración de nulidad de actos administrativos que se encuentran sustentados en normas de derecho público, esto es, se utilizan

indistintamente el proceso civil y el proceso contencioso administrativo como vías procesales para dicho propósito.

A manera de ejemplos jurisprudenciales tenemos la Casación n.º 8331-2018 Huaura, en la cual se produjo una discordia, de forma que en el voto mayoritario se considera que resulta factible emplear la vía del proceso civil para impugnar un acto administrativo al amparo de la causal contenida en el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, mientras que el voto en minoría establece que se debe utilizar la vía del proceso contencioso administrativo al amparo de las causales previstas en la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (pp. 12, 27).

Asimismo, en la Casación n.º 9935-2020 Cusco, donde también existió discordia sobre el particular, puesto que en el fundamento 4.3 del voto en discordia se indica: «Finalmente, si lo que se sostiene es que no se impugna el acto administrativo sino el acto jurídico allí contenido, estaríamos creando una vía distinta a la propiamente señalada por la ley [...]».

Similarmente, en la Casación n.º 19951-2022 Lima, en el fundamento 4.8 se señala lo siguiente:

es pertinente recalcar que, de permitir al recurrente —so pretexto de una tutela jurisdiccional efectiva— acudir de manera indistinta a la vía civil o a la contencioso administrativa para cuestionar el título PETT y el asiento registral, se desnaturalizaría el proceso contencioso administrativo, que ha sido diseñado como un mecanismo a través del cual el Poder Judicial controla la actuación administrativa inconstitucional o ilegal, proceso que es de plena jurisdicción [...].

Dicha situación tiene su explicación en la facilidad de accionar en el decurso del tiempo para determinados litigantes y sus abogados. Así, en el proceso contencioso administrativo se debe observar el plazo de caducidad de tres meses para presentar la demanda respectiva, esto es, solicitar la nulidad de un acto administrativo o la declaración de plena jurisdicción, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 18 del TUO de la

Ley n.º 27584, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS. En cambio, en el proceso civil de nulidad de acto jurídico rige el plazo de prescripción de diez años, previsto en el numeral 1 del artículo 2001 del Código Civil, para interponer la demanda correspondiente, y no existe plazo de caducidad al respecto.

Resulta importante precisar que el plazo de caducidad de tres meses existente en nuestro medio para presentar una demanda contencioso administrativa no resulta reducido si nos remitimos a la legislación comparada. Así, en Argentina se establece el plazo genérico de noventa días hábiles judiciales para interponer la acción impugnatoria (demanda), según el artículo 25 de la Ley argentina 19.549. Mientras que en España el plazo para promover la acción contenciosa administrativa (demanda) es de dos meses, según el artículo 46.1 de la Ley española 29/1988 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Rinesi, 2012, p. 997).

De esta manera, en nuestro medio ocurre con frecuencia que cuando se vence el plazo de caducidad de tres meses previsto para la presentación de la demanda contencioso administrativa se recurre, indebidamente, a la vía civil para interponer una demanda de nulidad de acto jurídico sobre la misma controversia de naturaleza administrativa, la que debería resolverse bajo la normativa de derecho público y no del derecho privado, ya que como manifiestan García de Enterría y Fernández (2006) el derecho administrativo es una de las ramas más importantes del derecho público, al cual califican como el derecho público interno por excelencia del Estado (p. 44).

En esta línea, para un sector de los operadores jurídicos resulta factible recurrir indistintamente a la vía especial del proceso contencioso administrativo o a la vía ordinaria del proceso civil para solicitar la nulidad de actos administrativos emitidos bajo normas de derecho público, con lo cual disintimos basándonos en los argumentos que se desarrollarán a continuación.

2. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con la promulgación de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, se plasmó un proceso distinto, con principios

y características propias, con la finalidad de desarrollar lo previsto en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado¹. Sobre este último, Danós (2015) refiere lo siguiente:

El precepto constitucional objeto de este comentario consagra el proceso contencioso administrativo como un mecanismo para el control judicial de la legalidad de la actividad de la Administración Pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que los afecten. (p. 984)

Sobre el particular, debe precisarse que a través del proceso contencioso administrativo también puede efectuarse un control constitucional mediante la aplicación directa de la normativa constitucional, pues así lo ha señalado el Tribunal Constitucional (2006) en la sentencia del 24 de abril de 2006, recaída en el Expediente n.º 047-2004-AI/TC, en los siguientes términos: «El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes» (fundamento 9).

A mayor abundamiento, el numeral 1 del artículo 9 del TUO de la Ley n.º 27584, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS², regula expresamente la facultad de los jueces para ejercer el control difuso en el mismo proceso contencioso administrativo, lo que corrobora el ejercicio del control constitucional antes mencionado.

1 **Artículo 148.** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

2 **Artículo 9. Facultades del Órgano Jurisdiccional**

Son facultades del órgano jurisdiccional las siguientes:

1. Control difuso

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aún en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso.

[...]

Sobre la necesidad de contar con un proceso contencioso administrativo, Monroy (2023) refiere lo siguiente:

De allí que sea esencial para un estado democrático tener un sistema de tutela especializada —tutela diferenciada en lo procedimental y en lo cognitivo— que asegure los derechos del administrado frente a la fuerza ejecutiva de la actividad (o inactividad) de la administración. (p. 231)

Lo mencionado por este autor tiene su correlato en lo previsto en el artículo 1 de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, norma vigente, en el que claramente se establece que el proceso contencioso administrativo tiene como una de sus finalidades la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, para lo cual se efectúa el control jurídico de las actuaciones de la Administración pública sujetas al derecho administrativo.

Además de ello, debe recordarse que las actuaciones administrativas regularmente se plasman en la tramitación de procedimientos regulados en la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo Texto Único Ordenado vigente fue aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, la cual a partir del año 2001 cambió drásticamente la concepción, el desarrollo y los objetivos de los procedimientos administrativos, toda vez que incorpora una serie de importantes principios en su Título Preliminar e introduce principios específicos para el procedimiento administrativo sancionador; cambios que ciertamente permiten su mejor aplicación en los casos concretos, dada la recurrencia a la legislación como fuente primigenia del derecho en nuestro medio forense.

Al respecto, conviene tener presente que en los referidos procedimientos administrativos las entidades públicas usualmente actúan como juez y parte bajo el entendido de que protegen el interés general. Estas actuaciones pueden resultar acertadas, en cuyo caso las impugnaciones judiciales contra aquellas no deberían prosperar, pues no existe sustento fáctico ni jurídico para dicha finalidad; sin embargo, dichas actuaciones también pueden resultar erradas o arbitrarias. En este último escenario es que se requiere el control jurídico de las actuaciones administrativas

por parte de los órganos jurisdiccionales, como lo establecen el artículo 148 de la Constitución y el artículo 1 del TUO de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS.

De esta forma, si los administrados consideran que sus derechos o intereses han sido vulnerados con determinada actuación administrativa, pueden recurrir al Poder Judicial para solicitar que se declare la nulidad de esta y se ejerza la plena jurisdicción a su favor como pretensiones preestablecidas del proceso contencioso administrativo, cuando resulte necesario, para lo cual se debe expresar la fundamentación respectiva en función, principalmente, de lo actuado en sede administrativa y en aplicación de la normativa especial.

Ante ello, corresponde que los órganos jurisdiccionales resuelvan en forma imparcial y objetiva dichos procesos contencioso administrativos, es decir, que no se avalen o soslayen actuaciones administrativas que resulten ilegales o arbitrarias. De lo contrario, no tendría sentido que los administrados presenten sus demandas contencioso administrativas solicitando que se les brinde tutela jurisdiccional efectiva en sus casos concretos, pues de resultar perdedores en los respectivos procesos, ello colisionaría frontalmente con la finalidad de los procesos contencioso administrativos, esto es, el control jurídico de las actuaciones de la Administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos y los intereses de los administrados, como se ha indicado anteriormente.

Ciertamente, el principio de imparcialidad caracteriza a toda labor judicial, ya que conlleva la resolución de conflictos jurídicos a través de la heterocomposición, es decir, de un tercero imparcial en relación con las partes que mantienen el conflicto que se debe solucionar. Esto, en el caso de los procesos contencioso administrativos, resulta de especial trascendencia, pues los privados enfrentan a la Administración estatal materializada en alguna de las entidades públicas. Al respecto, García de Enterría y Fernández (2006) señalan:

La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una *potentior persona*, un personaje poderoso [...] puede crear,

modificar o extinguir derecho por su sola voluntad mediante actos unilaterales [...] e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones [...] Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. (p. 51)

En consecuencia, resulta necesario que el poder de la Administración sea controlado por los órganos jurisdiccionales a fin de garantizar la vigencia de un Estado constitucional de derecho y, por ende, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, máxime si es frecuente que en nuestro país se confunda el ejercicio del principio de autoridad con el autoritarismo o que lamentablemente prevalezca el interés particular sobre el interés general.

Se puede advertir, entonces, la importancia y la trascendencia del proceso contencioso administrativo, dado que constituye una expresión del *checks and balances* (controles y contrapesos), utilizando la denominación anglosajona, entre las entidades que ejercen el poder, lo cual caracteriza a todo sistema democrático occidental y cuyo propósito es cautelar los derechos y los intereses de los ciudadanos. Estos deben contar con mecanismos de protección frente a la actuación de las entidades públicas, que se acrecienta con el tiempo en nuestro país, en la medida que se regulan más situaciones y se crean nuevos organismos públicos en el entendido de que el Estado debe tener mayor protagonismo en la sociedad. Ello resulta discutible, puesto que no debe sobredimensionarse, a efectos de que pueda tener una actuación eficiente en beneficio de su población.

3. LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el TUO de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, se contempla como pretensión, entre otras, la declaración de nulidad total o parcial o la ineficacia de actos administrativos (artículo 5, numeral 1),

que ha venido siendo la de mayor recurrencia en las demandas contencioso administrativas presentadas ante los órganos jurisdiccionales por parte de los justiciables, de acuerdo con la experiencia del autor, quien viene conociendo y resolviendo este tipo de procesos por más de catorce años.

La mencionada pretensión debe sustentarse jurídicamente en alguna de las causales de nulidad del acto administrativo previstas en el artículo 10 de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo tenor ha permanecido invariable hasta la entrada en vigencia del actual Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS.

En ese marco legal, usualmente se impugna un acto administrativo —por lo general contenido en una resolución— invocando las siguientes causales de nulidad contempladas en el referido artículo 10 de la Ley n.º 27444: (i) la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias (numeral 1); (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (numeral 2).

En relación con la primera de las causales antes mencionadas, regularmente se denuncia que se han contravenido leyes o reglamentos de naturaleza administrativa. De esta manera, se pueden impugnar actuaciones de diferente naturaleza (previsional, laboral, tributaria, etc.), materializadas a través de procedimientos administrativos generales, procedimientos administrativos sancionadores, procedimientos trilaterales y procedimientos especiales, en los cuales se ha aplicado normativa general o especial, cuya transgresión se denuncia a fin de obtener la nulificación de las actuaciones administrativas impugnadas.

Sobre la segunda causal corresponde precisar que se trata de verificar el incumplimiento de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo contemplados en el artículo 3 de la Ley n.º 27444, cuyo contenido no ha variado hasta la fecha, esto es, los requisitos de competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular. Se trata de presupuestos que tienen un contenido especial al estar enmarcados en el derecho administrativo, por lo que la verificación de su cumplimiento debe efectuarse en este ámbito e impide aplicar institutos o principios de otras ramas del derecho.

4. LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DE ACTO JURÍDICO REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL

Como es conocimiento general, la pretensión de nulidad de acto jurídico usualmente se plantea al amparo de algunas de las causales contempladas en los artículos 219 y siguientes del Código Civil. Es una de las utilizadas en nuestro medio forense para impugnar actos jurídicos trascendentes de naturaleza civil, se tramita en vía del proceso de conocimiento dado que usualmente es compleja y contiene una cuantía elevada o comprende la titularidad de bienes inmuebles de valor relevante, lo que requiere de un análisis fáctico y jurídico exhaustivo.

Aunado a ello, los petitorios regularmente contienen la acumulación de varias pretensiones principales y accesorias, lo cual incrementa la mencionada complejidad para su tramitación y su resolución. En estos casos se requiere de un desarrollo prolijo en la medida que la resolución de cada pretensión requiere de la fundamentación correspondiente, que usualmente resulta distinta a las demás; lo mismo ocurre con el ofrecimiento de los respectivos medios probatorios.

Asimismo, para presentar la demanda de nulidad de acto jurídico debe observarse el plazo de prescripción de diez años previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, como se ha mencionado anteriormente, lo cual permite un mayor margen de maniobra en el tiempo para que los interesados puedan recurrir ante los órganos jurisdiccionales.

Entonces, estamos ante una pretensión de naturaleza civil por razón de la materia, dado que se busca nulificar actos jurídicos privados en el marco de lo previsto en el Libro II del Código Civil, artículos 219 y siguientes. Por ende, la misma debe ser de conocimiento de los jueces civiles de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Código Procesal Civil, que establece la competencia por razón de la materia según la naturaleza de la pretensión.

Respecto al acto jurídico, en la doctrina podemos ubicar la denominación de negocio jurídico como la más apropiada; así, Taboada (1988) enmarca la nulidad de este dentro de la invalidez en los siguientes términos:

Se distinguen dos tipos de Invalidez del Negocio Jurídico, la Nulidad y la Anulabilidad. Se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa. (p. 71)

Por su parte, Rubio (2013) señala lo siguiente:

Lo primero que hay que destacar es que, como en todo caso de invalidez, la nulidad pertenece a la esfera de lo intrínseco del acto, es decir, existe nulidad cuando uno de sus elementos esenciales presenta problemas desde la misma conclusión del acto o cuando este atenta contra una norma de orden público o contra las buenas costumbres. (p. 17)

Asimismo, Espinoza (2008) refiere que «la nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que se configura por una patología de los elementos esenciales del negocio jurídico» (p. 498).

Lo indicado por estos autores tiene su correlato en lo previsto en el artículo 219 del Código Civil, donde se enumeran las causales de nulidad como falta de manifestación de voluntad, objeto física o jurídicamente imposible, fin ilícito, simulación absoluta, entre otras; y en el artículo V del Título Preliminar, que regula la nulidad virtual cuando el acto jurídico es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En este sentido, se hace expresa mención a la ausencia o la problemática de los elementos esenciales del acto o negocio jurídico, o a la anti-juridicidad de estos en la medida que colisionan con una norma de orden público de carácter imperativo o con las buenas costumbres; lo que en cada caso concreto requiere de una debida fundamentación y probanza a efectos de poder obtener sentencias estimatorias en sede jurisdiccional.

Ciertamente, cuando se postula la nulidad de determinado acto jurídico al amparo de la normativa del Código Civil, se entiende que estamos ante un conflicto jurídico de naturaleza privada, lo que descarta que se pueda aplicar normativa del derecho público para su dilucidación.

5. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS ADMINISTRATIVOS SUJETOS A DERECHO PÚBLICO Y LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS SUJETOS A DERECHO PRIVADO

En primer término, conviene citar a García de Enterría y Fernández (2006), quienes puntualmente señalan: «El acto administrativo no es el paralelo en el Derecho público de la teoría del negocio jurídico en el Derecho privado; hoy así lo aceptan tanto los administrativistas como los privatistas (De Castro, Flume)» (pp. 590-591).

Si bien el acto administrativo y el negocio jurídico no pueden considerarse idénticos, debe resaltarse que existe vinculación entre ambos, ya que el acto administrativo es una especie de acto o negocio jurídico en el cual no solamente se discute un interés privado —como ocurre en los procesos civiles—, sino que tiene como objetivo fundamental el interés general, como reza el artículo III del Título Preliminar de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Garantiza, así, los derechos y los intereses de los administrados con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general, esto es, con observancia del principio de supremacía constitucional y del principio de legalidad, respectivamente.

Asimismo, Martín (2021), citando a Gordillo, refiere que son cuatro las notas distintivas del acto administrativo: (i) la presunción de legitimidad, esto es, que todo acto administrativo se presume válido mientras no se declare su nulidad o su ineficacia; (ii) la ejecutoriedad, que es la capacidad de la administración de ejecutar por sí misma el acto administrativo; (iii) la estabilidad, por la cual, en principio, el acto administrativo es irrevocable; y, (iv) la impugnabilidad, que conlleva la posibilidad de cuestionar el acto administrativo por parte del administrado (p. 305).

En este contexto, cabe resaltar las diferencias entre la pretensión de nulidad del acto jurídico regulado en el Código Civil y la nulidad del acto administrativo regulada en la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; es decir: (i) la legitimidad para obrar la tiene, usualmente, la parte material del conflicto de intereses privado que antecede al proceso, mientras que en lo referente al acto administrativo la tiene el administrado en el marco de un procedimiento administrativo

preexistente en el cual no se ha atendido lo que ha solicitado o ha sido sancionado, salvo los procesos de lesividad donde es parte demandante la propia Administración pública; (ii) la nulidad del acto jurídico manifiesta puede ser declarada de oficio por el juez, mientras que la nulidad del acto administrativo la puede declarar de oficio la propia Administración dentro del plazo de ley; de no hacerlo todavía puede recurrir al Poder Judicial para dicho propósito a través del proceso de lesividad dentro del plazo legal respectivo.

En esta línea, Priori (2006) señala que al proceso contencioso administrativo le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos; sin embargo, los conflictos que son materia de este tienen una naturaleza sustancialmente distinta de los conflictos que son materia del proceso civil, por lo cual las reglas y los principios que los rigen también lo son; precisa, además, que las diferencias entre ambos procesos son:

1. Dentro del conflicto que da origen al proceso contencioso administrativo interviene la Administración Pública en uso de las prerrogativas propias del derecho administrativo.
2. En el proceso contencioso administrativo interviene la Administración Pública frente a una pretensión planteada contra o por ella basada en una actuación sustentada en el derecho administrativo.
3. Antes del inicio del proceso contencioso administrativo ha existido un intento legítimo por resolver un determinado asunto a través de la autotutela. (pp. 91-92)

De lo expresado por este autor conviene destacar el marco jurídico en el que deben solucionarse los conflictos de naturaleza contencioso administrativa, nos referimos al derecho administrativo, que en nuestro país tiene como norma central a la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; pero además existen numerosas normas de carácter reglamentario que resultan pertinentes de acuerdo con la materia discutida en el caso concreto, aplicables bajo los criterios de pertinencia y de vigencia en el tiempo.

Asimismo, dicho autor hace expresa mención al agotamiento de la vía administrativa, lo cual conlleva el desarrollo y la conclusión de un

procedimiento administrativo en el que se puede plasmar la autotutela de la que goza la Administración, que puede resolver ante sí los conflictos que le plantean los administrados. Este agotamiento de la vía administrativa es un requisito de procedencia para la presentación de demandas contencioso administrativas, más allá de los cuestionamientos que se efectúan contra este privilegio al amparo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

6. DE LA EXCLUSIVIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA VÍA ORDINARIA

De lo expuesto precedentemente, resulta claro que la impugnación ordinaria en sede jurisdiccional de actos administrativos dirigida a obtener su nulidad, debe efectuarse en la vía del proceso contencioso administrativo, esto es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, que expresamente señala:

Artículo 3. Exclusividad del proceso contencioso administrativo

Las actuaciones de la administración pública solo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.

La exclusividad señalada en la norma transcrita resulta de suma importancia para concluir que la impugnación de las actuaciones administrativas sujetas a derecho público solamente pueden plantearse ante los órganos jurisdiccionales de la especialidad contencioso administrativa, los cuales tienen a su cargo el conocimiento y la tramitación de las controversias de esta naturaleza, salvo que se denuncie la vulneración del contenido esencial de un derecho constitucional, supuesto en el que puede recurrirse a la vía de los procesos constitucionales de amparo y de cumplimiento.

Lo expresado anteriormente se sustenta en autorizada doctrina expuesta por Priori (2006), quien comentando esta norma refiere:

debe tenerse presente el hecho que el proceso contencioso administrativo se presenta, conjuntamente con los procesos constitucionales y con el proceso de cumplimiento, como las únicas vías procesales a través de las cuales se puede realizar un control de la actuación de la Administración Pública. Esa ha sido la concepción de la Ley, de ahí que en su artículo 3 se haya previsto el denominado principio de exclusividad del proceso contencioso administrativo. (pp. 85-86)

Similarmente, en expresión de Díez Sánchez (2004):

El proceso contencioso-administrativo no es el único proceso ante los Tribunales para resolver conflictos jurídico-administrativos; otra cosa es que pueda ser el general o común o, si se prefiere —por oposición a los ordinarios, civil y penal—, el «proceso específico», como a la postre indicaba la Exposición de Motivos que acompañara al Anteproyecto de dicha Ley. (p. 331)

Asimismo, Guzmán (2012) expresa:

En este orden de ideas, el artículo 3 de la norma contiene el llamado principio de exclusividad, por el cual las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas a través del Proceso Contencioso Administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Ello implica que no puede emplearse procesos civiles, penales o laborales para discutir actuaciones administrativas. (p. 110)

Sobre la exclusividad del proceso contencioso administrativo, la autora Mac Rae (2020) nos dice:

Es precisamente por el desarrollo histórico que ha tenido el proceso contencioso administrativo y por la naturaleza de este proceso, que expresamente se establece la regla de exclusividad del proceso contencioso administrativo como el medio procesal ordinario para la tutela de los derechos e intereses de los administrados; respecto

de las actuaciones de la Administración Pública, que conlleva un litigio, autónomo y propio, diferente del que rige el Código Procesal Civil. (p. 229)

Entonces, resulta claro que las controversias jurídicas referidas a las impugnaciones de actuaciones administrativas sujetas a derecho público, entre las que se encuentran la pretensión de nulidad de acto administrativo, deben necesariamente ventilarse a través del proceso contencioso administrativo, que tiene principios e institutos propios de acuerdo con su naturaleza, y ante órganos jurisdiccionales de esta especialidad, salvo lo referente a la recurrencia de los mencionados procesos constitucionales.

Lo anteriormente concluido se condice con lo expresado por Huapaya (2006), en los siguientes términos «En estricto, el “conflicto administrativo” o la “actuación administrativa” como elemento del objeto del proceso contencioso-administrativo, deberá tratarse de una actuación sometida al Derecho Administrativo» (p. 487).

Como sabemos, las entidades públicas son las que ejercen la función administrativa —salvo los casos de concesión, delegación o autorización a privados—, dentro de la cual se encuentran las actividades normativa, limitativa de derechos y sancionadora, que suscitan la mayor parte de las controversias que se ventilan ante los órganos jurisdiccionales; estas últimas deben resolverse mediante la interpretación de la normativa de derecho público aplicable de acuerdo con el principio de legalidad que rige toda actuación administrativa.

En relación con la especialidad contencioso administrativa al interior del Poder Judicial peruano, debe indicarse que se ha ido consolidando con el tiempo. Inicialmente sus órganos estaban conformados con magistrados de otras especialidades como la civil y la laboral, y varios jueces optaron por permanecer en el área contencioso administrativa, con lo cual se fue fortaleciendo paulatinamente esta nueva especialidad en beneficio de la institución y los justiciables. De ahí que resulte necesario contar en forma permanente con magistrados que conozcan ampliamente la materia en cuestión, esto es, sus instituciones, sus principios y demás particularidades que las diferencian de otras especialidades.

Posteriormente, se ha convocado a concursos públicos de mérito para cubrir las plazas existentes en la especialidad contencioso administrativa, lo que ha permitido el nombramiento de magistrados que cuentan con los conocimientos y la experiencia sobre la materia desde el inicio de sus labores como tales. Esto, ciertamente, coadyuva grandemente al proceso de consolidación de esta especialidad, dado que desde el inicio de sus funciones vienen conociendo y resolviendo procesos contencioso administrativos.

Asimismo, el elevado número de órganos jurisdiccionales de la especialidad contencioso administrativa en la ciudad de Lima y su progresivo incremento en el resto del país demuestra la existencia de una elevada carga procesal, lo que ha llevado a que seis salas de la Corte Suprema conozcan y resuelvan este tipo de procesos con sus diferentes materias como previsional, laboral, tributario, de mercado, sancionador, etc.; y, por ende, la necesidad de fortalecer la especialidad mediante la constante capacitación de los magistrados y el personal auxiliar jurisdiccional.

7. CONCLUSIONES

- La impugnación judicial de actuaciones administrativas se debe resolver bajo la normativa del derecho público, principalmente bajo la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo Texto Único Ordenado vigente fue aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, por lo que se descarta que puedan aplicarse normas del derecho privado para dicho propósito.
- La vía procesal para impugnar judicialmente actuaciones administrativas es el proceso contencioso administrativo regulado en el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS.
- La pretensión de nulidad del acto administrativo debe resolverse bajo las normas del derecho administrativo y a través del proceso contencioso administrativo en forma exclusiva, salvo la recurrencia a los procesos constitucionales en caso se alegue la vulneración de derechos fundamentales.

- Las demandas de nulidad de acto administrativo presentadas en sede civil invocando la normativa del derecho privado resultan improcedentes por razones de incompetencia, dada la exclusividad del proceso contencioso administrativo para la sustanciación de dichas demandas.
- El plazo de caducidad de tres meses previsto para la presentación de la demanda contencioso administrativa resulta adecuado de acuerdo con la prevalencia del interés general y los modelos de legislación comparada.
- Las demandas de nulidad de acto administrativo en sede civil bajo la normativa del derecho privado tienen como origen el vencimiento del plazo de caducidad de tres meses para presentar dichas demandas en sede contencioso administrativa.

REFERENCIAS

- Danós, J. (2015). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (t. III). Gaceta Jurídica.
- Díez, J. J. (2004). Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú. *Revista de Administración Pública*, (165), 327-351. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-165-septiembrediciembre-2004/comentarios-en-torno-la-ley-del-proceso-contencioso-administrativo-del-peru-2>
- Espinoza, J. (2008). *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (t. I). Palestra/Temis.
- Gordillo, A. (2007). *Tratado de derecho administrativo* (t. 3). Fundación de Derecho Administrativo.
- Guzmán, C. (2012). Las actuaciones impugnables en el proceso contencioso administrativo peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 109-119. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13549>

- Huapaya, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Jurista Editores.
- Mac Rae, R. (2020). Objeto del proceso contencioso administrativo en el Perú. *Advocatus*, (036), 225-243. <https://doi.org/10.26439/advocatus2018.n036.4754>
- Martin, R. (2021). *Prácticum. Derecho administrativo. Un enfoque teórico-práctico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica.
- Monroy, J. (2023). *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Palestra.
- Priori, G. (2006). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo* (3.^a ed.). Ara Editores.
- Rinesi, M. (2012). Los plazos para promover la acción contencioso administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Un abordaje a los interrogantes planteados en el derecho argentino y español. *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (16), 993-1010.
- Rubio, M. (2013). *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Taboada, L. (1988). Causales de nulidad del acto jurídico. *Themis Revista de Derecho*, (11), 71-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación n.º 9935-2020 Cusco. Corte Suprema de Justicia de la República (18 de agosto de 2020). <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuiid=ebddf217-3346-4e02-a3b9-22441d0b4aec>
- Casación n.º 8331-2018 Huaura. Corte Suprema de Justicia de la República (30 de julio de 2021). <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuiid=d42e4f8d-8334-4599-a693-331233831303>

Casación n.º 19951-2022 Lima. Corte Suprema de Justicia de la República (19 de agosto de 2024). <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=1d418a65-9594-4eae-9a29-c8eb0e4b0425>

Expediente n.º 047-2004-AI/TC. Tribunal Constitucional (24 de abril de 2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Biografía del autor

Juan José Linares San Román se tituló como abogado, magíster y doctor en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ingresó al Poder Judicial el año 1994 y se desempeñó como juez de trabajo; luego el 2009 ascendió a juez superior; actualmente labora como juez supremo provisional. Asimismo, es profesor de la Academia de la Magistratura y de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Correspondencia

jlinares@pj.gob.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 205-248

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.906>

Cibercriminalidad: retos y desafíos para la administración de justicia peruana

Cybercrime: challenges and difficulties for the administration of justice in Peru

Crime cibernético: desafios para a administração da justiça peruana

FÉLIX ANDRÉS ALCALÁ MOLINA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: felix.alcala@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9549-9462>

RESUMEN

Los avances significativos de la informática, las telecomunicaciones y el internet han impulsado el progreso social, económico, político y han dado lugar a un cambio de paradigma: del delito común al ciberdelito, la delincuencia informática se ha expandido globalmente, lo que ha generado nuevas formas de conductas ilícitas y actividades delictivas en línea. Este fenómeno se ha expandido a nivel mundial causando acciones punibles en el ciberespacio, las cuales se cometen a través de redes sociales, medios informáticos, entornos digitales, dispositivos móviles y/o tecnológicos; ello ha llevado a los legisladores a reestructurar y adoptar herramientas normativas para prevenir este delito. El ciberespacio carece de fronteras y regulaciones legales, lo que otorga ventaja al ciberdelincuente

debido a la alta complejidad, el anonimato, la falta de prueba y la legislación procesal en materia de prueba electrónica. En la actualidad, la labor del representante del Ministerio Público se ve enfrentada a múltiples desafíos y retos en el sistema de justicia, lo que dificulta la investigación, la persecución penal y la formulación de la acusación en el sistema de justicia. Asimismo, los órganos jurisdiccionales cumplen un rol fundamental: los Juzgados de Investigación Preparatoria desempeñan un papel clave en el control de la legalidad, los Juzgados Penales se encargan de conducir el juicio oral; finalmente, las Salas Superiores evalúan posibles vicios procesales y deciden sobre la modificación, la revocación o la confirmación de las sentencias de primera instancia. Los delitos informáticos representan un reto creciente debido a diversos factores, como la constante evolución de la tecnología, el uso de tácticas avanzadas, incluyendo el uso de la inteligencia artificial y *deepfakes*; la ciberdelincuencia posee una gran capacidad para aprovechar la transformación digital con el fin de realizar ciberataques contra redes y sistemas informáticos. El presente estudio tiene como objetivo analizar los retos y los desafíos para la administración de justicia peruana en materia de esta clase de delitos.

Palabras clave: actividades criminales por computadora; ciberdelincuentes; ciberespacio; delito informático; tecnologías de la información y la comunicación.

ABSTRACT

Significant advances in computing, telecommunications, and the internet have driven social, economic, and political progress, leading to a paradigm shift: from common crime to cybercrime. Cybercriminal activity has expanded globally, giving rise to new forms of illicit conduct and criminal activity online. This phenomenon has spread worldwide, resulting in punishable actions in cyberspace, committed through social networks, digital media, online environments, and mobile or technological devices. Consequently, legislators have had to restructure and adopt regulatory tools to prevent such crimes. Cyberspace lacks

borders and legal regulations, which gives cybercriminals an advantage due to high complexity, anonymity, lack of evidence, and procedural legislation regarding electronic evidence. Currently, the role of the Public Prosecutor faces numerous challenges in the justice system, making investigation, criminal prosecution, and the formulation of accusations more difficult. Likewise, judicial bodies play a fundamental role: the Preliminary Investigation Courts are key in controlling legality; Criminal Courts conduct oral trials; and the Superior Courts assess procedural flaws and decide whether to modify, revoke, or uphold first-instance rulings. Cybercrime represents a growing challenge due to various factors, such as the constant evolution of technology and the use of advanced tactics, including artificial intelligence and deepfakes. Cybercriminals possess great capacity to exploit digital transformation to launch cyberattacks against networks and information systems. This study aims to analyze the challenges and difficulties faced by the Peruvian justice system in addressing this type of crime.

Key words: computer-based criminal activities; cybercriminals; cyberspace; cybercrime; information and communication technologies.

RESUMO

Avanços significativos em tecnologia da informação, telecomunicações e Internet impulsionaram o progresso social, econômico e político e levaram a uma mudança de paradigma: do crime comum ao cibercrime, a criminalidade informática se expandiu globalmente, gerando novas formas de conduta ilegal e atividades criminosas on-line. Esse fenômeno se espalhou pelo mundo, causando ações puníveis no ciberespaço, que são cometidas por meio de redes sociais, meios informáticos, ambientes digitais, dispositivos móveis e/ou tecnológicos; isso levou os legisladores a se reestruturarem e adotarem ferramentas regulatórias para evitar esse crime. O ciberespaço carece de fronteiras e regulamentações legais, dando aos cibercriminosos uma vantagem devido à alta complexidade, anonimato, falta de provas e legislação processual sobre evidências eletrônicas. Atualmente, o trabalho do representante do Ministério

Público enfrenta múltiples desafíos no sistema judicial, dificultando a investigação, o julgamento e a formulação de acusações no sistema judicial. Além disso, os tribunais desempenham um papel fundamental: as Varas de Instrução Criminal desempenham um papel fundamental no controle da legalidade, as Varas Criminais são responsáveis pela condução do processo oral; finalmente, as Câmaras Superiores avaliam possíveis defeitos processuais e decidem sobre a modificação, revogação ou confirmação de sentenças de primeira instância. Os crimes informáticos representam um desafio crescente devido a vários fatores, como a constante evolução da tecnologia, o uso de táticas avançadas, incluindo o uso de inteligência artificial e *deepfakes*; o cibercrime tem uma grande capacidade de aproveitar a transformação digital para realizar ataques cibernéticos contra redes e sistemas informáticos. O objetivo deste estudo é analisar os desafios para a administração da justiça peruana na área desse tipo de crimes.

Palavras-chave: atividades criminosas por computador; cibercriminosos; ciberespaço; crime informático; tecnologias da informação e comunicação.

Recibido: 31/12/2023

Revisado: 22/8/2024

Aceptado: 12/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

La evolución del conocimiento humano y el avance de las tendencias en tecnología implicó un cambio en la vida social, cultural y económica del hombre. Ello aunado al origen del internet y las telecomunicaciones involucró nuevos paradigmas a nivel internacional y nacional que revolucionaron el modo y la forma de vida en sociedad. Esto dio origen a ilícitos que se cometen a través de medios tecnológicos, y como consecuencia de las diferentes modalidades de delitos informáticos que afectan a los derechos fundamentales de la sociedad, el Poder Legislativo

tuvo que adecuar las instituciones jurídicas del derecho peruano con la finalidad de describir y regular las conductas ilícitas materializadas a través de leyes que permitan subsumirlas en un tipo penal y a futuro ser sancionadas. En efecto, estos nuevos paradigmas abordan el estudio de nuevos tipos penales que son fenómenos generados por la informática, capaces de ocasionar problemas debido a la complejidad del delito, la falta de tipificación en diferentes países, la transnacionalidad del delito, la falta de consenso entre países, el anonimato, la falta de pruebas, la falta de conocimiento por los operadores de justicia, entre otros que representan ciertas dificultades al derecho penal peruano y la administración de justicia.

Somos testigos de que a lo largo de la historia del Perú han existido reformas en la legislación penal peruana, y está vigente el Código Penal de 1991; sin embargo, el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) cambió la concepción tradicional del delito común al delito informático, y dio lugar a nuevas figuras ilícitas inexistentes para la sociedad, los operadores de justicia, los legisladores y para dicho código. Bajo este precepto nos encontramos ante una nueva realidad, donde no existe un mundo real, sino uno digital, que mantiene sus propias reglas, donde no existe legalidad, tampoco principios jurídicos del derecho. Frente a esta situación nuestro ordenamiento jurídico se adecuó a las necesidades y a la realidad social y a lo largo de estos años ha incorporado modificaciones al Código Penal peruano de 1991, con la publicación de la Ley n.º 27309, que añadió delitos informáticos al Código Penal; se advierte que dicha norma incorporó dos tipos penales en su artículo 207-A: intrusismo; en el artículo 207-B: sabotaje; y en el artículo 207-C las agravantes.

La Ley n.º 27309 surge como respuesta a los desafíos suscitados en la época y a la creciente necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a la era digital, su finalidad era incluir de manera específica los delitos informáticos en el Código Penal, lo que en su momento representó un avance significativo para la sociedad. Posteriormente, mediante la Ley n.º 30076, que incorpora en el art. 207-D el tráfico ilegal de datos, se situó en un marco normativo orientado a adaptar el ordenamiento

jurídico a la era digital; en este contexto de manejo y comercialización de la información, dicho artículo tenía como objetivo proteger la esfera privada y los derechos fundamentales de la persona, e instauró sanciones para quienes realicen actividades ilícitas con las bases de datos que contengan información.

Los cambios en la globalización han facilitado la comisión de acciones ilícitas por el hombre al establecer nuevas modalidades de delitos informáticos y subtipos, creando un nuevo tipo penal. Acorde a las necesidades de regular delitos contra datos y sistemas informáticos, delitos contra la indemnidad y la libertad sexual de menores, delitos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, delitos contra el patrimonio, delitos contra la fe pública, el Estado peruano tuvo que innovar introduciendo y estableciendo nuevas figuras específicas mediante la Ley n.º 30096, que deroga los artículos de la Ley n.º 30076, en respuesta a la necesidad de actualizar el marco legal ante la evolución de la tecnología y el creciente aumento de la ciberdelincuencia en el Perú. La normativa anterior presentaba ciertas deficiencias, vacíos legales, así como limitaciones para tipificar y sancionar conductas ilícitas, lo que motivó la incorporación de un marco normativo conforme a la realidad, es decir, buscar la claridad y la precisión en la tipificación de delitos informáticos.

A fin de fortalecer el marco normativo frente a los desafíos que impone la era digital y la diversificación de las conductas delictivas, se hace imprescindible contar con una norma que contemple nuevos escenarios, diferentes modalidades y tipologías delictivas. En ese contexto, la Ley n.º 30096 se formuló en circunstancias en las que el uso de las TIC aún se encontraba en una fase incipiente; en la actualidad, resulta insuficiente para abordar la complejidad y la dinamización de los delitos cibernéticos. Con el avance de la tecnología y la transformación de las conductas delictivas era necesario adoptar mecanismos más precisos, así, se deroga la anterior ley a favor de la Ley n.º 30171.

La creciente digitalización, el avance acelerado y el apogeo de las nuevas tendencias en tecnología impone retos y desafíos a la administración de justicia, además, la diversidad de modalidades y tipologías

de ciberdelitos ha generado un aumento en la comisión de conductas delictivas a través de medios informáticos. En respuesta a esta realidad, la Ley n.º 30171 se implementó para actualizar el marco normativo con la finalidad de combatir los ciberdelitos, al no solo sancionar las conductas ilícitas, sino también establecer mecanismos de investigación y cooperación internacional. Adicionalmente, con el paso de los años han surgido nuevos fenómenos delictivos en el ciberespacio, como el ciberterrorismo, el ciberataque y el ciberespionaje.

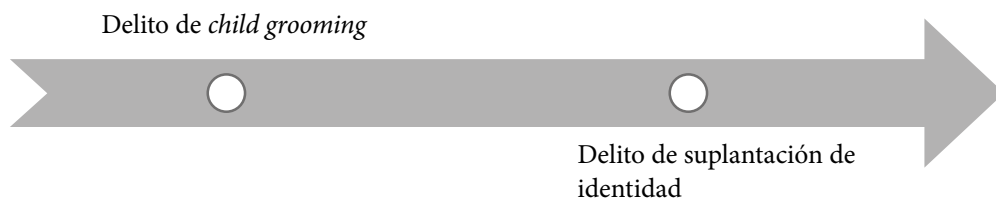
En un contexto de creciente preocupación por los casos de *grooming* en el Perú, los legisladores han reformado el Código Penal y el Código de Ejecución Penal con el objetivo de fortalecer la prevención y la sanción de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. Ciertos alcances se regulaban en la Ley n.º 30838, que buscaba proteger a niños(as) y adolescentes frente a los delitos que vulneran su libertad e indemnidad sexual, con especial énfasis en aquellos relacionados con el *child grooming*. En particular, el artículo 5 de la norma establece medidas específicas para afrontar las nuevas modalidades y tipologías de agresión sexual en el entorno digital; la norma persigue sancionar de manera rigurosa a los agresores que hacen uso del internet u otros medios análogos y establecen contacto con menores de catorce y dieciocho años de edad, con el fin de solicitar u obtener material pornográfico o la realización de actos sexuales. Desde esta perspectiva la norma se configura como un mecanismo de prevención y protección de la libertad y la indemnidad sexual en el entorno digital.

De acuerdo con el Decreto Legislativo n.º 1591, el Congreso de la República del Perú ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de legislar aspectos específicos de la Ley n.º 30076, a fin de responder a la creciente ola de delincuencia informática y proteger a los menores frente a conductas delictivas que son cometidas en entornos digitales. Este marco legislativo se focaliza en los siguientes aspectos:

1.1. Modificación de disposiciones legales

Figura 1

Precisión en la modificación de la Ley n.º 30096



Fuente: adaptado del Decreto Legislativo n.º 1591, del Congreso de la República del Perú.

1.1.1. Delito de *child grooming*

El Decreto Legislativo n.º 1591, art. 5, introduce modificaciones en la tipificación y la sanción de conductas delictivas dirigidas a menores, establece penas diferenciadas según la edad de la víctima y refleja la necesidad de brindar protección a niños(as) y adolescentes frente al entorno digital.

Para Giménez García (2006), el entorno digital se destaca como eje central de las plataformas digitales, herramientas y espacios virtuales, al permitir a la generación actual procesar información, comunicarse, almacenar datos y gestionar contenido a través de dispositivos electrónicos e internet.

En el ámbito de la investigación del *child grooming*, el entorno digital presenta desafíos en la obtención y la preservación de prueba, tales como la volatilidad de la información y la transnacionalidad del delito (Temperini, 2018). Cabe señalar que la lucha para combatir los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual requiere una articulación entre diversas instituciones, Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología (en adelante Divindat), es por ello que la ausencia de protocolos de actuación conjunta y la falta de capacitación en delitos de *grooming* constituyen obstáculos.

1.1.2. Delito de suplantación de identidad

La inteligencia artificial (en adelante IA) ha traído consigo grandes avances, pero a la vez desafíos, especialmente en delitos de suplantación de identidad. Para Moreno *et al.* (2022) este es uno de los principales problemas a nivel mundial y resulta aún más preocupante en un mundo cada vez más conectado.

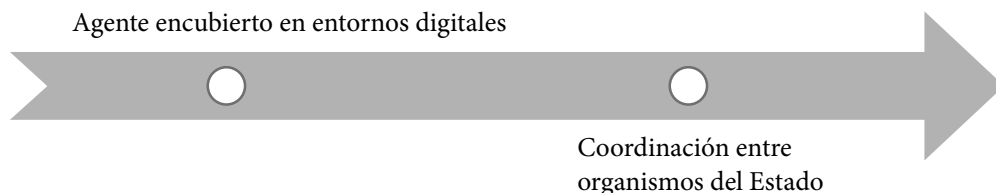
Con el avance de la IA esta práctica se ha perfeccionado mediante el uso de herramientas tecnológicas avanzadas, como los *deepfakes*, que permiten la creación de videos y audios capaces de replicar la apariencia y la voz de una persona; *chatbots*, diseñados para simular conversaciones de una persona; y el *phishing*, que emplea mensajes generados por la IA con la finalidad de suplantar la identidad de terceros.

Bajo estas circunstancias, el delito en mención se encuentra tipificado mediante el Decreto Legislativo n.º 1591, art. 9, que establece penas agravadas para quien suplante la identidad de un menor de dieciocho años de edad. Esta modificación responde a la vulnerabilidad en el entorno digital, donde la suplantación de identidad genera daños de índole moral y psicológica. El crecimiento exponencial de las TIC ha facilitado la difusión mundial de este tipo de delito en sus diferentes modalidades, lo cual ha tenido impacto en la seguridad de los ciudadanos. No cabe duda de que la tipificación penal establece sanciones en función del perjuicio causado a menores de dieciocho años, no obstante, resulta insuficiente al no detallar de forma específica las modalidades sofisticadas de esta nueva clase de delitos, tales como *deepfakes*, *chatbots* y *phishing* avanzado. La evolución tecnológica demanda que las leyes se adapten a la evolución del entorno digital con la finalidad de reconocer y tipificar de modo claro las conductas ilícitas, es importante la incorporación de mecanismos de la prueba electrónica que respondan a la complejidad del delito, así como el desarrollo de criterios doctrinales y técnicos que orienten la interpretación de la norma.

1.2. Actos de investigación y mecanismos de coordinación interinstitucional

Figura 2

Reformas digitales: la nueva función del agente encubierto



Fuente: adaptado del Decreto Legislativo n.º 1591, del Congreso de la República del Perú.

1.2.1. Agente encubierto en entornos digitales

En la actualidad la era digital y la incorporación masiva de las TIC ha transformado el modo en que nos comunicamos, realizamos actividades cotidianas, efectuamos transacciones bancarias y compartimos información a través de diferentes plataformas tecnológicas, este progreso tecnológico ha propiciado el surgimiento de los delitos informáticos o ciberdelitos, derivados de la automatización y la digitalización de procesos que facilitan la interconexión global; sin embargo, este avance ha originado la aparición de nuevos métodos delictivos, lo que obliga a los legisladores a actualizar y perfeccionar las normas, y a los fiscales a revisar y adaptar sus estrategias de investigación y su persecución penal, y al Poder Judicial a administrar justicia. Uno de los grandes retos para el ordenamiento jurídico reside en adaptarse a la realidad digital, así, mediante el Decreto Legislativo n.º 1591 se establece una respuesta integral y eficiente del Estado peruano orientada a fortalecer la persecución penal a través de la tipificación de los delitos informáticos, la precisión de la realización de los actos de investigación y la coordinación entre instancias competentes en materia penal y el uso de agentes encubiertos.

Entre las principales innovaciones más destacadas en las legislaciones internacionales en la lucha contra los ciberdelitos se encuentra el uso de agentes encubiertos como método de investigación. Para Villar

Fuentes (2022), en los tiempos actuales, la incorporación de la tecnología en los procesos judiciales es una realidad ineludible, esta integración no solo responde a la necesidad de modernizar el sistema de justicia, sino que plantea el desafío de garantizar que se respeten las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos. El fenómeno del ciberdelito se caracteriza por su rápida evolución, lo que permite mantenerse un paso por delante de las herramientas y los métodos de investigación, esto evidencia que mientras los delincuentes se benefician de la rapidez de los medios digitales, el sistema de justicia tiene que actualizar, perfeccionar, sus instrumentos técnicos y metodológicos; en efecto, se trata de materias versátiles con evoluciones complejas, que hacen imposible adaptarse.

Mediante el Decreto Legislativo n.º 1591 se han incorporado las modificaciones de la Ley n.º 30096 y el Decreto Legislativo n.º 957 en lo relativo a la figura del agente encubierto, la redacción otorga al representante del Ministerio Público la facultad de autorizar la actuación de agentes encubiertos en entornos digitales. Esta modificación de la norma resulta esencial para adaptarse a las nuevas modalidades delictivas, sin duda alguna, se plantea el desafío de garantizar respeto al debido proceso, a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales y humanos, así como la necesidad de contar con un control judicial estricto. En esencia, la norma jurídica adapta herramientas tradicionales de investigación al integrar la tecnología que responde a la dinámica del ciberdelito; no obstante, la correcta aplicación dependerá de protocolos de actuación entre el Ministerio Público, el Poder Judicial y la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología, mecanismos de supervisión del cumplimiento del debido proceso por parte del Poder Judicial.

En los últimos años, el incremento de delitos en el Perú mediante el uso de las TIC, junto con la diversificación de las modalidades delictivas, demanda que el Estado peruano refuerce la persecución penal. Tal como se establece en el Decreto Legislativo n.º 1614, el Congreso de la República del Perú ha encomendado al Poder Ejecutivo la labor de legislar en materia de seguridad ciudadana, con la finalidad de enfrentar el fenómeno de la ciberdelincuencia y proteger los derechos fundamentales de los menores de edad frente a conductas ilícitas perpetradas por los ciberdelincuentes; bajo este contexto, este marco legislativo se focaliza en:

1.3. Decreto Legislativo n.º 1614

Figura 3

Acceso ilícito y fraude informático: la nueva era del delito



Fuente: adaptado del Decreto Legislativo n.º 1614, del Congreso de la República del Perú.

1.3.1. Acceso ilícito

Con el avance de la tecnología, el desarrollo de las innovaciones en tecnología y la creciente interconexión mundial, el acceso ilícito a sistemas informáticos se ha convertido en un problema de alcance internacional. Como uno de los desafíos para la ciberseguridad, comúnmente este delito atenta contra la privacidad de la información de empresas públicas, privadas, ministerios, instituciones del Estado y ciudadanos, engloba una amplia gama de tipologías y actividades ilícitas, desde acceder en todo o parte deliberada e ilegítimamente, sin tener autorización, ello implica la manipulación de datos personales en aplicaciones del Estado, aplicaciones web, bases de datos y plataformas digitales del Estado. Este fenómeno ha ido evolucionando a lo largo de los años, impulsado por la globalización del internet y el incremento de dispositivos interconectados, de acuerdo con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (1986), que emitió un informe denominado «Delitos informáticos: análisis de la política jurídica», el cual abordó el impacto del avance de la tecnología en el ámbito del derecho penal y la necesidad de adaptar el marco jurídico a la nueva era del ciberdelito.

El pasar de los años y la necesidad de tipificar adecuadamente las conductas ilícitas dentro de los delitos previstos en la legislación vigente en la década de los ochenta exigía la reevaluación de los conceptos jurídicos existentes y la creación de nuevos tipos penales, con la finalidad

de lograr una respuesta inmediata frente a la nueva era del ciberdelito. En este contexto, el informe de la OCDE de 1986 presenta un hito importante, pues enfatiza la importancia de establecer de forma clara, específica, las definiciones de los delitos informáticos, disposiciones que faciliten la obtención y el tratamiento de la evidencia digital, mecanismos de cooperación internacional.

El acceso ilícito es la intromisión no autorizada, total o parcial, en un sistema informático, sin el consentimiento del propietario o administrador, mediante la vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo (OCDE, 1986). Sin embargo, para la configuración del tipo penal es fundamental evaluar la conducta del ciberdelincuente al ingresar a un sistema informático, sin autorización del propietario o administrador, vulnerando las barreras de seguridad informática establecidas para proteger la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de información, dicha conducta infringe la normatividad penal vigente, ya que constituye un delito, al ingresar de forma deliberada e ilegítimamente a todo o parte de un sistema informático, debido a que corrompe la protección legal vigente (Morón, 2007).

El Ministerio Público (2024), en el *Boletín n.º 12*, indica que de enero a noviembre de 2024 se registraron 42 161 delitos informáticos, lo que representa un incremento del 42.53 % en comparación con el período 2023 en que fueron 29 580 delitos. Entre estos delitos se encuentran los cometidos contra el patrimonio, contra la fe pública, contra datos y sistemas informáticos, disposiciones comunes, contra la indemnidad y la libertad sexual, contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, así como otros no especificados.

La transformación digital ha impactado en todos los ámbitos de la sociedad, ya que ha mejorado la eficiencia y la conectividad; sin embargo, ha propiciado la aparición de una nueva modalidad delictiva: el *hacking*, conocido como acceso ilícito a sistemas informáticos. En el año 2024, la incidencia de delitos informáticos ha adquirido una relevancia creciente en el Perú; tal como se mencionó en el párrafo anterior, este aumento se evidencia especialmente en los delitos de acceso ilícito a sistemas informáticos en un 3.06 %. Para Villavicencio (2014, p. 49), la redacción del tipo penal penaliza la violación de la confidencialidad que

se comete al ingresar al sistema sin autorización, eludiendo las medidas de seguridad. De acuerdo con Gutiérrez (1996), el delito de *hacking* consiste en el acceso no autorizado a sistemas informáticos, redes o bases de datos, con la finalidad de obtener, modificar o usar información sin el consentimiento del propietario titular.

El Decreto Legislativo n.º 1614, art. 2, responde a la creciente amenaza de delitos cometidos mediante el uso de tecnología, que constituyen uno de los desafíos más complejos para el derecho penal en el Perú. Hablar de *hacking* implica comprender la naturaleza transnacional del delito, lo cual demanda una respuesta jurídica adaptada al dinamismo del entorno digital, dicho decreto legislativo busca actualizar, mejorar la redacción del tipo penal y perfeccionar el marco sancionador frente a las conductas que vulneran la seguridad y la integridad del sistema informático.

A pesar de los avances significativos logrados con el Decreto Legislativo n.º 1614, uno de los principales desafíos que enfrenta la administración de justicia es el vertiginoso avance de las TIC, pues mientras que la tecnología avanza a un ritmo acelerado, el marco normativo y los procesos judiciales lo hacen con mayor lentitud. Ello genera un desbalance que, en muchas ocasiones, es aprovechado por los ciberdelincuentes, quienes hacen uso de diferentes herramientas tecnológicas para vulnerar la seguridad y las barreras de protección de los sistemas informáticos.

El ciberespacio se caracteriza por el anonimato y el esparcimiento geográfico (Morillas, 2017), es importante destacar que los métodos, las técnicas y las estrategias empleadas por los ciberdelincuentes dificultan la identificación del origen del ataque. Ante este desafío, resulta fundamental fortalecer la pericia técnica, la cooperación internacional y el desarrollo de protocolos eficaces de investigación.

La admisión y la valoración de pruebas digitales presenta otro reto en el proceso penal peruano, en la actualidad existen dificultades, tales como la preservación de la cadena de custodia digital y la necesidad de contar con un marco legal en la prueba electrónica. A pesar de los avances en materia de delitos informáticos, existen lagunas y ambigüedades en la tipificación de conductas emergentes, debido a nuevas modalidades y tipologías del delito.

1.3.2. Fraude informático

El surgimiento del internet ha dado origen a nuevas modalidades ilícitas, entre las que destaca el fraude informático. Según Gutiérrez (1991), esta nueva modalidad se lleva a cabo a través de medios electrónicos e informáticos y causa un perjuicio patrimonial a un tercero mediante la manipulación sobre los sistemas informáticos, al alterar datos y programas con la finalidad de obtener un beneficio ilícito.

El fraude informático se distingue por su impacto tanto en la economía como en la ciberseguridad, ya que implica diversas acciones ilícitas como el diseño, la introducción, la alteración, el borrado, la supresión, la clonación de datos informáticos, así como la suplantación de interfaces (Decreto Legislativo n.º 1614, art. 8).

Según Hernández (2009), durante los años sesenta, el avance progresivo de los ordenadores en el ámbito gubernamental y empresarial revolucionó por completo la forma en la que se cometían delitos. Durante esta época, la ciberdelincuencia se centraba en actividades vinculadas a la economía, dado que las nuevas tecnologías proporcionaban herramientas inéditas para ejecutar fraudes informáticos, manipular datos, sabotear sistemas informáticos, espionaje empresarial, entre otros. Estas diferentes formas delictivas permitían a los ciberdelincuentes aprovechar las vulnerabilidades de los sistemas informáticos con la finalidad de obtener beneficios económicos ilícitos.

En relación con lo anterior, estas prácticas delictivas no solo demuestran cómo la criminalidad se adapta a las innovaciones tecnológicas, sino que revelan un cambio en la psiquis de los delincuentes, quienes hacen uso de la tecnología para mejorar y expandir sus actividades ilegales. Este fenómeno ha impulsado a los legisladores a desarrollar marcos legales que permitan combatir eficazmente este tipo de delito.

El Ministerio Público (2024), en el *Boletín n.º 12*, indica que de enero a diciembre de 2024 el fraude informático representó un 68.09 %, y durante enero de 2025 representó un 68.14 %. El Decreto Legislativo n.º 1614 emerge como una respuesta legislativa debido a la frecuencia de este delito y establece mecanismos y criterios para su tipificación y su sanción. De acuerdo con Mayer y Oliver (2020), para la configuración

del tipo penal se requiere el uso de sistemas y herramientas digitales que manipulen, alteren o falsifiquen información con el fin de engañar a individuos o instituciones y obtener beneficios ilícitos o causar perjuicios. Sin duda alguna, se trata de obtener ventajas de las vulnerabilidades en los entornos tecnológicos con la finalidad de cometer ilícitos fraudulentos, lo que implica el conocimiento técnico y la intención del ciberdelincuente de defraudar.

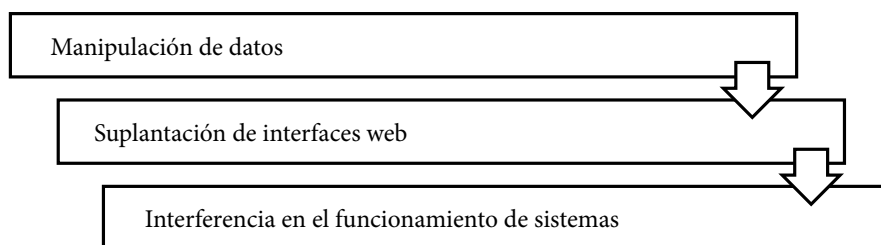
El fraude informático es una de las tipologías de delitos informáticos que consiste en manipular, alterar sistemas, datos, documentos y programas con el objetivo de conseguir beneficios ilícitos o causar un perjuicio a un tercero. Esta figura delictiva se caracteriza por el uso de la tecnología para introducir datos falsos y distorsionar la información, lo que permite al ciberdelincuente lograr ventajas económicas (González, 1999).

1.3.2.1. Tipologías

El Decreto Legislativo n.º 1614, art. 8, hace mención de tres tipologías del delito de fraude informático, tales como:

Figura 4

Tipologías del delito de fraude informático



Fuente: adaptado del Decreto Legislativo n.º 1614, del Congreso de la República del Perú.

En esencia, el delito de fraude informático en el Perú presenta una complejidad creciente debido a la rápida evolución de la tecnología y las diferentes formas de delinquir del ciberdelincuente. Esta tipología se clasifica en tres categorías principales:

a) Manipulación de datos

De acuerdo con Faraldo-Cabana (2007), es una acción deliberada e ilegítimamente destinada a alterar, modificar, distorsionar datos en sistemas o procesos digitales, cuyo propósito es inducir a error y obtener beneficios económicos ilícitos (Decreto Legislativo n.º 1614, art. 8). Este fenómeno se caracteriza por el diseño, la introducción, la alteración, el borrado, la supresión, la clonación de datos informáticos a fin de obtener beneficios ilícitos, y afecta tanto a individuos como a instituciones, empresas y a terceras personas. No cabe duda de que la transformación digital ha impulsado a los legisladores peruanos a modificar la tipificación penal para adaptarla a esta nueva realidad, los delitos informáticos cometidos en el ciberespacio presentan diversas características, sin embargo, es fundamental establecer una delimitación clara respecto a las particularidades del fraude informático. Para Fernández Delpech (2014), esta modalidad delictiva se caracteriza por ser compleja, transnacional y por el dinamismo en las estrategias usadas por los ciberdelincuentes.

b) Suplantación de interfaces web

La creciente evolución de los lenguajes de *frontend*, como *HyperText Markup Language* (en adelante HTML), *Cascading Style Sheets* (en adelante CSS); así como los lenguajes de *backend*, como *Hypertext Preprocessor* (en adelante PHP) y de los lenguajes de base de datos, como *Structured Query Language* (en adelante SQL), han impulsado avances significativos en el desarrollo web y lo han convertido en un pilar fundamental de la sociedad del siglo XXI. No obstante, este crecimiento conlleva nuevos desafíos, especialmente en materia de seguridad informática, un tema de gran preocupación a nivel internacional. Entre los riesgos más notorios se encuentra la suplantación de interfaces web, una técnica utilizada por ciberdelincuentes para crear réplicas de sitios web legítimos, con la finalidad de engañar a los usuarios y obtener beneficios ilícitos, como el robo de información de datos, tarjetas de crédito; estas prácticas amenazan la integridad, la seguridad y la confianza de los usuarios en el entorno digital.

La suplantación de interfaces web es una técnica de ingeniería social, que según Díaz (2021) se trata de un conjunto de técnicas sofisticadas y de estrategias utilizadas para manipular psicológicamente a las personas, con el objetivo de obtener información confidencial, datos personales, información financiera, datos de cuenta bancarias. Para Faraldo-Cabana (2007) es el uso de métodos diseñados para inducir al error mediante la creación y la reproducción de réplicas que imitan la apariencia de un entorno web, con el fin de engañar a los usuarios que interactúan con una plataforma legítima.

En este contexto, la naturaleza y la velocidad en la que se comete el delito plantean desafíos significativos para su investigación y su persecución, de igual modo para la identificación del ciberdelincuente y la sanción de los responsables por parte del Poder Judicial.

c) Interferencia en el funcionamiento de sistemas informáticos

El avance de la tecnología en la era digital ha revolucionado distintos ámbitos de la sociedad y ha facilitado la automatización de sistemas informáticos en múltiples sectores; esta transformación ha optimizado procesos, al incrementar la eficiencia operativa y elevar la productividad. Como la precisión en la gestión de la información, la automatización se extiende a la industria, el comercio, las finanzas, la educación y la salud, y redefine la forma en que interactuamos con la tecnología; sin embargo, este desarrollo plantea importantes desafíos jurídicos en la protección de los sistemas informáticos, ciberseguridad en dichos sistemas. Este aspecto se ha convertido en una prioridad a nivel internacional, debido a que los gobiernos, las empresas y las instituciones se enfrentan a diferentes formas de amenazas cada vez más sofisticadas. Entre los riesgos más notorios se encuentra la interferencia en el funcionamiento de sistemas informáticos, regulada en el Decreto Legislativo n.º 1614, art. 8.

La interferencia en el funcionamiento de sistemas informáticos comprende toda acción deliberada, ilegítima, maliciosa, destinada a alterar, bloquear o deteriorar el normal funcionamiento de sistemas informáticos. Este tipo de conductas se materializa a través de ataques de negación de servicios (en adelante DDoS). Arizaga *et al.* (2022) refieren que un ataque DDoS es una modalidad de ciberataque que consiste

en la saturación de un sistema, servicio o red, cuyo fin es bloquear el acceso a los usuarios. Mientras que para Rivera *et al.* (2020) esta clase de ataque ocurre cuando diferentes dispositivos envían al mismo tiempo demasiadas solicitudes a un sitio web con el único fin de saturar sus recursos y hacer que deje de funcionar correctamente.

Un ciberataque de DDoS abarca acciones cometidas de manera deliberada, ilícita, con intención maliciosa, con el fin de interrumpir el funcionamiento de un sistema, base de datos. Con el pasar de los años, el derecho penal se ha visto forzado a evolucionar para adaptarse a los vertiginosos cambios tecnológicos; en la actualidad diversos países han reformado sus legislaciones, sus estatutos legales, estas reformas no solo responden al avance tecnológico, sino al surgimiento de los ciberdelitos.

2. EL CIBERESPACIO

En la historia de la humanidad hemos transcurrido por diferentes etapas especiales cuyas características han marcado un hito importante en la sociedad. Actualmente estamos viviendo en la era de la información, la incorporación de las TIC y el uso del internet ha generado un cambio internacional en el gobierno de cada país, se ha incorporado su uso a las gestiones públicas. Según Espinoza Sánchez (2019), la irrupción de las TIC en la sociedad ha inducido a la intercomunicación entre personas y entre países, lo cual ha facilitado la transmisión de su cultura, su economía, su política y su forma de vida. Además, la tecnología ha contribuido a la modernización, la transformación de sistemas en la industria y en las instituciones del Estado. Estos cambios han alterado la forma de convivencia en sociedad; sin embargo, el internet ha ocasionado ciertos perjuicios e incertidumbres a la sociedad, donde el ciberespacio se ha convertido en un escenario delictivo para una nueva forma de criminalidad.

La era digital está caracterizada por la globalización de los mercados, la interconexión en la economía internacional entre diferentes países del mundo y los movimientos migratorios, frente a estas transformaciones sociales se producen cambios en el sistema penal que dan lugar a la adaptación del Código Penal, actualmente el internet ha revolucionado el mundo de las comunicaciones y del conocimiento (Giménez, 2006).

La globalización y el internet no solo han mejorado las relaciones económicas entre países, sino también en el ámbito político, social y personal. Con el pasar de los años la evolución tecnológica ha optimizado el ciberespacio, que es el escenario perfecto para cometer delitos informáticos, pues la universalización de la informática en los países ha permitido mejorar los procesos de tiempo y espacio, creando ciertas vulnerabilidades que los delincuentes informáticos han aprovechado para cometer hechos ilícitos, ello ha implicado la evolución del delito tradicional al delito informático. Para Sain (2018), el uso de dispositivos automatizados y la tecnología ha generado nuevas formas ilícitas y se han adoptado nuevas figuras, nuevas tipologías del delito tradicional al delito informático.

Es evidente que el delito informático marcó una diferencia en la sociedad, con el transcurso de los años han surgido diferentes ilícitos que no están regulados en los ordenamientos jurídicos, figuras inexistentes y que hoy en día se han tenido que regular en el Código Penal. Debido al fenómeno criminal de la ciberdelincuencia se han desarrollado instrumentos internacionales, diferentes ordenamientos jurídicos han adaptado sus legislaciones al Convenio de Budapest, puesto que dicho instrumento internacional busca combatir y erradicar toda forma de ciberdelincuencia. En el Perú, a causa de la pandemia por COVID-19 los delincuentes informáticos han hecho uso de la tecnología para facilitar la comisión de actos ilícitos y eludir las investigaciones del Ministerio Público. Para Chirino Sánchez (2021) existen fenómenos constituidos por acciones ilícitas de alcance mundial que ponen en peligro a la sociedad, se trata de la criminalidad con características peculiares y específicas. Debe considerarse que con el pasar de los años las nuevas tendencias en tecnología han abarcado otro nivel originando la evolución de la criminalidad en cibercriminalidad, por lo cual los escenarios en que se desenvuelve requieren un análisis del legislador en sus modalidades para su futura tipificación por los operadores de justicia. Dentro de este orden de ideas estamos ante un conjunto de nuevos actos ilícitos que ponen en peligro a la sociedad a nivel nacional e internacional.

Debe tenerse en cuenta que esta nueva realidad ha determinado una nueva forma de ver el delito a través de medios tecnológicos, en

sus distintas tipologías y modalidades. Sin duda alguna, no solo se trata de suplantar la identidad de la víctima en las redes sociales o realizar transacciones bancarias, propagar virus informáticos, estafas, extorsión, hackeo, acoso sexual, que han sido positivizados en la Ley n.º 30171 en concordancia con el Convenio de Budapest. En efecto, están categorizados en delitos contra datos y sistemas informáticos, delitos contra la indemnidad y libertad sexual de menores, delitos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, delitos contra el patrimonio, delitos contra la fe pública.

Cabe resaltar que la proliferación del acceso a internet ha transformado el modelo de la organización criminal y banda criminal mutando a un nuevo escenario digital. Para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2022), en efecto, las TIC han transformado las características, las clasificaciones, las modalidades, el modo de obrar, las tipologías, así como la naturaleza de la delincuencia común y han dado vida a la delincuencia organizada; en concreto, esta transformación ha permitido la participación de personas dentro de la organización criminal cuyos aspectos delictivos han ampliado gradualmente su intervención, su propia estructura, su organización y la colaboración de sus autores y sus coautores. Estos grupos suelen tener una función dentro de la organización, dentro de ellos los más destacados son los codificadores y los piratas informáticos. Así, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2023), en el *Informe Técnico n.º 03*, indica que durante el primer trimestre del año 2023 la sociedad peruana ha experimentado una nueva forma de ilícitos penales por medios tecnológicos. A nivel nacional se han registrado un total de 413 denuncias; en el primer trimestre del año 2022, 403 denuncias; y en el primer trimestre del año 2021, 313 denuncias. Conforme se ha podido observar en las estadísticas del INEI, comprobamos que el índice de delincuencia ha aumentado notoriamente a nivel nacional.

Es evidente que el alcance transfronterizo del internet se ha expandido en todo el Perú, no importa la ubicación geográfica, el territorio, la nacionalidad, el idioma, las personas pueden formar parte de organizaciones criminales desde cualquier lugar del mundo. Ello genera cuestionamientos en los juzgados que son competentes para resolver la presente

causa. Para la UNODC (2022, p. 3), en definitiva, las TIC desempeñan un papel importante en la expansión de las telecomunicaciones, las redes, y son fundamentales para la sociedad; de modo similar surge la expansión de mercados y negocios ilícitos en el ciberespacio debido a que proporcionan un espacio virtual para llevar a cabo actividades ilícitas, debido al anonimato, las lagunas de los ordenamientos jurídicos son problemas frecuentes que suelen ocurrir a menudo.

La era digital se caracteriza por poseer un componente tecnológico, lo que ha llevado en la actualidad a la automatización de sistemas informáticos. Este desarrollo se encuentra presente en el gobierno estatal, el sistema de salud, el sistema tributario, el sistema financiero, el sistema inmobiliario, los sistemas aduaneros, entre otros. Dentro de este desarrollo se ha producido un nuevo fenómeno delictivo para la sociedad, denominado delitos informáticos, razón por la cual, desde la comisión de un hecho ilícito, es el Ministerio Público el que conduce inicialmente la investigación, cuyos resultados determinarán si promueven o no la acción penal, conforme a la Constitución Política del Perú, art. 159, inciso 4.

Mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1503-2020-MP-FN se apertura la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público, con competencia nacional, y de acuerdo con esta última institución, durante el año 2021 se interpusieron 12 637 denuncias y en el año 2022 16 788 denuncias en las Fiscalías Provinciales, Penales, Especializadas y Mixtas a nivel nacional en delitos informáticos (Ministerio Público, 2022).

Las TIC han marcado un antes y un después en la sociedad; con el auge de las tecnologías el delincuente común se ha adaptado a los cambios que han surgido y se ha amoldado a este nuevo escenario, aprovechando las ventajas de este nuevo escenario debido las deficiencias en la legislación que acarrearán como consecuencia un espacio de impunidad, donde expertos en informática, *hackers*, toman el control y abren paso a nuevas formas de delincuencia más avanzada (Salom, 2011).

3. INTERNET, LA NUEVA ERA DEL DELITO

Para que la conducta sea considerada como un hecho punible es necesario que cumpla las características de la teoría del delito, el objeto de la

imputación penal permite acusar las conductas delictivas. Por lo tanto, es un instrumento cuyos criterios y argumentaciones son utilizados en la decisión y la solución de casos penales; en efecto, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable (Villavicencio, 2006).

Para investigar la comisión de un delito hay que seguir una serie de métodos y técnicas para determinar si se promueve o no la acción penal, así como la fórmula legal de la teoría del delito. Cuando hacemos referencia al principio de tipicidad, opinamos que toda acción humana voluntaria o involuntaria lleva a cometer un acto y dicho acto se subsume a los presupuestos establecidos en la norma legal. Al respecto, de acuerdo con Villavicencio (2006), la tipicidad es la comprobación de la conducta realizada y si encaja en el tipo coinciden, este proceso se denomina juicio de tipicidad, cuyo objetivo es determinar si un hecho se adecúa en el tipo penal; asimismo, se toma como pilar fundamental el bien jurídico protegido con la finalidad de determinar si el hecho puede ser o no atribuido al sujeto activo.

Con la expansión del internet a nivel mundial y el desarrollo de las TIC se han multiplicado los beneficios y los perjuicios que suelen existir en el ciberespacio, por esta razón se puede decir que el derecho se ha amoldado a la realidad actual creando una forma de regular las conductas del ser humano, que se manifiesta a través del derecho penal como acciones antijurídicas. De acuerdo con la teoría del delito es necesario instaurar qué conductas del ser humano son consideradas como delito, es transcendental enfatizar que no toda acción humana es considerada antijurídica, por esta razón, la acción humana para que sea estimada como delito tiene que ser típica, antijurídica y culpable. Dichas acciones son plasmadas en un cuerpo legal con su respectiva tipificación, con la finalidad de que las personas que incumplan sean sancionadas. Tómese en cuenta que el Código Penal peruano regula en su título preliminar el principio de legalidad, que es la base del derecho penal y donde se refleja la tipicidad. Según Posada Maya (2017), el cibercrimen ostenta características especiales, por lo que la teoría del caso en esta nueva forma de criminalidad debe ser replanteada, pues los delitos que suelen ocurrir son a través de realidades virtuales. De acuerdo con el estudio de Leyva

Serrano (2019), tipificar los delitos informáticos es una tarea compleja debido a su amplitud, sus modalidades, sus tipologías, así como señalar el bien jurídico afectado.

Desde el momento en que una persona comete un delito infringe el ordenamiento jurídico, sin embargo, desde que se incurre en un delito informático cambia el panorama a causa de que los delincuentes hacen uso de la tecnología y de dispositivos tecnológicos con la finalidad de cometer diferentes modalidades de delitos informáticos, ciberataques. La comisión de este tipo de ilícitos se originó desde antes de que estuviesen regulados en el ordenamiento jurídico, por lo que a futuro se ajustaron normas para su debida tipificación. Tipificar los delitos informáticos se hace necesario debido a que si ciertas conductas ilícitas no se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico, sería imposible establecer la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y a futuro las sanciones a los delincuentes informáticos. Asimismo, se debe privilegiar el principio de legalidad, que es reconocido a nivel internacional y nacional en la legislación peruana como un pilar fundamental para el derecho penal.

En efecto, la necesidad de tipificar el tipo penal, recabar la prueba informática, la cadena de custodia y el respeto de los principios constitucionales resulta ser importante en todo proceso judicial. Uno de los primeros casos en Europa sobre espionaje informático fue en Barcelona, en 1997, y es conocido como el caso de Hispahack, llevado por el Juzgado de lo Penal n.º 02 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado n.º 130/99-E de la Ley Orgánica 7/1988. En principio, en este proceso los hechos enjuiciados al acusado no eran delitos tipificados en la época, tampoco existían pruebas fehacientes que permitieran la corroboración del hecho ilícito; no obstante, todo requerimiento acusatorio debe cumplir ciertas formalidades en los requisitos de procedibilidad, conductas punibles y la calificación jurídica, entre otros.

En el Perú, la acusación fiscal está expresamente regulada en el art. 349 del Código Procesal Penal (2004), donde se señalan expresamente los requisitos que deberá contener la acusación. Para Arbulú (2015, p. 227) es la potestad del representante del Ministerio Público, cuya finalidad es solicitar el procesamiento de una persona, donde se debe desarrollar la individualización del acusado, el hecho imputado, la

tipificación, los medios de prueba, la pena y la reparación civil. El Acuerdo Plenario n.º 6-2009/CJ-116 ha establecido que la acusación es un acto de postulación del Ministerio Público donde fundamenta y deduce la pretensión penal, dicha petición debe estar debidamente motivada al órgano jurisdiccional.

El Código Procesal Penal (2004) regula en su título preliminar el principio acusatorio y ha establecido que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, a quien también se le encomienda la carga de la prueba y asume la función de conducir la investigación desde el momento en que ha tomado conocimiento de la noticia criminal. Por su parte, la Policía Nacional del Perú previene, investiga y combate la delincuencia y contribuye en la investigación del delito.

El problema surge al tratar de aplicar los mismos métodos, los criterios y las técnicas a la delincuencia informática debido a la alta complejidad del delito que es materia de investigación. Según Acurio del Pino (2016), investigar el delito es una etapa compleja, de eso no hay duda, las dificultades surgen al tratar de aplicar las técnicas de investigación, el método científico a la delincuencia transnacional y al crimen organizado y enfrentar este nuevo paradigma es una de las labores a las que se avoca el representante del Ministerio Público. Durante los últimos años este fenómeno ha tenido un avance significativo debido a la globalización y esta clase de delitos son denominados como delitos informáticos.

Cabe considerar que las TIC han propiciado el acontecimiento de nuevas conductas ilícitas, la dificultad de poder encuadrar estos supuestos en los tipos penales ha motivado la actualización de las normas penales en sus diferentes codificaciones y legislaciones con la finalidad de evitar la impunidad. Desde la comisión de un hecho punible a través de medios tecnológicos han existido diferentes problemas al tipificar cualquier tipo de delitos informáticos, cuyas características son el anonimato, la falta de cadena de custodia, dificultades en la investigación y en su comprobación. Ello trae como consecuencia pérdidas económicas y el archivo de la investigación en contra de los presuntos responsables.

4. ASPECTO GENERAL DEL DELITO INFORMÁTICO

4.1. Antecedentes normativos internacionales

En 1977 el senador Abraham Ribicoff presentó ante el Nonagésimo Quinto Congreso la primera propuesta legislativa sobre delitos y fraudes informáticos denominada Federal Computer Systems Protection Act of 1978 (S-1766), a causa de delitos que afectaban a sistemas informáticos de organismos públicos, servicios públicos en pérdidas considerables en dinero, pérdidas en *software* y datos. Dentro de los delitos que figuraban en dicho proyecto de ley se encuentran: introducción fraudulenta en sistemas, uso no autorizado de instalaciones informáticas, destrucción o alteración de datos, robo de bienes (dinero en efectivo, datos informáticos), dicho proyecto de ley no fue aprobado por el Comité Judicial del Senado.

El Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, fue uno de los primeros instrumentos internacionales adoptado en el ámbito de la protección de datos.

Con la finalidad de combatir la delincuencia informática transnacional en sus diferentes modalidades, tipologías y el peligro que ocasiona en el ciberespacio de tal forma que acarrea como consecuencia pérdidas económicas, en 1983 un grupo de expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), a causa de la delincuencia informática y sus consecuencias en la sociedad internacional, inició un estudio cuyo fin era aplicar en el derecho internacional las leyes penales, el cambio en la estructura de los códigos penales para incorporar delitos informáticos (Sieber, 1987).

El Consejo de Europa (en adelante CdE) en la Recomendación n.º R (85) 10, adoptada el 28 de junio de 1985, reconoce la importancia de la asistencia mutua internacional en la lucha contra la delincuencia internacional.

En 1986 la OCDE publicó un informe denominado «Delitos de informática: análisis de la normativa jurídica», cuyo contenido hace referencia a la reforma legislativa, así como recomendaciones por las que deben optar los países miembros sobre las prohibiciones y las sanciones a través de sus leyes penales (Acurio del Pino, 2016).

El CdE en la Recomendación n.º R (87) 15, adoptada el 17 de septiembre de 1987, reconoce las amenazas a la intimidad de las personas por el uso de tratamientos automatizados de datos, así como la importancia en la prevención y la represión de las transgresiones penales.

El CdE en la Recomendación n.º R (89) 9, adoptada el 13 de septiembre de 1989, reconoce el carácter transfronterizo de la delincuencia informática y la importancia de una respuesta adecuada y rápida a este nuevo fenómeno, así como la necesidad de una legislación adecuada al mejorar la cooperación jurídica internacional, y concluye las pautas que deben tener en cuenta los legisladores a la hora de modificar su legislación o elaborar normas legislativas. Cabe considerar que dentro de la recomendación emitida se remarca la necesidad de actualizar la legislación en materia de delitos informáticos conforme al desarrollo tecnológico para erradicar todo tipo de actos ilícitos a través de medios tecnológicos.

La necesidad de contar con una legislación específica en delitos informáticos fue parte de la discusión y el análisis en el Décimo Tercer Congreso Internacional por la Academia de Derecho Comparado de Montreal, Canadá, en 1990.

No obstante, en La Habana (Cuba) se realizó el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990), el cual reconoce que la delincuencia internacional iba en aumento y dentro de sus recomendaciones indica la investigación a la estructura de la delincuencia organizada, y sucesivamente la cooperación internacional contra el terrorismo.

El CdE en la Recomendación n.º R (95) 13, adoptada el 11 de septiembre de 1995, reconoce la importancia de adaptar los instrumentos legales en la legislación procesal penal sobre investigaciones en sistemas de información electrónica.

En el 2001 el CdE y los demás Estados reconocieron el interés de la cooperación entre los países en materia de ciberdelincuencia y decidieron, asimismo, aplicar una política penal con el objetivo de proteger a la sociedad en general a través de una legislación adecuada mediante el Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

4.2. Noción

Hoy en día la sociedad está cada vez más conectada a través de internet, razón por la cual la delincuencia informática ha aprovechado esta transformación y plantea una amenaza a los gobiernos, las empresas nacionales e internacionales, y a la sociedad a nivel mundial. Para la delincuencia informática no existen fronteras, jurisdicción, y se complica al momento de recabar la prueba electrónica, lo que resulta ser un problema a la hora de realizar una investigación y recabar elementos de convicción. Desde que se empezaron a investigar los primeros delitos por computadora existieron diferentes autores que se centraban en un punto de partida: la reforma de la legislación, debido a la ineficacia de la legislación de la época, los vacíos legales, la prueba por delitos informáticos. Bequai (1978), con el estudio *Computer crime* (Crimen informático), indica que el crimen informático y la ineficacia en la aplicación de la ley era un problema en 1978, pues existían robos de grandes cantidades de dinero a través de computadoras, aunque la cifra real podía variar debido a la tasa de descubrimiento del delito; los delincuentes informáticos evaden la justicia a causa de los vacíos legales, la lentitud de la investigación, las leyes relacionadas con delitos informáticos son insuficientes. El sistema de justicia de la época no estaba preparado para contrarrestar el problema y se hizo necesario adaptar la prueba informática y la legislación a fin de ocuparse del crimen informático. Si estos problemas no se abordan a futuro, las consecuencias podrían ser fatales para la sociedad.

El abuso de las nuevas tecnologías a nivel mundial ha originado en el legislador criterios para tipificar las conductas generadas por los delincuentes informáticos. Cabe destacar que en los años sesenta las primeras conductas infringían los derechos de la personalidad, situación que condujo a los legisladores a la protección de datos personales; mientras que en los años setenta eran los delitos económicos con contenido informático (Mazuelos, 2007).

4.3. Definición doctrinal

Para seguir el presente trabajo es importante abarcar un punto de partida conceptual sobre la terminología de delito informático, nos preguntamos

¿es lo mismo delito informático, delito cibernético, cibercrimen, crimen por computadoras? Es evidente que citaremos a diferentes autores que han tratado de abarcar su terminología, para Hernández Díaz (2009) a lo largo de los últimos años el concepto de delito informático va unido a la evolución de las TIC y las conductas delictivas; las primeras conductas ilícitas se centraban en el ámbito empresarial, que consistía en lesionar el patrimonio, por este motivo las definiciones iniciales se limitaban a dicho ámbito.

Parker (1976) en su estudio precisó que el abuso informático es cualquier incidente que involucra a la tecnología informática, donde existen dos sujetos: la víctima (quien sufre el agravio o el daño) y el autor (quien comete el delito y obtiene un beneficio). Por otra parte, Camacho Losa (1987) considera que el delito informático es toda acción dolosa cuya finalidad es provocar un perjuicio a personas o entidades, sin la necesidad de que conlleve un beneficio para el autor, y para su comisión interviene el uso de dispositivos utilizados en actividades informáticas.

Mientras que para Téllez Valdés (2009) abarcar la definición sobre delitos informáticos no es una tarea sencilla, ya que la denominación de delito está consignada de manera expresa en textos jurídicos penales, es decir, hablamos de acciones típicas o atípicas, puesto que en algunos países no han sido objeto de tipificación; por esta razón, el delito informático se clasifica en forma típica (conductas típicas, antijurídicas y culpables) y atípica (actitudes ilícitas).

Otro sector de la doctrina, como Jijena Leiva (1994), estima que es toda acción que es típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación es necesario el uso de la tecnología computacional. Por otra parte, según Davara Rodríguez (2015) es toda acción que cumple con los requisitos del delito y que se ejecuta mediante el uso de dispositivos informáticos. Para finalizar, en opinión de Fernández Calvo (1996), el delito informático es una acción que delimita el concepto de delito y se lleva a cabo haciendo uso de un elemento informático o telemático en agravio de la sociedad.

A pesar del transcurso de los años ya existían diversas actividades delictivas que empleaban elementos de la informática (computadoras, red informática, dispositivos de red) al usar diferentes técnicas con el

fin de obtener dinero ilícito, robar información personal, suplantar la identidad de personas, entre otras. Sarzana (1979), en su artículo «Criminalita e tecnología» (Crimen y tecnología), indica que el crimen por computadora es cualquier forma de comportamiento criminógeno en donde la computadora es el eje principal como material u objeto de una acción criminógena.

El avance tecnológico y el uso del internet han originado el acceso a la información en tiempo real y una interconexión a nivel mundial; sin embargo, dentro del ciberespacio existen riesgos que han generado una nueva forma de delinquir y según la literatura norteamericana este nuevo fenómeno se conoce como crimen por computadora y está vinculado a delitos informáticos. Se puede inferir que Mazuelos (2007) hace énfasis en que la computadora es pasible de dos objetos, por un lado, existen usuarios que la utilizan con fines criminales. Por otro lado, las computadoras son pasibles de ataques informáticos, y se debe resaltar que la denominación de delito informático es poco mencionada en las legislaciones penales; sin embargo, bajo este precepto se describen nuevas formas de ilícitos.

El delito informático es aquel que se relaciona con la comisión del delito a través del uso de la computadora y el internet, no obstante, esta forma de criminalidad no se realiza únicamente a través de medios tecnológicos, pues estos son solo instrumentos para cometer el delito (Villavicencio, 2014). De acuerdo con Mühlen (1973, citado por Mazuelos, 2007), el delito informático comprende todo tipo de comportamiento ilícito en donde la computadora es un instrumento y objeto del hecho ilícito.

Dentro de este orden de ideas, la denominación de delitos informáticos es utilizada en algunos sectores de la doctrina, y en las diferentes legislaciones internacionales puede variar. No obstante, dado el desarrollo de esta nueva forma ilícita va adquiriendo nuevas denominaciones, tales como delito cibernético, cibercrimen, crimen por computadoras, delincuencia informática, criminalidad mediante computadoras, abuso informático, criminalidad informática. Por nuestra parte, en el Estado peruano, mediante la Ley n.º 30096 adquiere la denominación de delitos informáticos, no contiene una definición específica, y a nivel internacional tampoco se ha determinado una. En nuestra

opinión, se considera como delito informático toda acción humana, típica, antijurídica y culpable, que involucra el uso indebido de la tecnología. Asimismo, dichas acciones están debidamente reguladas en la legislación y sancionadas con una pena privativa de la libertad, causan un perjuicio económico a una persona natural o jurídica en forma directa o indirecta, son realizadas a través de las TIC y/o entornos digitales, y perpetradas por individuos u organizaciones criminales con la finalidad de obtener beneficios de carácter patrimonial ilícito (lucro financiero).

4.4. Características

Los delitos informáticos cometidos en el ciberespacio ostentan diversas características, por lo que se hace necesario delimitar estas para saber diferenciarlos de otros tipos de delitos. Fernández Delpech (2014) detalla una serie de circunstancias que hacen que la persecución de esta clase de ilícitos sea complicada por parte del representante del Ministerio Público:

- a) La falta de tipificación específica sobre el delito.
- b) La transnacionalidad de las conductas.
- c) La falta de consenso internacional

Palazzi (2016) detalla como características:

- a) La magnitud de daños a nivel global e internacional.
- b) La complejidad y la dificultad en las investigaciones.
- c) La facilidad de cometer el delito.
- d) La dificultad en la cooperación internacional.

Téllez Valdés (2009), por otro lado, señala las siguientes características:

- a) Conductas criminales de cuello blanco.
- b) Acciones que ocasionan pérdidas económicas.
- c) Delitos que se cometen a distancia debido a la separación temporal y espacial.
- d) La falta de regulación en su legislación.
- e) Dificultad para su comprobación y para recabar elementos de prueba.

Mientras que Temperini (2018) detalla como características:

- a) Delitos de cuello blanco.
- b) Son delitos transnacionales.
- c) Son delitos instantáneos.
- d) Son delitos masivos.
- e) Son delitos anónimos.
- f) Son pluriofensivos.
- g) Complejidad en la investigación.

Morillas Fernández (2017) indica como características:

- a) Son delitos transnacionales.
- b) Son delitos donde no existe el contacto físico.
- c) Son delitos con tipología transfronteriza.
- d) Son delitos cometidos por redes de telecomunicaciones internacionales.
- e) Son delitos con acceso al medio tecnológico para alterar datos, sistemas.
- f) Facilidad de encubrir el hecho ilícito al borrar las huellas del delito.
- g) El anonimato y no dejar huella del hecho al momento de cometer el delito.
- h) La dificultad en la investigación.

Los hallazgos de este estudio revelan una serie de características que son inherentes a los delitos informáticos: uno de los primeros problemas a nivel internacional es la falta de tipificación en diferentes países, tal es el caso del Perú, donde no existe una ley para formular una política pública para la sensibilización, la prevención y la protección de niños(as) y adolescentes frente a diferentes delitos que se realizan mediante el internet, las redes sociales, los medios informáticos, los entornos digitales y los dispositivos móviles, como el *morphing*, el *ciberbullying* y los *deepfakes*. Esto, a futuro, puede generar que las acciones delictivas en el ámbito digital no estén debidamente tipificadas, como el caso del ciberterrorismo.

La amplia gama y la evolución constante de la delincuencia informática ha permitido el uso de *software* especializado para eliminar datos, registros e información almacenada en la nube o en dispositivos electrónicos; otro de los métodos más usados es el enmascaramiento de direcciones IP (protocolo de internet), que ha permitido ocultar la dirección del protocolo de internet, lo que dificulta rastrear la ubicación, así como eliminar evidencias digitales que pueden ser de gran uso para identificar al autor del delito, debido a la insuficiencia de la ley sobre prueba electrónica, que complica la labor de investigación por el representante del Ministerio Público. Por lo tanto, son delitos complejos al no poder corroborar el hecho ilícito con la evidencia digital.

La transnacionalidad en delitos informáticos y la capacidad de la tecnología en traspasar fronteras nacionales e internacionales genera que dichos delitos puedan ser cometidos desde un país contra diferentes objetivos. Un claro ejemplo es el *grooming*, en el cual el perpetrador puede estar ubicado en un país diferente de aquel en el que va a realizar acciones ilícitas con fines sexuales por medios tecnológicos, que afectan la indemnidad sexual y la libertad sexual del menor que se encuentra en otro país. No cabe duda de que los ciberdelincuentes pueden operar desde diferentes lugares del mundo con la finalidad de ocasionar un perjuicio económico a empresas, entidades del Estado y diferentes naciones. Debemos señalar que la transnacionalidad crea desafíos a la administración de justicia debido a la jurisdicción, a la cooperación internacional y a la dificultad de la extradición.

Como cuarta característica se encuentra el impacto a nivel global, que afecta a los gobiernos estatales de cada país, a empresas y a la sociedad en general, este incluye pérdidas económicas, violación de la privacidad de datos, riesgo en la estabilidad financiera, ataques informáticos, ciberterrorismo.

Debido a su amplia gama de tipologías, esta herramienta tecnológica permite el anonimato de los perpetradores para ocultar su identidad mientras realizan operaciones mediante el internet, las redes sociales, los medios informáticos, los entornos digitales y los dispositivos móviles. Ello dificulta la identificación y la futura persecución del

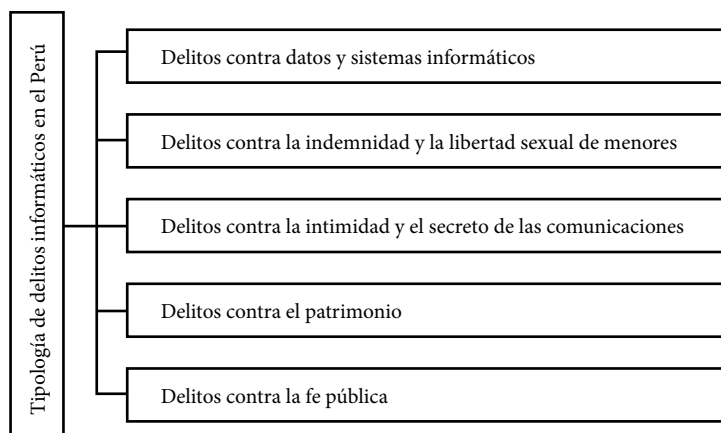
delito por el representante del Ministerio Público, lo que plantea desafíos a la administración de justicia.

4.5. Tipología

El Estado peruano no ha sido ajeno al desarrollo normativo, jurisprudencial, convenios, instrumentos, tratados internacionales en materia de delitos informáticos para encarar los desafíos que existen con las TIC. Para determinar la tipología es importante agregar que mediante el Decreto Supremo n.º 010-2019-RE, del 10 de marzo de 2019, el Gobierno peruano ratificó el Convenio sobre la Ciberdelincuencia a través de la publicación del *Diario Oficial El Peruano*, del 22 de septiembre de 2019, y tiene como vigencia el 1 de diciembre de dicho año; y de acuerdo con la Ley n.º 30096, que fue modificada por la Ley n.º 30171, no cabe duda de que el desarrollo normativo estuvo inspirado en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia. En tal sentido, existen las siguientes tipologías:

Figura 5

Ley contra la ciberdelincuencia: prevención y sanción de delitos informáticos



Fuente: adaptado del Decreto Legislativo n.º 30096, del Congreso de la República del Perú.

De acuerdo con el Ministerio Público (2024), en el período de enero a diciembre de 2023 se registraron un total de 29 580 denuncias por delitos informáticos, dentro de este orden de ideas tenemos 724 denuncias por delito contra datos y sistemas informáticos, 88 denuncias por el delito

contra la indemnidad y la libertad sexual, 317 denuncias por el delito contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, 317 denuncias por el delito contra el patrimonio, 5246 denuncias de delitos contra la fe pública. Asimismo, se incluyen 663 disposiciones comunes, 700 denuncias sin especificar el delito subgenérico. No obstante, en el período de enero a diciembre de 2024 se registraron un total de 42 161 denuncias por delitos informáticos, dentro de las que se tienen 1289 denuncias por el delito contra datos y sistemas informáticos, 126 denuncias por el delito contra la indemnidad y la libertad sexual, 101 denuncias por el delito contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, 28 711 denuncias por el delito contra el patrimonio, 10 353 denuncias de delitos contra la fe pública; asimismo, se incluyen 666 disposiciones comunes y 915 denuncias sin especificar el delito subgenérico.

5. CONCLUSIONES

- La transformación digital ha permitido la proliferación de conductas ilícitas que a menudo no están reguladas en el marco normativo tradicional. Los ciberdelincuentes aplican técnicas, estrategias, métodos para operar de manera transnacional, lo que complica la labor de investigación y persecución del delito por parte del Ministerio Público y su sanción por parte del Poder Judicial. El reto radica en las lagunas legales debido a la falta de regulación para nuevos tipos penales, tales como el *vishing*, el *spoofing*, el *phishing* automatizado, los *deepfakes*, el *malware* inteligente, el ataque de denegación de servicio, el fraude financiero automatizado, la suplantación de identidad automatizada. Ante esta realidad transnacional, el desafío consiste en fomentar la cooperación internacional e implementar la legislación en la prueba electrónica, los peritajes informáticos, contar con presupuesto para poner en funcionamiento un laboratorio sofisticado en tecnología en apoyo de la labor fiscal.
- La falta de tipificación en el marco normativo, la transnacionalidad del ciberdelito, la ausencia de consenso y la necesidad de adaptar los procedimientos de investigación representan algunos de los obstáculos significativos que requieren solución. El principal reto radica en

la dificultad de mantener actualizadas las normas penales y procesales frente a la naturaleza cambiante del ciberdelito, lo que exige una revisión y modernización del marco jurídico. El verdadero desafío no solo consiste en enfrentar la carencia de la legislación adecuada, sino también la urgente necesidad de adaptar los procedimientos, las técnicas de investigación especial.

- El sistema de justicia peruano afronta retos en cuanto a la capacitación de los operadores de justicia en materia de ciberdelito y está desprovisto de herramientas tecnológicas avanzadas. Como desafío es indispensable la capacitación al representante del Ministerio Público respecto a técnicas especiales de investigación sobre ciberdelincuencia.
- Es increíble que los ciberdelincuentes hagan uso de la tecnología para cumplir con su objetivo de cometer delitos y evadir las investigaciones por el representante del Ministerio Público. Este hecho ha creado la necesidad de implementar normas jurídicas para prevenir y sancionar conductas que son cometidas mediante el uso de las TIC. En efecto, en el Perú al igual que en otros países existe el uso del agente encubierto, que son estrategias para investigar y recopilar pruebas contra los presuntos ciberdelincuentes; esta figura se menciona en el Decreto Legislativo n.º 1591, que introduce la modificación de la figura del agente encubierto.
- Con el desarrollo de las TIC, las telecomunicaciones y la globalización a nivel mundial, la sociedad ha sido víctima de diferentes modalidades de delitos informáticos en las cuales están involucradas las redes sociales, los medios informáticos, los entornos digitales y los dispositivos móviles y/o tecnológicos. Tal situación ha generado la importancia del recojo de la evidencia digital mediante la cadena de custodia para su respectivo análisis informático forense.
- Resulta evidente que los delitos informáticos abarcan una amplia gama de tipologías y existen diversas formas de actividades ilícitas que pueden ser cometidas por individuos u organizaciones criminales con la finalidad de obtener un beneficio económico, uno de los principales delitos es el lavado de activos y el uso de la criptomoneda.

- Los delitos informáticos ostentan una serie de características que los hacen únicos; sin embargo, existe un desafío para el derecho penal peruano, el ciberterrorismo, que implica el uso de las TIC con la finalidad de causar un daño masivo a los gobiernos, las empresas, la sociedad en general. No obstante, los ciberataques tienen un objetivo en común: causar daño al sistema gubernamental ocasionando un impacto a la seguridad nacional y a la economía del país.
- A medida que las TIC, las telecomunicaciones, la globalización y la tecnología avanzan también surgen nuevas formas, modalidades, tipologías de delitos informáticos, así como métodos que los ciberdelincuentes utilizan para realizar ciberataques, o técnicas sofisticadas de ingeniería social. El ciberdelito trasciende fronteras internacionales con la finalidad de ocasionar un perjuicio a los gobiernos nacionales, a las empresas y a la sociedad en general. La interconexión del internet permite que los ciberdelincuentes realicen operaciones ilícitas desde cualquier parte del mundo, no existe lugar, tiempo y espacio.
- El Convenio sobre la Ciberdelincuencia indica que cada Estado parte deberá adoptar las medidas legislativas que les conciernan para establecer los procedimientos penales en la obtención de la prueba electrónica de cualquier delito. Se debe resaltar que en el Estado peruano al igual que en diferentes países que son parte de dicho convenio, la obtención de la prueba electrónica enfrenta desafíos dada su alta evolución tecnológica, así como la falta de una legislación específica en materia de prueba electrónica.
- Los ataques DDoS representan una grave amenaza para la integridad y la estabilidad de los sistemas informáticos y afectan tanto a entidades públicas como privadas. Es importante reconocer que la comisión de este delito no solo vulnera principios de seguridad informática, sino que afecta directamente la seguridad, la estabilidad y la confianza del usuario en el entorno digital.
- La manipulación de datos es un fenómeno complejo debido a que implica acciones deliberadas, ilegítimas, en la alteración de una base de datos. Esta práctica puede ocasionar consecuencias graves como la vulneración de los derechos fundamentales de la persona y daños a la integridad de la información; por ello resulta esencial construir y

fortalecer un marco jurídico de ciberseguridad, este marco legal debe incluir mecanismos de seguridad y protección de la privacidad.

- La suplantación de interfaces de páginas web es un delito complejo, sofisticado, transnacional, en constante evolución, que pone en riesgo la integridad de la información. Se logra evidenciar que mediante técnicas sofisticadas los ciberdelincuentes engañan a las víctimas con el fin de generar perjuicios económicos, en este contexto es importante fortalecer el marco penal peruano para abarcar nuevas formas de fraude informático.

REFERENCIAS

- Acurio del Pino, S. (2016). *Delitos informáticos: generalidades*.
- Arbulú, V. J. (2015). *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (vols. 1-3). Gaceta Jurídica.
- Arizaga, J., Chicala, J. y Alvarado, E. (2022). Detección de ataque de DDoS utilizando machine learning - algoritmo de Random Forest. *Serie Científica de la Universidad de las Ciencias Informáticas*, 15(3), 45-53.
- Bequai, A. (1978). *Computer crime*. Lexington Books.
- Camacho, L. (1987). *El delito informático*. L. Camacho Losa.
- Chirino, A. (2021). Una política criminal informática para América Latina. *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, 1(32), 1-23.
- Consejo de Europa. (1981). *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*.
- Consejo de Europa. (1985). *Recomendaciones del Comité n.º R (85) 10: regula el uso de datos personales en el sector policial*.
- Consejo de Europa. (1987). *Recomendaciones del Comité n.º R (85) 15: sobre la aplicación práctica del Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial en Materia Penal en materia de cartas rogatorias para la interceptación de telecomunicaciones*.
- Consejo de Europa. (1989). *Recomendación n.º R (89) 9*.

- Consejo de Europa. (1995). *Recomendaciones del Comité n.º R (95) 13: sobre problemas de derecho procesal penal relacionados con la tecnología de la información.*
- Davara, M. A. (2015). *Manual de derecho informático* (11.ª ed.). Aranzadi.
- Díaz, J. P. (2021). Ingeniería social, un ejemplo práctico. *Revista Odigos*, 2(3), 47-76. <https://doi.org/10.35290/ro.v2n3.2021.493>
- Espinosa, J. F. (2019). Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red. *La Razón Histórica: Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas Políticas y Sociales*, (44), 153-173.
- Faraldo-Cabana, P. (2007). Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática. *Eguzkilore*, (21), 33-57.
- Fernández Calvo, R. (1996). El tratamiento del llamado delito informático en el proyecto de ley orgánica de código penal: reflexiones y propuestas de la CLI (Comisión de Libertades e Informática). *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (12-15), 1149-1162.
- Fernández Delpech, H. (2014). *Manual de derecho informático*. Abeledo Perrot.
- Giménez, J. (2006). Delito e informática: algunos aspectos de derecho penal material. *Eguzkilore*, (20), 197-215.
- González, J. J. (1999). Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (1).
- Gutiérrez, M. L. (1991). *Fraude informático y estafa (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.
- Gutiérrez, M. L. (1996). El intrusismo informático (hacking): ¿represión penal autónoma? *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (12-15), 1163-1184.

- Hernández, L. (2009). El delito informático. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (23), 227-243.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023). *Estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia. Una visión desde los registros administrativos abril-junio 2023*. Informe Técnico n.º 03. Setiembre 2023. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_estadisticas_criminilidad.pdf
- Jijena, R. J. (1994). La criminalidad informática: situación de lege data y lege ferenda en Chile. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (4), 507-513.
- Leyva, C. (2019). Estudio de los delitos informáticos y la problemática de su tipificación en el marco de los convenios internacionales. *Lucerna Iuris et Investigatio*, (1), 29-47. <https://doi.org/10.15381/lucerna.v0i1.18373>
- Mayer, L. y Oliver, G. (2020). El delito de fraude informático: concepto y delimitación. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 151-184.
- Mazuelos, J. (2007). Modelos de imputación en el derecho penal informático. *Derecho Penal y Criminología*, 28(85), 37-54.
- Ministerio Público. (2022). *Boletín Estadístico del Ministerio Público diciembre 2022*. Boletín n.º 12.
- Ministerio Público. (2024). *Boletín Estadístico del Ministerio Público. Diciembre 2024*. Boletín n.º 12.
- Moreno, P. M., Paucar, C. E. y Cajas, C. M. (2022). Regulación global para evitar la suplantación de identidad digital. *Universidad y Sociedad*, 14(6), 690-696.
- Morillas, D. L. (2017). *Delitos informáticos* [Material de la maestría en Derecho Penal Económico Internacional]. Universidad de Granada.
- Morón, E. (2007). Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos. En González, J. J., Mata, N. J. de la, Morón, E., Mata y Martín, R. M., Moreno, J., Morales, F., Viota, M., Ortiz, J. M., Roig, L., Carreras, L., Narváez, A., Sanchís,

- C. y Adán, C., *Delito e informática: algunos aspectos* (pp. 85-128). Universidad de Deusto.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2022). *Compendio de ciberdelincuencia organizada*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal en el siglo XXI, La Habana, Cuba*.
- Palazzi, P. A. (2016). *Los delitos informáticos en el Código Penal: análisis de la Ley 26388* (3.ª ed.). Abeledo Perrot.
- Parker, D. B. (1976). *Crime by computer*. Charles Scribner's Sons.
- Posada, R. (2017). El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual. *Nuevo Foro Penal*, 13(88), 72-112.
- Rivera, E. F., Cárdenas, M. P. y Chiriboga, W. A. (2020). Evaluación de ataques DDoS y fuerza bruta utilizando entorno virtual Kali Linux como plataforma experimental [Edición especial]. *Dilemas Contemporáneos: Educación Política y Valores*. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v35i1.2248>
- Sain, G. (2018). La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: la importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal. En R. A. Parada y J. D. Errecaborde (comps.), *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de internet* (pp. 7-32). Erreius.
- Salom, J. (2011). El ciberespacio y el crimen organizado. *Cuadernos de Estrategia*, (149), 129-164.
- Sarzana, C. (1979). Criminalità e tecnologia: il caso dei computer-crimes. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, (1-2), 53-89.
- Sieber, U. (1987). *The international handbook on computer crime: computer-related economic crime and the infringements of privacy*. Wiley.

- Téllez, J. (2009). *Derecho informático* (4.^a ed.). McGraw-Hill.
- Temperini, M. (2014). *Delitos informáticos en Latinoamérica: un estudio de derecho comparado*. XLIII Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa (43JAIIO)-XIV Simposio Argentino de Informática y Derecho (SID) (Buenos Aires, 2014).
- Temperini, M. (2018). Delitos informáticos y cibercrimen: alcances, conceptos y características. En R. A. Parada y J. D. Errecaborde (comps.), *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de internet* (pp. 49-68). Erreius.
- Villar, I. M. (2022). El agente encubierto informático: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (6), 197-228.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal: parte general*. Grijley.
- Villavicencio, F. (2014). Delitos informáticos. *Ius et Veritas*, 24(49), 284-304.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Acuerdo Plenario n.º 6-2009/CJ-116. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Corte Suprema de Justicia de la República (13 de noviembre de 2009).
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia (23 de noviembre de 2001).
- Decreto Legislativo n.º 957. Decreto Legislativo que Promulga el Código Procesal Penal. *Diario Oficial El Peruano* (29 de julio de 2004).
- Decreto Legislativo n.º 1591. *Diario Oficial El Peruano* (13 de diciembre de 2023).
- Decreto Legislativo n.º 1614. Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, para Prevenir y Hacer Frente a la Ciberdelincuencia. *Diario Oficial El Peruano* (21 de diciembre de 2023).

Dictamen a la proposición con punto de acuerdo que solicita información respecto a la adhesión al Convenio de Cibercriminalidad de Budapest (De Poder Legislativo Federal Comisión Permanente; LXII/3SPR-23-1756/56910). (2015).

Ley n.º 27309. Ley que Incorpora los Delitos Informáticos al Código Penal. *Diario Oficial El Peruano* (17 de julio de 2000).

Ley n.º 30076. Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. *Diario Oficial El Peruano* (19 de agosto de 2013).

Ley n.º 30096. Ley de Delitos Informáticos. *Diario Oficial El Peruano* (22 de octubre de 2013).

Ley n.º 30171. Ley que Modifica el Artículo 1 de la Ley 29631. *Diario Oficial El Peruano* (10 de marzo de 2014).

Ley n.º 30838. Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Diario Oficial El Peruano* (4 de agosto de 2018).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

La etapa de investigación fue desarrollada en su totalidad por el autor y abarcó un proceso riguroso que incluyó la recolección y el análisis de información documental, la interpretación crítica de datos obtenidos y la redacción integral del trabajo.

Agradecimientos

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento al equipo editorial de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, por su dedicación, su compromiso con la excelencia y su pasión por la difusión del conocimiento, que han hecho posible que cada edición refleje la integridad, el profesionalismo y el rigor que caracterizan a la revista.

Biografía del autor

Félix Andrés Alcalá Molina es abogado, graduado de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, egresado de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con un marcado interés en el estudio de los delitos informáticos. Entre sus contribuciones académicas se encuentra el artículo de investigación titulado «Violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual».

Correspondencia

felix.alcala@unmsm.edu.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 249-286

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1116>

¿Somos realmente culpables? Notas críticas a la teoría de la culpabilidad a la luz de la neurociencia

Are we truly guilty? Critical notes on the theory of
culpability in light of neuroscience

Somos realmente culpados? Notas críticas sobre a teoria da
culpa à luz da neurociência

BELÉN CONSTANZA GONZÁLEZ MALDONADO
Universidad de Los Lagos
(Osorno, Chile)
Contacto: constanza.gonzalez15@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0008-4846-509X>

RESUMEN

El presente artículo busca, a través del estudio de la neurociencia, reexaminar el concepto de culpabilidad en el ámbito penal y su vigencia de acuerdo con los nuevos hallazgos neurocientíficos asociados principalmente a la toma de decisiones. Esto en torno a cuestionar la justificación del reproche reevaluando la teoría de la culpabilidad conjuntamente con estos nuevos conocimientos. Ello con el fin de analizar si su aplicación está realmente justificada, y si no lo está, considerar que la intervención actual del reproche penal no tiene fundamento suficiente. Al estudiar los mecanismos neuronales subyacentes a la toma de decisiones, se cuestiona la noción tradicional de libre albedrío y se abren nuevas perspectivas

para repensar las bases del sistema penal comprendiendo que la acción delictiva no es resultado de una acción consciente.

Palabras clave: neurociencia; toma de decisiones; dimensión socioemocional; voluntad; acción; culpabilidad; crimen; reproche penal; responsabilidad; castigo.

ABSTRACT

This article seeks, through the study of neuroscience, to reexamine the concept of culpability in criminal law and its current validity in light of new neuroscientific findings, especially those related to decision-making. It questions the justification for blame, reevaluating the theory of culpability alongside these new insights. The goal is to assess whether its application is truly justified, and if not, to consider that the current intervention of criminal blame lacks sufficient grounds. By studying the neural mechanisms underlying decision-making, the traditional notion of free will is challenged, opening new perspectives for rethinking the foundations of the criminal justice system, based on the understanding that criminal actions may not be the result of conscious intent.

Key words: neuroscience; decision-making; socio-emotional dimension; will; action; culpability; crime; criminal blame; responsibility; punishment.

RESUMO

Este artigo busca, por meio do estudo da neurociência, reexaminar o conceito de culpa no campo criminal e sua validade de acordo com novas descobertas neurocientíficas associadas principalmente à tomada de decisões. Trata-se de questionar a justificativa da censura reavaliando a teoria da culpa junto com com estes novos conhecimentos. Com o objetivo de analisar se sua aplicação é realmente justificada e, se não for, para considerar que a atual intervenção de reprovação criminal não tem base suficiente. Ao estudar os mecanismos neurais subjacentes à tomada de decisões, a noção tradicional de livre arbítrio é questionada e

novas perspectivas são abertas para repensar os fundamentos do sistema criminal, entendendo que a ação criminosa não é o resultado da ação consciente.

Palavras-chave: neurociência; tomada de decisão; dimensão socioemocional; vontade; ação; culpa; crime; reprovação criminal; responsabilidade; punição.

Recibido: 31/12/2024

Revisado: 10/2/2025

Aceptado: 5/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

La neurociencia, al profundizar en el funcionamiento del cerebro humano, ofrece una nueva perspectiva para repensar los fundamentos del derecho penal. El estudio de los procesos psicológicos y biológicos subyacentes a la conducta criminal puede ser clave para redefinir los fundamentos tradicionales de la responsabilidad penal. En este sentido, algunos hallazgos neurocientíficos cuestionan los fundamentos de dicha responsabilidad, en la medida que la atribución de esta no considere, al menos de forma eficiente, los aspectos psicológicos y biológicos de la acción típica.

De acuerdo con la neurociencia, lo relativo a la toma de decisiones estaría compuesto e influenciado por una serie de factores, principalmente emocionales, afectivos y sociales, que superan al razonamiento lógico, racional y consciente (Abarca *et al.*, 2022), dependiendo de los aprendizajes que el individuo haya adquirido tanto en experiencias tempranas como a lo largo de su vida adulta. En contraposición, las teorías que fundamentan el reproche penal han racionalizado la conducta antisocial al entenderla como voluntaria e ignorar la dimensión socioemocional del perpetrador. Por ello, atender adecuadamente los factores socioemocionales como esenciales en la comisión de delitos

nos permite reevaluar las bases y los principios de las ideologías punitivas dominantes (Coppola, 2018).

Dicha relevancia nace del papel crucial que juegan las emociones y el entorno social en las vidas de las personas. Así, ellas forman parte intrínseca de las motivaciones que el individuo formule en sus conductas, mientras que el ámbito social en el que se desenvuelva es, a su vez, antecedente y refuerzo de las emociones aprendidas por el agente.

Dada la extensión limitada de este trabajo, los desafíos a los que busco hacer frente consisten en la falta de justificación en la aplicación de la pena como castigo desde la perspectiva del reproche de culpabilidad como expresión de concepciones retributivistas. Esta falta de justificación proviene esencialmente de las limitaciones que ideas racionalistas de la conducta humana han instaurado en una teoría general del derecho penal (Mañalich, 2007).

En este escenario, las visiones retributivistas han sido objeto de numerosas críticas por parte de las teorías abolicionistas, que enfatizan en el daño social causado por las actividades punitivas en general del sistema penal y, en especial, la prisión. Como contrapartida igualmente de estas concepciones, los avances en la neurociencia corroboran las críticas y abren la puerta a un nuevo enfoque, más centrado en la prevención y la rehabilitación, considerando los factores biológicos, psicológicos y sociales que influyen en el comportamiento criminal.

En este contexto, el objetivo de este artículo consiste en analizar si el reproche de culpabilidad está suficientemente justificado a la luz de los nuevos descubrimientos interdisciplinarios respecto al funcionamiento de la mente, en especial, la neurociencia, a fin de proponer nuevos desafíos a la teoría clásica del derecho penal. Para alcanzar este objetivo, el artículo evalúa el concepto de voluntariedad en la teoría del delito a la luz de los avances en neurociencia. Se hará especial énfasis en la noción de toma de decisiones como antecedente de la conducta disvaliosa, y la influencia de factores emocionales y sociales en el resultado de dicho proceso, es decir, la acción. A través de la revisión de literatura interdisciplinaria, se busca identificar las limitaciones del modelo tradicional de voluntariedad y explorar alternativas conceptuales que integren

los aportes de la neurociencia y la psiquiatría, con el fin de proponer al delito como un problema de salud pública.

Para ello, la estructura de este artículo se divide en tres partes; la segunda sección consiste en una revisión de la literatura científica sobre la influencia de la dimensión socioemocional en la toma de decisiones del agente y en su resultado, la acción típica. Esta descripción permitirá determinar si la conducta delictiva responde a elementos volitivos (de acuerdo con el reproche de culpabilidad) o si, por el contrario, el aprendizaje socioemocional es determinante en la conducta. La sección tres indaga en las características del actual derecho penal y las limitaciones que diversas teorías han perpetuado en torno a la intencionalidad de la acción. Finalmente, en la sección cuatro se establece como propuesta un derecho penal de la salud.

Sobre este último punto, utilizaré el estudio epidemiológico de la violencia realizado por James Gilligan (2001), quien propone que la conducta violenta y antisocial debe ser entendida como un problema de salud pública y medicina preventiva, pues si el individuo actúa de forma irracional, es necesario analizar las causas subyacentes a fin de identificar los procesos socioemocionales que influyeron en la conducta.

La cuestión que aquí interesa permite explorar nuevos factores que sostengan la ineficacia del castigo como función resocializadora y, fundamentalmente, determinar si se justifica lo suficiente para su conservación. Ello en razón de que el reproche de culpabilidad realizado al perpetrador, y dados los aportes de la neurociencia sobre la toma de decisiones y la influencia de factores biológicos en el comportamiento, puede conducirnos a grandes cuestionamientos sobre la racionalización de la conducta.

2. DESAFÍOS DE LA NEUROCIENCIA: LA DIMENSIÓN SOCIOEMOCIONAL DEL AGENTE

Considerando que ciertos aspectos del procesamiento de las emociones son indispensables para la toma de decisiones del individuo (Damasio, 1996), la influencia de las emociones y el entorno social en la conducta humana plantean un desafío al concepto de libre albedrío que las teorías

tradicionales han radicado sobre la conducta racional y voluntaria. Si bien los individuos poseen la capacidad de tomar decisiones, estas se encuentran inevitablemente condicionadas por experiencias previas y procesos emocionales. Es decir, las personas actúan en función de lo que han aprendido y experimentado, lo que limita la gama de opciones disponibles en un momento dado.

Sin embargo, esta influencia no implica una falta de agencia; los individuos siguen siendo responsables de sus actos. No obstante, esta responsabilidad debe ser evaluada a la luz de los factores psicológicos y sociales que influyen en la toma de decisiones. El modelo tradicional del derecho penal, que presupone un sujeto racional y plenamente consciente, resulta insuficiente para explicar la complejidad de la conducta humana. La neurociencia sugiere que las emociones desempeñan un papel fundamental en la toma de decisiones, y que en ciertos casos pueden llevar a conductas impulsivas o irracionales.

Sobre la referida noción de toma de decisiones, para el contexto de este artículo, es entendida como el proceso que nace de estados internos y/o externos del individuo, que este realiza tanto de manera consciente como inconsciente y que culmina en una acción típica. Pues bien, la acción, en este contexto, no puede ser entendida sin la influencia de factores socioemocionales que a su vez inciden en la toma de decisiones. Dado que la acción es el resultado de la toma de decisiones, ambos comparten similar naturaleza de compleja determinación. Por otra parte, la fructífera relación que se erige entre el puerto de la emoción y los canales de la acción nos permite visualizar de mejor manera las razones del porqué de la conducta disvaliosa. Dado que el objetivo de este artículo es esbozar que la conducta típica no es un arrebató de la irracionalidad, sino que, por el contrario, responde a cuestiones bien definidas y aprendidas por la persona, la relación que aquí se expone entre la emoción y la acción reafirma esta idea.

Ya sea que se considere que las creencias son antecedentes de la emoción, como señalan las teorías valorativas, o que, a la inversa, las emociones reafirman una creencia, es cierto que la emoción estimula a las personas a la acción (Frijda *et al.*, 2000), por lo que las emociones

constituyen el motor de esta. Por ello, sobre la idea de acción, en este trabajo me limitaré a aceptar la teoría dualista de Von Wright (2003), consistente en entenderlas como estados mentales que interactúan con las diversas funciones del sistema nervioso de la persona para expresarlo en cambios externos.

Respecto a la toma de decisiones, esta será vista desde dos dimensiones; una como fenómeno que hace alusión al procesamiento neurológico y racional, es decir, como estados internos del agente. Y una que responde a cuestiones más bien automáticas del procesamiento. Aquí nos referimos a todas aquellas acciones que, inconscientes, nacen de la falta de control inhibitorio. Nos referiremos a una u otra de acuerdo con el análisis propuesto en el momento.

Un primer paso para analizar si el reproche de culpabilidad está justificado o no consiste en dar las bases científicas que permitan probar la relevancia del estado psicológico del ser humano respecto a la conducta criminal, y cómo este a través de diversos procesos biológicos y psicológicos culmina en una actuación no consciente. Para ello, las investigaciones de la neurociencia y la psiquiatría han aportado amplia información referente a la importancia de los estados socioemocionales y cómo constituyen, en esencia, la razón subyacente a la comisión de un delito.

La toma de decisión que incide en el individuo para actuar contrario a los tipos penales, según la neurociencia, no necesariamente responde a procesos lineales y racionales. Al contrario de la predisposición racional que proponen los actuales sistemas penales, «existe amplia evidencia de que la TD (toma de decisiones) es un proceso compuesto e influido por aspectos emocionales, afectivos y sociales, que van más allá del razonamiento lógico y consciente» (Abarca *et al.*, 2022, p. 182). De manera que estos procesos son tomados de acuerdo con diversos niveles de consciencia, reflexión y certeza. Teniendo como consecuencia que cualquier toma de decisión debe ser entendida como un proceso de desenlace del proceso integrativo de múltiples factores sensoriales, afectivos y contextuales.

En vista de que la acción disvaliosa responde a motivaciones que influyen de manera inconsciente, cabe responder ahora cuáles son esos factores influyentes de la conducta criminal. Como ya se adelantó, la esencia de la conducta humana tiene como base aprendizajes de elementos emocionales, afectivos y sociales. Para una mejor respuesta y análisis de las investigaciones que se han hecho al respecto, el desarrollo de este apartado hará hincapié en la importancia de la dimensión socioemocional y la estudiará separadamente.

2.1. Emociones en juego

En este apartado se reconstruirá lo que parte de la literatura de la neurociencia ha sostenido sobre el impacto de las emociones en el ser humano y en particular en su conducta. Con ello, el fin es proponer como desafío que el infractor de la norma penal no es el individuo racional que el derecho penal propone, sino —como ya se ha dicho— que su actuar está afecto a una serie de procesos psicológicos y biológicos que estimulan sus respuestas en el mundo material.

Dar una definición sobre qué es la emoción no es una tarea sencilla. Dada la complejidad del concepto y las numerosas teorías que se han construido en torno a ella, son diversas las aristas que permiten elaborar una definición respecto a un atributo u otro de la emoción. Por ello, voy a entender por emoción las temáticas sobre aquellas en las que se ha encontrado consenso en la extensa literatura respecto a este concepto; puede definirse como episodios que generan cambios fisiológicos, fenomenológicos, expresivos, mentales y conductuales comúnmente correlacionados entre sí, los cuales se asientan en las diversas redes neuronales del cerebro (Scarantino y De Sousa, 2021). Estos cambios conductuales son esencialmente entendidos como «inclinaciones a actuar» y sugieren que la influencia de las emociones será relevante, por tanto, para comprender la acción (Frijda *et al.*, 2000).

Con la definición antes presentada, es posible delinear los primeros contornos de la emoción en el comportamiento del individuo; un papel adaptativo importante a nivel psicológico, esto es, modificando la atención y la conducta, y fisiológico a través de la organización de respuestas dirigidas al cuerpo en su totalidad (Levenson, 1999).

Dado que el objetivo aquí planteado no implica entregar respuestas concluyentes a las abundantes discusiones filosóficas y teóricas sobre los componentes específicos de la emoción, me limitaré a presentar brevemente las principales conceptualizaciones de ella; las emociones como función valorativa o evaluativa, como motivaciones de la conducta, como función adaptativa y, por último, como función reguladora de la conducta.

2.1.1. Teorías valorativas de la emoción

Una primera función de las emociones surge a propósito de las teorías valorativas. Sus autores sostienen que las emociones tienen una función de valoración respecto de los estímulos que reciben las personas desde el entorno. Así, las emociones actuarán asignando un determinado significado al evento, valorando y procesando la información recibida de él, para de este modo influenciar en la búsqueda de un comportamiento adecuado como respuesta a la información recibida (Coppola, 2018).

Lo anterior es consecuencia de entender la naturaleza de la emoción como un proceso que representa una abreviatura de un episodio emocional (Moors *et al.*, 2013). Estos episodios, además, implican cambios en los diversos sistemas del organismo, y dirigen tanto la motivación de la conducta como el comportamiento. Uno de los principales aportes de esta teoría como desafío para el derecho penal consiste, por tanto, en el componente valorativo y evaluativo del entorno que realiza la persona a través de sus emociones; puesto que además de detectar y evaluar la importancia del entorno para su bienestar, genera diferentes episodios emocionales a nivel de la toma de decisiones, como la intensidad y la calidad de las respuestas corporales. Por consiguiente, las emociones resultarán de valoraciones o evaluaciones cognitivas de eventos que son significativos para el individuo.

2.1.2. Función motiuvacional

Una segunda función de las emociones se relaciona con la teoría de la motivación, convirtiéndose en motivadores tanto de reacciones inmediatas como de conductas futuras (LeDoux, 1999). En ella, sus autores

señalan que, a partir de la respuesta generada de la evaluación de uno o varios estímulos externos, las emociones generan un estado motivacional en la persona tendiente a seleccionar respuestas y comportamientos apropiados a estos estímulos.

Por otra parte, estos estados motivacionales son entendidos como las causas internas que dirigen el comportamiento a la satisfacción de una meta (Scarantino y De Sousa, 2021).

Quienes han postulado este desarrollo sostienen que el problema fundamental que una teoría de las emociones debe explicar es la manera en que las emociones y las acciones se relacionan entre sí, pues será en esta última instancia donde se proyectarán las consecuencias producidas por los diversos estados emocionales. Así, sugieren que las emociones están asociadas con una tendencia a la acción (Coppola, 2018) e inclinan a la persona a realizar determinadas acciones luego de experimentar una emoción determinada, pues la acción será el resultado del desarrollo generado por los cambios en los estímulos del individuo provocados por la emoción (Deckers, 2018).

En consecuencia, la emoción actúa como señal que motiva un comportamiento en específico (p. ej., experimentar un estímulo negativo como el rechazo evoca tristeza o enojo, y una amenaza a la sobrevivencia o el bienestar de un individuo evoca miedo, y como resultado su accionar corresponderá a esa tristeza, enojo o miedo). De modo que la respuesta de la emoción a los eventos constituye un rol activo en la motivación de la conducta de los individuos. De esta forma, la función motivacional de las emociones permite seleccionar respuestas apropiadas al evento que proporciona el medio según la evaluación hecha por el individuo, la conducta antisocial es el resultado motivado por las emociones percibidas por el agente.

2.1.3. Función adaptativa

En tercer lugar, algunos autores proponen entender que las emociones son adaptativas (Levenson, 1999) y ayudan a las personas a organizar su comportamiento priorizando estas conductas, de manera que optimicen su comportamiento según las demandas sociales. Para esta teoría, las emociones no solo motivan a la persona a actuar de una determinada

manera, sino que modulan las respuestas conductuales a fin de alinear eficazmente la toma de decisiones con las demandas y las oportunidades que ofrece el entorno (Coppola, 2018).

Conforme a esta función, las emociones, y en particular los sistemas que intervienen en el proceso emocional, disponen de la capacidad para procesar toda la información que entra (ya sea del entorno o de los estados internos del mismo individuo) de manera constante (Levenson, 1999). Así, en el proceso de evaluación se detectan aquellas situaciones «prototípicas», cuya tendencia es a responder de manera preestablecida en función de la supervivencia del individuo (como el miedo ante situaciones de supervivencia). Una vez que el sistema reconoce el flujo de información que entra, y percibe alguna situación prototípica, la emoción que se activará está compuesta por una serie de tendencias de respuestas que fueron evaluadas por el sistema con una alta probabilidad de resolver la situación específica con éxito y eficacia.

Con ello parece que la reinserción social será un sueño en tanto no considere el aprendizaje emocional del reincidente.

2.1.4. Función reguladora

Para Damasio (1996), las emociones tienen variadas funciones, no obstante, es inevitable inclinarse por la regulación del estado corporal. Lo anterior dado que, para él, el proceso de las emociones se traduce como resultado (de manera muy reduccionista) en los cambios corporales y de la conducta (Martínez-Selva *et al.*, 2006). En estos cambios, las emociones juegan un papel fundamental en la comunicación de significados, es decir, mediante la conducta del individuo en el entorno, las emociones comunican la valoración o la evaluación realizada a los estímulos que este último le provee.

La manera en que Damasio explica la reacción específica del cuerpo del sujeto ante una emoción consiste, primeramente, en recibir la información del medio (percibir un estímulo o evento) para que a través de diversos sistemas biológicos se valore dicha información (función valorativa). Seguido de ello, a nivel neurobiológico se forman imágenes mentales del evento que se percibe, lo que produce como resultado un cambio en el estado físico.

En cualquier caso, existirán alteraciones en distintos niveles corporales, «funcionales viscerales (corazón, pulmones, piel y tripas), musculoesqueléticos (los que están unidos al hueso), y endocrino-glandulares» (Damasio, 1996, p. 159), que constituyen la esencia de las emociones.

Esta última función es de especial relevancia si el objetivo es atender a las diversas manifestaciones de la emoción en la toma de decisiones de perpetrador, pues pone de manifiesto que el resultado del proceso emocional de la persona tiene como antecedentes numerosos cambios en los sistemas neurales y biológicos del agente, los cuales repercuten a su vez en el proceso de toma de decisiones cuando el agente se enfrente a una situación entre vulnerar o respetar la norma penal.

Ahora, habiéndose examinado la relevancia de las emociones en la expresión de la conducta, surge la interrogante acerca del rol que desempeñan en la toma de decisiones individuales. Para abordarlo se realizará un breve análisis de algunos aspectos neurobiológicos que inciden en este proceso, para luego, en conjunto con la importancia de la dimensión social del individuo, avanzar hacia el siguiente título y responder, en definitiva, si sobre la base de lo expuesto el reproche de culpabilidad está o no justificado.

2.1.5. Algunos aspectos neurobiológicos

En neurociencia, el modelo biosistémico describe dos sistemas en la toma de decisiones (Abarca *et al.*, 2022). El primer sistema, o «sistema central» (Levenson, 1999), opera automáticamente para resolver cuestiones esenciales para la supervivencia, procesando emociones mediante el sistema límbico. Por ejemplo, ante una amenaza como escuchar pasos en una calle peligrosa, la amígdala activa el miedo, lo que desencadena respuestas corporales y cognitivas que maximizan la sobrevivencia (Damasio, 1996). Este sistema, instintivo e involuntario, reacciona ante estímulos percibidos como peligrosos, aunque puede originar conductas desadaptativas si la amenaza se interpreta desde una dimensión socioemocional.

Procesa la información por alguno de sus componentes gatillando un estado corporal específico (de acuerdo con la información procesada)

y, en consecuencia, altera el procesamiento cognitivo a fin de que se adecúe a la emoción escogida por él (Damasio, 1996).

De manera que algunas conductas antisociales, como los delitos violentos, nacen de esta reacción: si el estímulo amenaza la sobrevivencia en la dimensión socioemocional de la persona, podría desencadenar estados corporales que tiendan a neutralizar dicho estímulo pudiendo resultar en una conducta desadaptativa.

El segundo sistema, denominado «sistema de control» (Levenson, 1999) o «control inhibitorio» (Abarca *et al.*, 2022), permite respuestas más racionales al bloquear impulsos emocionales, entendidos como las respuestas emocionales espontáneas, las desplaza para cuestiones de peligro inminente y sobrevivencia. En el ejemplo de la calle oscura, este sistema evaluaría la situación antes de actuar, lo que fomentaría una conducta adaptada.

En primera instancia, este sistema bloquea los impulsos afectivos permitiendo al individuo tomar decisiones de manera deliberativa y racional aún ante situaciones que el sistema considere hostiles o amenazantes. Aunque históricamente se le atribuyó una función puramente racional, la evidencia muestra que ambos sistemas están interconectados: regiones como la corteza orbitofrontal y el hipocampo participan tanto en procesos emocionales como racionales. Así lo explican los autores:

Por ejemplo, la corteza orbitofrontal, vinculada al procesamiento racional, es también relevante en el procesamiento emocional, mientras que el hipocampo, componente clave del sistema límbico y, por lo tanto, del procesamiento emocional, es crucial en la memoria. No existe una línea clara que separe las regiones cerebrales que subyacen a la emoción y a la cognición. (Abarca *et al.*, 2022, p. 178)

De modo que ambos sistemas colaboran entre sí y no como entidades separadas.

Esta interacción se refleja en lo que las ciencias cognitivistas han denominado «sesgos cognitivos»: estos explican cómo las personas

filtran y procesan la información para tomar decisiones a través de estrategias heurísticas o «atajos mentales», para simplificar decisiones complejas. Este atajo mental puede conducir a errores sistemáticos en el procesamiento de la información distorsionando los juicios y los razonamientos necesarios para la toma de decisiones. Un caso ilustrativo es el sesgo de confirmación, donde el sistema central recuerda información que respalda creencias previas, mientras el sistema de control busca nuevos datos para fortalecerlas (Abarca *et al.*, 2022).

Lo anterior, señalan los autores, sucede dado que los sesgos cognitivos son el resultado de la transgresión de diversos principios de la racionalidad, entre los que destacan principalmente tres: (a) principio de dominancia, el cual señala que una persona debe elegir aquella opción que no fuere peor de todas las que se presentan, obteniendo el mejor resultado posible; (b) el principio de invariancia, este principio propone que independientemente de cómo se describa la información en el mundo, esta debe ser entendida siempre de la misma forma; y (c) el principio de costos hundidos, a través del cual se plantea que, dado que las decisiones tomadas en el presente afectarán al futuro, estas deben tomarse siempre considerando las consecuencias futuras.

Este último principio permite retomar la larga discusión en torno a la teoría de la disociación respecto al uso del castigo punitivo, pues la esencia de esta propone que el individuo hará una evaluación de los costos futuros. No obstante, considerando el uso de estos sesgos como una transgresión a la racionalidad, dada la simplificación de las operaciones mentales (es decir, como operaciones neuronales), la teoría de la disociación solo opera en un sentido supuesto e incierto. Sin embargo, esta discusión escapa del objetivo de este artículo, por lo que se propone como desafío para futuras discusiones.

2.2. Dimensión social

Como se adelantaba al principio de este apartado, para analizar si está justificado o no el reproche de culpabilidad, es necesario atender la influencia de la dimensión social en la toma de decisiones del individuo respecto de la conducta disvaliosa.

Dada la limitación de espacio para la investigación que aquí se propone, el análisis siguiente plantea una evaluación sobre cómo la dimensión social determina en gran parte la toma de decisiones: la forma en que ciertos estímulos externos o sociales generan un cambio en el organismo del individuo, para posteriormente vincularlos a la toma de decisión (la conducta observable).

El resultado del procesamiento biológico en la toma de decisiones, es decir, la conducta exteriorizada en el entorno, permitirá determinar *a priori* si la acción es la regulación emocional de un evento pasional y por lo tanto desadaptativa (en nuestro contexto entiéndase por tal la conducta atípica o delictiva). O bien, sujeta a la racionalidad y, por tanto, una conducta adaptativa (vale decir que los delitos de defensa propia pueden ser perfectamente racionales, pues la relación costo-beneficio es de naturaleza diversa). Ahondaremos más sobre este punto en el siguiente título.

El medio influirá en el organismo del individuo de diferentes maneras, principalmente a través de la estimulación de las terminales nerviosas. Desarrollaré brevemente este punto a fin de entender estos cambios como resultado de una conducta específica:

2.2.1. La recepción de la información o estímulo

Percibimos el mundo mediante órganos sensoriales, tradicionalmente categorizados en cinco sentidos (olfato, vista, audición, gusto y tacto), aunque existen otros igualmente relevantes que no abordaremos aquí.

Estos receptores captan señales del entorno y las convierten en impulsos procesados por el sistema nervioso, que almacena y elabora respuestas para adaptar al organismo a los cambios del medio.

En el caso del perpetrador, su entorno social influye directamente en su organismo. Los estímulos del contexto social, captados por los órganos sensoriales, son procesados y transmitidos a las cortezas cerebrales desde sus diferentes perspectivas.

Ahora, a mayor complejidad e incertidumbre del estímulo recibido, el perpetrador requerirá de mayores habilidades racionales (las que se desarrollan principalmente en el segundo sistema antes descrito) que le faciliten la disuasión de la conducta delictiva.

La condición señalada es igualmente importante sobre el grupo social más inmediato de la persona, de manera que su interacción genera diversas conexiones neuronales que guardan el aprendizaje para, a través de este, prever futuros resultados o escenarios durante la toma de decisiones. Este aprendizaje configura las tendencias que guiarán las acciones del individuo ante la percepción de emociones similares al estímulo original (Damasio, 1996).

Según Damasio, la capacidad para generar impulsos biológicos adaptativos que favorezcan la toma de decisiones racionales es menos probable si el entorno cultural es deficiente. Así, cuando el perpetrador enfrenta un desafío y necesita una respuesta racional inmediata, el control necesario para esta respuesta se encontrará ausente, lo que aumentará la probabilidad de actuar de manera involuntaria. Esta adaptación no solo se limita a respuestas inmediatas para la supervivencia (Onofre, 2019), sino que también incluye estrategias complejas para afrontar desafíos, influenciadas por las herramientas disponibles. Por lo tanto, este proceso también aplica a delitos que requieren planificación, como delitos económicos o secuestros.

Resulta fundamental considerar en esta hipótesis las experiencias tempranas y eventos que moldean la trayectoria vital del individuo. Estas experiencias tempranas se internalizan como información adaptativa, modulando la toma de decisiones racional posterior (Damasio, 1996).

Al respecto, cobra importancia la noción de ciclo vital, que se refiere a las diferentes etapas que una persona atraviesa desde que nace hasta que muere. Este concepto fue introducido por el psicoanalista Erik Erikson (1959), quien describe el desarrollo psicosocial en ocho distintas etapas a lo largo de la vida, las cuales deben resolverse a fin de un desarrollo saludable. El entorno social tendrá una significativa influencia sobre todas las etapas del ciclo vital, y conformará un fuerte componente sobre la construcción de estas etapas a través de las interacciones sociales, las que, por medio del aprendizaje, estructurarán la personalidad del individuo. Particularmente, las condiciones desadaptativas se verán incrementadas o desalentadas de acuerdo con las interacciones a las que se vea expuesta una persona.

Este proceso se desarrollará principalmente en torno al aprendizaje que el individuo ha experimentado a lo largo de su historia vital, el cual se sintoniza, en forma de imágenes mentales, con la circunstancia que el medio social propone (Damasio, 1996). Con todo lo anterior, aquello que no ha sido parte del proceso de aprendizaje del individuo durante su ciclo vital difícilmente será integrado en su conducta o, lo que para este contexto es más relevante, en el proceso de toma de decisiones para que este sea racional y voluntario, tal y como exige el sistema penal.

Ahora bien, ya expuesta la forma en que la dimensión social del perpetrador tiene influencia en su sistema biológico, queda evaluar sobre qué razones y de qué manera se exterioriza la conducta adaptativa o desadaptativa.

2.2.2. Perpetuar la razón perpetúa la irracionalidad

Esta modulación de la conducta no se limita a la acción observable, sino que impacta también en las cogniciones, las emociones y las motivaciones del individuo configurando un proceso dinámico y multifactorial que determina las elecciones realizadas.

Así, la conducta resultante será valorada por el medio como positiva o negativa dependiendo del impacto que esta genere sobre las acciones y los estados mentales de otros (Abarca *et al.*, 2022). De manera concreta, la conducta resultante será valorada de acuerdo con el nivel de daño que genere dicha conducta en el medio.

Además, existe otro componente de naturaleza motivacional respecto de la toma de decisiones, el que está relacionado con el sistema de recompensa del perpetrador, donde sus acciones estarán motivadas hacia estados que asocien una mayor recompensa (inmediata o futura) sobre la valoración del medio hacia su conducta (Rilling *et al.*, 2008).

Gilligan (2001) sostiene que las conductas violentas están motivadas principalmente por la sensación de humillación. A través de su experiencia con reclusos, observó que esta humillación, combinada con otras condiciones previas (la dimensión socioemocional, por ejemplo), desencadenaba conductas violentas, ya que el individuo buscaba reemplazar el sentimiento de humillación por orgullo infligiendo daño a otros. Así,

«el propósito de la violencia es disminuir la intensidad de la humillación y reemplazarla tanto como sea posible con su opuesto, el orgullo» (Gilligan, 2001, p. 16). En este contexto, la disminución de la intensidad provocada por la humillación y reemplazada por el orgullo genera una recompensa inmediata en el autor.

El proceso de decisión sobre la adaptación al medio puede verse vulnerado por el mismo sentido de exigencia de las normas penales. Esto se explica en la búsqueda constante y perpetua del racionalismo inspirado en el libre albedrío. No quiero decir con esto que no exista tal, lo que se busca exhibir tiene que ver con la idea de castigo como medio disuasorio.

Como ya se ha expuesto, para la justicia penal la disminución de conductas delictivas será efectiva por la mera disuasión de una pena, evocando conductas racionales que evadan sus efectos. Por supuesto, esto es una ficción, como lo expuso en su estudio Gilligan (2001), ser castigado o humillado disminuye el grado de culpa, ya que la penitencia o inclusive los autocastigos mitigan el «sentimiento de pecado», pues, como lo manifestó Freud (1930), la culpa motiva la necesidad de castigo. De manera que el castigo incrementará las emociones vinculadas a la humillación y con ello su capacidad para sentir culpa por las acciones elegidas se verá disminuida. Lo que difícilmente refleja conductas que resulten de la razón.

3. CAMBIO DE PARADIGMA

El derecho penal, junto con los sistemas políticos y sociales, ha utilizado ideologías punitivas y juicios morales para tratar de comprender las conductas consideradas antisociales o irracionales. Sin embargo, los esfuerzos de los juristas penales no han profundizado en las causas subyacentes de la conducta criminal, lo que limita una comprensión fenomenológica del delito. En lugar de abordar las causas de la conducta delictiva, lo que tendería a una prevención efectiva de ellas (Gilligan, 2001), la justicia penal se ha centrado en castigar sin considerar las razones que motivan el delito, siguiendo la tradición del retributivismo (Bockmeyer, 2014). Esto ha llevado a una tradición punitiva que se

enfoca más en la aplicación efectiva de la pena y la observancia de la ley penal que en la propia disuasión que ella pretende¹.

-
- 1 Haré brevemente una distinción referente a la pena, en cuanto a las medidas de seguridad relacionadas con la necesidad de prevención especial y general. Sobre ellas, juristas como Claus Roxin y Günther Jakobs han elaborado amplias teorías dirigidas a resolver los vacíos del retribucionismo. No obstante, los fundamentos de las teorías preventivas [orientadas —como lo señalaría Roxin (2008)— a limitar la responsabilidad y determinar finalmente la magnitud de la pena o medida, teniendo como límite último el grado de culpabilidad del autor] responden a los efectos sociales de la pena o medida, ya sea sobre el individuo (prevención especial) o sobre la población (prevención general) a fin de evitar el delito, mas no responden a la concepción fenomenológica de este. En su vasta investigación, Roxin prevé que la culpabilidad no es suficiente por sí misma para justificar la imposición de la pena, y delimita el concepto a su función limitadora del poder estatal e incorpora, en consecuencia, el concepto de responsabilidad para determinar la magnitud de la pena de acuerdo con teorías preventivas. Ahora bien, en la teoría de Roxin, la falta de necesidad de prevención (especial o general), así como la falta de motivación por la norma, permite que se resuelva adecuadamente la cuestión sobre la renuncia a las sanciones jurídico-penales independiente de la capacidad del autor para actuar de otro modo, por lo que la autodeterminación del sujeto resulta del todo irrelevante. Con esto, Roxin (1976) señala que la discusión sobre el libre albedrío carece de importancia, toda vez que los hechos sociopsicológicos penetran directamente dentro de los componentes preventivo generales de la responsabilidad. Sin embargo, Roxin solo se refiere a los casos de exclusión de culpabilidad o, lo que es igual, de responsabilidad. Dejando de lado los casos en que el autor resulta efectivamente acusado por el juicio de culpabilidad, en los cuales la aplicación de medidas de seguridad resultase del mismo modo que la pena, ineficaz e injustificada, tal como se expone a lo largo del artículo. Por otra parte, Jakobs (y en un sentido similar a Roxin) se refiere a la culpabilidad desde las necesidades preventivas y, en particular, reconducida a la prevención general. Sin embargo, este autor realiza un análisis normativista en el cual el individuo será culpable en la medida que exista una falta de fidelidad con el ordenamiento jurídico desde una perspectiva objetiva-social, esto es, por la infracción de la norma jurídico-penal desde el rol del individuo en sociedad, considerando que el principio de culpabilidad se encuentra fundamentado por sus fines sociales (Jakobs, 2004). Más allá de las críticas que puedan existir a la culpabilidad funcional de Jakobs, desde la perspectiva de la neurociencia se presenta el conflicto toda vez que esta culpabilidad no es susceptible de ser descrita como un suceso de la psique del autor (Parma, 2001). Si bien no pretendo caer en las premisas de una culpabilidad psicológica (Roxin *et al.*, 2000), ni mucho menos en la culpa por el

Históricamente, la justificación del castigo se basa en dos principios: la retribución, que busca compensar el daño causado, y la disuasión, que intenta prevenir futuros delitos.

La retribución, por su parte, implica dos elementos: uno objetivo, que se refiere al daño causado, y el subjetivo, que se enfoca en la culpabilidad del autor y la consciencia con la que se comete el delito. Sin embargo, este enfoque no captura la complejidad de los factores que influyen en la conducta criminal, como las emociones, el entorno social y el proceso de toma de decisiones.

Ahora bien, aun cuando este artículo es un esfuerzo por exponer esta idea de «voluntariedad superficial» y, por tanto, inclinarnos por el elemento subjetivo del retributivismo, es menester referirse a la retribución basada en el daño como justificación de la pena si la pretensión consiste en descartar este reproche. Sobre la disuasión volveremos a propósito de la retribución objetiva.

3.1. Retribución objetiva, ¿es útil en la prevención del crimen?

La concepción del delito como daño, desde una perspectiva objetiva, ha llevado a ver el sistema penal como un mecanismo de control social (Houlsman, 1992), pero esta visión ha fomentado la sobrecriminalización y la expansión del ámbito penal. Como resultado, las medidas punitivas, especialmente el encarcelamiento, se han multiplicado. Aunque la prisión se justifica por su efecto disuasorio y resocializador, en la práctica ha mostrado ser ineficaz para reducir la reincidencia y promover la reinserción social.

Reflejo de lo anterior es el aumento de población penitenciaria; en Chile la tasa de reclusos es de 266 por cada 100 000 residentes, y se

modo de vivir del autor del delito, los procesos neurológicos que se exponen en este artículo intentan demostrar cómo influyen en la toma de decisión del infractor de la norma penal más allá de las condiciones normativas de una determinada sociedad. No se trata, por tanto, de que los «esfuerzos psíquicos» del autor del delito agraven o atenúen su responsabilidad, sino que la comisión del delito denota su incapacidad para autogestionar y autodeterminar su conducta, para lo cual la pena como fundamento para restablecer la validez de la norma no tiene aplicación ante los nuevos descubrimientos de la neurociencia.

posiciona como el segundo país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con la mayor tasa, es superado por Estados Unidos con 710 reclusos por cada 100 000 habitantes, seguido por Estonia con 238 reclusos (Walmsley, 2016). Cifras que se suman al continuo crecimiento de la población carcelaria y al hacinamiento en estos centros. Lo anterior nos permite al menos cuestionar que el encarcelamiento funcione como medio disuasivo de la conducta criminal.

La disuasión de la conducta delictiva ha justificado (en cierta parte) la aplicación del castigo a través de la capacidad del perpetrador para determinar la futura sanción. De manera que, para evitar el delito, se busca que el castigo sea tan grande que la persona decida no realizar la acción típica, pues no merece el costo. El castigo debe ser mucho más grande que aquello que la persona podría ganar con el delito, disuadiéndose de cometerlo (Coppola, 2018).

El paradigma de la sanción penal centrado en el daño objetivo considera al delincuente como un agente racional y calculador, capaz de evaluar las consecuencias de sus actos. Sin embargo, esta concepción resulta insuficiente al momento de explicar la complejidad de los procesos socioemocionales.

Investigaciones han demostrado que los costos del encarcelamiento conllevan consecuencias físicas y sociales que impiden concretar el fin resocializador de la pena de las teorías de prevención especial, dado que el aislamiento social y cultural influyen drásticamente en el deterioro de la identidad del sujeto. Esto es así dado que la sanción, tal y como se aplica hoy, es una amenaza para la dimensión social del individuo (considerando los factores antes analizados), elemento fundamental en la construcción de la personalidad individual del sujeto. James Gilligan (2001) subraya que «la muerte de la cultura propia de uno es equivalente a la muerte del sí mismo de uno» (p. 8).

Lo anterior constituye una respuesta a la naturaleza social del ser humano, para la cual la cultura (entendida por ella las diversas formas de relación, comunidad, crianza y educación) depende tanto o igual como dependemos de otros elementos físicos. Por lo que, señala el autor, los estímulos que se perciban como amenaza a la integridad y la

sobrevivencia de la cultura serán también una amenaza a la integridad y la sobrevivencia de la identidad del sujeto.

También se refirió a esta pérdida en la identidad cultural Sutherland (1939): «la razón esencial por la que las personas se convierten en delincuentes es que han sido aisladas de la cultura del grupo respetuoso con la ley o bien han estado en contacto con una cultura delictiva rival» (p. 539). Así, parece concluir con sentido la deducción del mismo autor al señalar que «la criminalidad, que es el producto de este aislamiento de la cultura, no se supere con más aislamiento» (p. 595).

En la misma línea, Drago *et al.* (2009) analizaron empíricamente «el impacto de las condiciones penitenciarias en el comportamiento delictivo futuro» (p. 2) revisando los efectos de haber estado en tratamiento penitenciario. Particularmente, obtuvieron resultados de cómo las condiciones de encarcelamiento influyen en la reincidencia, de los cuales concluyeron que no se reduce el porcentaje de reincidencia con las medidas penitenciarias duras y que, por el contrario, el someter a un sujeto a condiciones penitenciarias aumenta el desarrollo de la actividad delictual luego de obtener su libertad.

El modelo de retribución objetiva, basado en una visión moralista de la conducta y su castigo, ha quedado obsoleto. Este enfoque ha generado altos índices de criminalización, sobrepoblación carcelaria y altas tasas de reincidencia, sin lograr reducir la violencia ni la actividad delictiva. Esto demuestra la necesidad de cambiar el paradigma del «merecimiento del castigo», de un enfoque moral y legal a una comprensión más profunda del proceso de toma de decisiones delictivas.

3.2. Retribución subjetiva

La sanción punitiva en sentido subjetivo ha sido sustentada en la atribución de la culpa como un reproche a quien no ha ajustado su actuar a las normas penales. Para ello señala Coppola (2018) que es esencial la «premisa de culpabilidad moral», pues toda actividad antisocial es cometida de manera libre, con el conocimiento suficiente y adecuado de las consecuencias que conlleva la naturaleza de la conducta delictiva. De esta manera, el castigo se impone como consecuencia necesaria,

primero del actuar incorrecto del individuo y, segundo, del actuar conscientemente erróneo de este.

Dado que el individuo actúa como agente racional (entiéndase por conducta racional aquella que se adapta al medio y las exigencias de la norma penal, motivada por el pleno dominio de su capacidad decisoria), el reproche de culpabilidad se impondrá como elemento legitimador de la sanción. Enviando al mismo tiempo un mensaje que provoque el temor en la sociedad a fin de amedrentarla y que sus individuos se abstengan de cometer un delito. El sistema supone que excluirlos y someterlos a duras condiciones los inducirá a comprender su mala conducta y, en consecuencia, calcular costos y beneficios de la conducta delictiva versus el perjuicio que les ocasionará la imposición de la sanción. Se abstendrán, por tanto, de volver a delinquir, lo cual generará una especie de neutralización de las «malas personas» (Coppola, 2018).

Considerando que la dimensión socioemocional de la persona constituye el antecedente inevitable de la acción disvaliosa, la voluntariedad de la acción ve disminuida su aplicación. Serán estos factores socioemocionales los que, a través del proceso de toma de decisiones, influirán en el individuo para actuar de modo dañoso independientemente de las reglas sociales, pues todo su sistema trabaja para producir como resultado esa acción en el mundo. De manera que los presupuestos que se construyen actualmente en torno a la consciencia de ilicitud no son suficientes para determinar que la acción típica fuese en realidad voluntaria.

Si la persona actúa bajo la influencia de complejos procesos internos que, a la vez, validan su actuar, será difícil que de manera consciente reconozca el daño causado.

3.2.1. Humillación y orgullo: causas de un delito superficialmente voluntario

Si bien hacer un análisis de todo el catálogo de delitos consiste en un esfuerzo que supera con creces la intención de este artículo, es trascendental señalar que las conductas que aquí se proponen son principalmente todas aquellas que traen aparejadas consigo algún acto de violencia, ya sea física, psicológica o conductual en general. No obstante,

un desarrollo más exhaustivo de la información aquí expuesta permitiría aplicarla a delitos económicos o delitos que suponen una mayor planificación.

Ahora, y respecto a la violencia: ¿es en esencia siempre reactiva? No necesariamente, cómo se verá, existen conductas violentas perfectamente planificadas y organizadas (p. ej., el crimen organizado en bandas criminales), cuya violencia «voluntaria» integra también la hipótesis que aquí se plantea. Es decir, aun cuando la planificación comúnmente ha sido entendida por el reproche como sinónimo de voluntaria, esto es solo de manera superficial. Fuera de los casos de psicopatía, sociopatía o casos de inimputabilidad (respecto de los cuales se puede hablar incluso de un daño o falta de desarrollo neurológico), estas acciones violentas, planificadas o no, responden a influencias emocionales aprendidas principalmente de un contexto o dimensión social. Sobre ello, los aprendizajes de la persona en torno a estas conductas son considerados «correctos», pero no debe olvidarse que ello está influenciado por componentes que actúan a nivel biológico o patológico.

Un intento por demostrar empíricamente que la principal motivación de la violencia se relaciona con una profunda pérdida en la autoestima del individuo, gatillada a su vez por emociones vinculadas a la humillación, es el estudio ampliamente citado de J. Gilligan (2001). De ahí que el actuar violento es una respuesta que pretende disminuir la humillación y, por supuesto, reemplazarla tanto como sea posible por el orgullo. Para la persona cuyo entorno social implicó un largo régimen de desprecio y desdén, la toma de decisiones estará motivada por buscar situaciones que le inspiren respeto instantáneo respondiendo a los eventos del mundo a través de actos violentos (p. ej., un integrante de una banda criminal apunta a la cabeza de otra persona con una pistola, sentirá el respeto que le inspira a la víctima dado el miedo de tener su vida en las manos del autor).

La teoría para la violencia que desarrolla el autor nos otorga un enfoque muy acertado a la discusión que aquí se propone. Para él las instituciones han estructurado todo el sistema penal en torno a la teoría que denomina del «auto-interés racional» (p. 6): ella asume que el individuo que actúa de manera violenta lo hace sobre una base de autointerés

racional y sentido común. Esto quiere decir que quien actúe de manera contraria a la norma penal tiene los intereses de cualquier ciudadano; no quiere ser víctima de violencia física o psicológica ni tampoco ir a la cárcel, por lo que todo lo necesario para prevenir la violencia consiste en una amenaza de castigo —principalmente de encarcelamiento— a todo aquel que cometa dichos actos. No obstante, esa construcción sistemática se basa fundamentalmente en cuatro errores, de los cuales señala que el sistema es «totalmente incorrecto, irremediablemente ingenuo, peligrosamente engañoso y basado en la completa y total ignorancia de cómo es realmente la gente violenta» (Gilligan, 2001, pp. 6-7).

Todo lo anterior en atención a que los recursos no han sido debidamente aplicados, lo cual no implica que no se utilice la fuerza cuando medios preventivos no funcionen, sino que la razón por la cual ellos no funcionan es precisamente por no apuntar a las condiciones que, en primer lugar, gatillaron el actuar dañoso.

4. LA CULPABILIDAD EN JUEGO

Habiendo analizado extensamente los fundamentos de la neurociencia respecto a la conducta humana, su voluntad y su exteriorización, así como los presupuestos para la imposición de la pena, corresponde referirnos a la teoría de la culpabilidad.

Tradicionalmente se ha entendido a la culpabilidad como el reproche del hecho típico y antijurídico realizado a quien pudiendo obrar de manera diversa opta por la conducta prohibida (Politoff *et al.*, 2003). Esta definición plantea la acción ilícita a modo de consecuencia de la voluntad y la libertad moral del perpetrador, al ser este quien de manera racional elige la conducta reprochable. No obstante, la culpabilidad material ha sido históricamente objeto de controversia y análisis dados los diversos aspectos y conceptos que de ella emergen. Así, Bacigalupo (1999) define la culpabilidad de manera más objetiva como «el conjunto de condiciones que determinan que el actor de una acción típica, antijurídica y atribuible, sea criminalmente responsable de la misma» (p. 413).

De modo que la acción culpable es aquella en la que el autor tiene el poder para responsabilizarse de ella a través de su capacidad de autogestión y el derecho penal puede reprocharle la conducta culpable. En palabras de Roxin (1997), quien cumpla los presupuestos que le hacen «responsable» de la acción típica y antijurídica se hace, desde la perspectiva del derecho penal, acreedor de una pena. Estos presupuestos consisten en la capacidad de culpabilidad del individuo (presupuesto de imputabilidad) y la ausencia de causas de exculpación. No me haré cargo en este artículo de las causas de exculpación, pues exceden de su propósito no obstante ser objeto de un estudio ulterior.

La culpabilidad del sujeto se imputa en la medida en que este realiza un injusto penal pudiendo motivar su conducta a la norma jurídico-penal a través de su capacidad de autocontrol, y puede serle psíquicamente asequible actuar conforme a derecho (Roxin, 1997). Desde el punto de vista de la neurociencia, es precisamente este último presupuesto el que se pone en tela de juicio y aquel en que consiste el objeto de análisis de este artículo.

Por tanto, conviene hacer algunas distinciones a fin de entender cuándo el hecho típico responde a una conducta voluntaria como resultado de la autodeterminación del sujeto, o si responde a impulsos (consecuencia) de la pasión sobre la base de una falta de control emocional. Para ello será necesario atender a la forma en que el individuo realice el procesamiento de la información percibida de los estímulos y si la toma de decisiones responde o no al razonamiento lógico.

Con ese fin clasificaremos la conducta en dos categorías posibles de resultado: una racional (procesada desde el sistema de control inhibitorio) y otra emocional (sistema central). Es importante recordar que esta distinción de sistemas no es separatista, pues aun cuando en primera instancia una conducta carezca de control, componentes de ambos sistemas intervienen en la misma conducta. Para este punto, su importancia radica fundamentalmente en dos cuestiones: por una parte, diferenciar la conducta ilícita no racional de la conducta inimputable. Para estos últimos la falta de control inhibitorio radica ya sea en la falta de desarrollo de la corteza prefrontal del cerebro (sistema de control) como en la subcortical (sistema central), o bien en una lesión neurológica.

Luego, la aplicación de esto en un sistema penal basado en la salud pública y la medicina preventiva facilitaría el tratamiento, habida cuenta de que el actuar racional y consciente, como aquí se ha estudiado, consiste en mecanismos de razonamiento capaces de ser aprendidos.

La noción de una conducta «racional», tal como ya se mencionó anteriormente, refiere a aquella que se adapta al medio y las exigencias de la norma penal motivada por un dominio pleno en su capacidad decisoria (Damasio, 1996). Neurológicamente, el proceso ocurre de manera principal en la corteza prefrontal vinculada a componentes del sistema de control inhibitorio. Con todo, la acción que resulta lícita ante un estímulo que amenaza la supervivencia del proceso racional no es obstaculizada por la pasión (emoción). En otras palabras, la selección de opción de respuesta utiliza las emociones de acuerdo con sus funciones valorativa, motivacional, adaptativa y regulatoria según el estímulo (y la corriente teórica que se siga), mas no dejándose llevar por ellas.

Así, las acciones del individuo que domina esta capacidad decisoria se guían por los principios de una conducta racional, entre los que destaca el principio de dominancia. Este, junto al sistema límbico, entregará a la consciencia del individuo un catálogo de opción de respuestas basado en su propio aprendizaje vital, adaptando y regulando las respuestas corporales según la mejor opción analizada por el organismo para su propio beneficio. Ahora bien, de esta selección de respuesta, el individuo racional analiza la relación costo/beneficio considerando las consecuencias de cada opción proyectadas al futuro, pues las disposiciones de regulación innatas del organismo buscan asegurar la supervivencia de este (Damasio, 1996).

¿Es posible concluir que la conducta típica responde a estos principios de conducta? Estas primeras observaciones permitirían concluir que el hecho delictivo no constituye el resultado de una conducta voluntaria/racional.

Aún más, Roxin (1981) en su teoría ya adelantaba que la culpabilidad consiste en un concepto ficticio, toda vez que la «libertad de voluntad» a la que se refiere no existe o no se puede demostrar científicamente, por lo que no es posible, *in praxis*, demostrar que el autor del delito podía efectivamente actuar de un modo distinto a la conducta exigida.

De manera que no es factible utilizar el concepto de culpabilidad si sus premisas son puramente abstractas, hecho por el cual si la pena es la respuesta de la conducta culpable, y dicha culpabilidad es indemostrable, solo cabe la supresión de la pena. Sin embargo, ante lo que podríamos señalar como una falta de rebeldía, una tesis que bien podría dejar sin fundamentos al derecho penal de la culpabilidad, Roxin argumenta la utilización de medidas preventivas como fin de la pena.

La conducta irracional que vulnera una norma penal es el resultado de un proceso incompleto o ineficiente del razonamiento lógico. Si bien los procesos y los componentes que interactúan antes, durante y después de la toma de decisiones son tan diversos que escapan de nuestro propósito, entender el hecho típico como el resultado de un proceso por lo menos incompleto del razonamiento voluntario es el primer paso para descartar al reproche de culpabilidad como elemento justificante del sistema penal. Así, la conducta denominada irracional difiere de su contraparte en los mecanismos de selección de respuesta adaptativa basados en sus estados motivacionales. En primer término, la conducta típica vulnera siempre el principio de dominancia, al entender que la acción ilícita nunca será la mejor opción posible, ya sea para el propio individuo como para la víctima, y tiene como principal consecuencia la imposición de una pena y la muy posible pérdida de su libertad.

Lo mismo ocurre respecto al análisis costo/beneficio, entendiendo que de la selección de respuestas posibles la conducta antisocial implica la respuesta con mayores costos y menores beneficios (fuera de la perspectiva de quien elige la conducta delictiva, pues, como consecuencia de la falta de herramientas socioemocionales, el infractor considera esta como aquella que implica menores costos y mayores beneficios). De modo que el análisis que realiza el individuo parece al menos insuficiente, sin permitirle elegir sobre la base de los principios de la racionalidad.

Debido a lo cual la acción típica como respuesta corporal atiende a mecanismos de supervivencia desarrollados ampliamente por el sistema subcortical o sistema central, sin considerar a los procesos de la lógica a nivel cortical prefrontal como sistema de control inhibitorio. Tal como ya se expuso al momento de analizar la dimensión social, las exigencias del entorno aprendido y actual serán determinantes para valorar la emoción

y motivar una respuesta más o menos adaptativa al medio del estímulo, así como la respuesta corporal específica que se obtenga del mecanismo de razonamiento.

Ahora bien, el fundamento específico de la imputación subjetiva será diverso de acuerdo con la corriente o el autor que se estudie; no obstante, pareciera existir una convención en que el fundamento positivo consiste en al menos dos elementos: el dolo (el sujeto sabía y quería lo que hacía) y la culpa (imprudencia: el sujeto que no quería el hecho podía siquiera haberlo previsto y evitado) (Politoff *et al.*, 2003). Estos, a su vez, admiten el reproche de culpabilidad solo si fuere atribuible al individuo la capacidad para autodeterminar en algún grado su conducta (Cury, 2004). Analicemos este punto.

4.1. Sobre la autodeterminación de la conducta

Respecto a la autodeterminación de la conducta, para Cury (2004), esta se refiere a la capacidad de darle algún sentido al comportamiento inhibiendo la pasión de aquellos hechos susceptibles de una pena. Sobre ello, las conductas pasionales que no infringen una norma no tienen mayor relevancia para el derecho penal, por lo que la autodeterminación apunta a la capacidad que tienen las personas para comprender, primero, que el hecho o acción es injusto, y segundo, que el individuo tiene la capacidad de dejarse determinar por la norma al ser dicho acto susceptible de una pena.

Al contrario de lo señalado por Cury, que entiende el fundamento del reproche en la libertad del autor para autodeterminarse ante la existencia de una norma penal, los conocimientos aportados por la neurociencia parecen refutar esta noción y, por tanto, el fundamento del reproche. Esta exigencia del derecho penal consiste en un completo desconocimiento de la compleja maquinaria humana, ignorando el conjunto de influencias internas y externas que subyacen en la comisión de un delito. La evidencia de Gilligan, al demostrar que los episodios de violencia de los reos en Estados Unidos se basan en cuestiones tan diversas como experiencias humillantes o pérdida de la identidad y responden a la búsqueda de su propio orgullo, es un claro ejemplo de lo expuesto anteriormente.

Así, de las funciones valorativas, adaptativas y motivacionales de la emoción, el individuo optará por la conducta más adecuada a su propio estado interno, el cual indudablemente tiene mayor peso que la norma penal (al menos para el infractor). Considerando que estas funciones llevan a la persona a un estado de mayor éxito de acuerdo con su propia dimensión socioemocional, su autodeterminación no se construirá en torno al tipo penal, sino a sus propias motivaciones emocionales, o inclusive estados motivacionales de su rol en la sociedad.

4.2. Elementos subjetivos

Dado que una reinterpretación sobre los elementos subjetivos de la imputación de la responsabilidad penal excede las pretensiones y los límites de este artículo, no obstante ser importante para un análisis posterior que distinga su posible aplicación, cabe decir qué papel juegan dichos elementos en el estudio aquí propuesto y definir los pasos a seguir para una futura investigación más extensa.

El reproche en derecho penal se centra en los actos contrarios a la norma, no en la identidad o la forma de vida del individuo. La intención del derecho penal es evaluar si la conducta fue previsible o deseada por el autor y si pudo haber actuado de manera diferente. En este sentido, se estudia la acción en función del resultado y si fue querido o previsto por el autor.

Sin embargo, según lo estudiado, para determinar si la conducta es efectivamente voluntaria o no, la acción como resultado solo entrega información superficial de una voluntariedad falsa. Para entender si la conducta nace desde la voluntariedad del sujeto, será necesario atender a la dimensión socioemocional que influye en la toma de decisiones del autor como resultado de un proceso mayormente inconsciente, lo que, dadas las limitaciones de los tribunales humanos, solo será posible desde una perspectiva de salud pública y medicina preventiva. Y si la conducta efectivamente fue querida y prevista por el autor, un tratamiento desde la medicina preventiva permitirá abordar las causas que lo llevaron a buscar tal resultado.

4.2.1. Sobre el dolo y una consciencia superficial

La conducta propiamente dolosa —sin otras distinciones—, de acuerdo con lo estudiado por la neurociencia, es psicológicamente involuntaria. En principio, sobre el elemento intelectual no hay mayores reparos, por cuanto la conducta a juzgar refiere el conocimiento de la persona sobre los hechos comunes incorporados en la norma penal (elementos esenciales del tipo), entendiéndose que su acción es susceptible de una pena. De manera que el sujeto comprende que la conducta exteriorizada genera un daño efectivo, no obstante, lo que aquí se discute es si la acción que genera el daño tiene realmente un elemento volitivo según la neurociencia.

Puesto que la acción nace de la valoración de un estímulo evaluado a propósito de diversas emociones y aprendizajes vitales, es esencial para la toma de decisiones contar con herramientas para el razonamiento lógico antes descrito, dependiendo de la disponibilidad de opciones de acción y resultados (Bechara *et al.*, 2000). De lo contrario, la influencia a un estado de supervivencia del organismo procesado por el sistema central generaría, a través de pulsaciones biológicas y las mismas emociones, un influjo «negativo» de información a la base corporal (Damasio, 1996) e impediría los mecanismos de control propios de la precorteza. En este escenario, la voluntad expuesta por la doctrina supone una consciencia «superficial» basada en las creencias y las valoraciones de los estímulos sociales a propósito de sus propios aprendizajes en el ciclo vital.

Dicho esto, el análisis del dolo sobrevive únicamente respecto de su análisis cognoscitivo, es decir, para evaluar si efectivamente hay un delito atribuible a un autor específico. Además, si el tratamiento consiste en una cuestión de salud y medicina preventiva, un análisis volitivo respecto a la intención radicada en la «voluntariedad superficial» del autor no tiene mayor relevancia para este tipo de estructura del derecho penal; ya que lo que cobra relevancia no es el móvil del delito, sino las motivaciones intrínsecas del autor derivadas de todos los procesos mencionados en esta investigación.

4.3. El delito entendido como un problema de la salud pública

Entender al delito como un problema de salud pública es algo que James Gilligan (2001) ya adelanta en su teoría para la violencia al estudiar este fenómeno. Él propone que la mejor manera de explicar sus causas y cómo prevenirlo es tratarlo como un problema de salud pública y medicina preventiva. Esto al entender el delito como un síntoma de una patología que amenaza la vida, que al igual que las enfermedades tiene una etiología o una causa. Para ello propone una serie de análisis, ejemplos e investigaciones empíricas desarrolladas en función de su estadía en distintas prisiones de mínima y máxima seguridad. Un primer análisis comparativo permite situar a la violencia desde el punto de vista patológico, definiendo los conceptos de (a) enfermedad, (b) salud y, por último, (c) violencia.

Gilligan define la enfermedad en términos generales, de modo que la violencia pueda ser entendida como cualquier fuerza o proceso dentro de un organismo o especie que tienda a causar su muerte, especialmente, su extinción. Luego, define la salud como su contraparte al señalar que son fuerzas o procesos en el interior de los organismos o las especies que tienden a proteger y preservar la vida individual y colectiva. Finalmente, como consecuencias de ambos procesos se refiere a la violencia como el acto en que el ser humano inflige daños físicos a otros o a sí mismo, amenazando la vida, mutilando o incapacitando, y aquí está lo relevante, con independencia de si dicha causa es deliberada, intencional, por distracción o descuido en la seguridad de uno mismo y de otros.

Por supuesto, el tratamiento que deba ofrecerse a la conducta disvaliosa será completamente fuera de los conceptos tradicionales de castigo. Ello ya que desde una perspectiva de salud, los actos delictivos son causados por la conducta y la toma de decisiones humana, esto es, por la mente o psique (Gilligan, 2001). Al emplear estos términos en la prevención del delito, se hace literalmente entendiendo que estas acciones, nacidas de fuerzas sociales y psicológicas, son igualmente dañinas y crean dolor biológico, psicológico, incapacidades, etc., como cualquier mal o padecimiento.

Dado que la violencia, en los términos antes definida, es consecuencia de un acto de la persona, mas no natural, y emanado principalmente del proceso de la toma de decisiones del infractor, es que puede ser entendida como un síntoma de una psicopatología. Ante ello, la solución será atender en primer término estos síntomas, al prevenir las condiciones socioemocionales que causan la acción típica.

Ahora, tanto el estudio de Gilligan como los actuales descubrimientos en neurociencia nos permiten concluir que un derecho penal de la salud comprende la mejor respuesta a la conducta lesiva. El delito no es la conducta racional que el sistema pretende e incluso los mismos infractores a la norma; es el resultado de un proceso complejo e inconsciente del individuo, que no responde a los principios de la racionalidad. Por el contrario, es la respuesta a un conjunto de condiciones y motivos tanto irracionales como inconscientes, los cuales pueden ser estudiados y por tanto identificados.

5. CONCLUSIONES

Cabe preguntarnos ahora: ¿está justificada la aplicación del reproche de culpabilidad con las investigaciones aquí expuestas? Sin lugar a duda, la neurociencia concuerda en que el proceso de toma de decisiones, en este caso, como resultado de una acción típica, generalmente, no es la consecuencia de un proceso consciente-voluntario. A este le influyen una variedad de componentes e información procesada que no siempre el individuo es capaz de percibir de manera consciente.

Sobre estos vimos ampliamente, en función del estudio de la neurociencia, cómo la emoción juega un rol fundamental en la modulación de la conducta, la cual dada la variedad de procesos y componentes que influyen en ella no siempre es el resultado de la toma de decisiones de manera voluntaria. Las emociones, como estados mentales centrales para el razonamiento lógico y la construcción de la moralidad individual, condicionan en gran parte el comportamiento que las personas exteriorizan en el medio. Por otra parte, la dimensión social, sobre la que se construyen en gran medida los estímulos que originan una conducta típica, no solo aporta la información necesaria para el aprendizaje vital,

sino que genera cambios biológicos en el individuo. De manera que un entorno hostil para el perpetrador (esto incluye la prisión) seguirá condicionando su toma de decisiones a actuar delictivamente.

Por ende, el comportamiento delictivo no es una acción superficial que la persona persiga de manera voluntaria, al contrario, es el resultado de una conducta irracional condicionada por diversos impulsos psicológicos que se exteriorizan en la conducta del autor. De lo expuesto por la neurociencia, parece que el derecho penal quedó varias décadas atrás en su razonamiento. Es amplia la evidencia que permite sostener que la conducta no responde a eventos puramente racionales, sino que, en cambio, la toma de decisiones consiste en un proceso complejo influenciado por las diversas dimensiones de la persona.

A la pregunta específica cabe hacer un análisis mucho más extensivo que permita incluir la diversidad de casos que se materializan, así como reinterpretar a cabalidad la teoría de la culpabilidad y sus variadas consideraciones, queda abierta la puerta para nuevas investigaciones que incorporen igualmente la narrativa actual de los investigadores del derecho sobre este punto.

Aun así, de este primer esfuerzo se extrae que la conducta que vulnera la norma penal no responde por los principios de la racionalidad, y la voluntariedad de esta es, por lo menos, cuestionable, objetando la esencia del reproche, el cual supone que la conducta sí es voluntaria. Por otra parte, si bien no todas las acciones son involuntarias o responden a procesos irracionales, la acción típica responde a procesos de razonamiento que resultan incompletos.

Por lo que, para esta investigadora, el reproche no está realmente justificado, y su aplicación en la actualidad no es justa, lo que abre un camino a los investigadores del derecho, legisladores y grandes pensadores, a buscar nuevas formas de entender el delito. Aquí se expone la teoría construida por James Gilligan, quien propone tratar a la violencia como un problema de salud. Resulta acertada dado que, al igual como él pudo prever, el delito, entendido fenomenológicamente, nace de una serie de componentes psicológicos, emocionales y sociales que vulneran la vida, tanto del perpetrador como de las víctimas.

El derecho penal, en su búsqueda por regular la conducta humana, debe tener en cuenta cada vez más los avances de la neurociencia y, en general, de las diversas disciplinas que permitan un desarrollo integral de la ciencia penal, considerando las graves consecuencias que implican en la vida de una persona. Comprender los mecanismos biológicos que influyen en la toma de decisiones y el comportamiento delictivo es fundamental para garantizar que las sanciones penales sean justas y efectivas.

REFERENCIAS

- Abarca, M., Vargas, C., Romero, D., Villanueva, D. y Arancibia, M. (2022). Aspectos neurobiológicos en la toma de decisiones afectivas y sociales e influencia del estrés: posibles implicancias en la toma de decisiones clínicas. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 60(2), 176-184. <https://doi.org/10.4067/s0717-92272022000200176>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi.
- Bechara, A., Damasio, H. y Damasio, A. R. (2000). Emotion, decision making and the orbitofrontal cortex. *Cerebral Cortex*, 10(3), 295-307. <https://doi.org/10.1093/cercor/10.3.295>
- Bockmeyer, J. (2014). *Probation and effective rehabilitation - an alternative to incarceration? Using neuroscience to facilitate rehabilitation methods*. *MaRBL*, 5, 77-101. <https://doi.org/10.26481/marble.2014.v5.210>
- Coppola, F. (2018). Valuing emotions in punishment: an argument for social rehabilitation with the aid of social and affective neuroscience. *Neuroethics*, 14, 251-268. <https://doi.org/10.1007/s12152-018-9393-4>
- Cury, E. (2004). *Derecho penal: parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Damasio, A. R. (1996). *El error de Descartes. La razón de las emociones*. Andrés Bello.
- Deckers, L. (2018). *Motivation: Biological, psychological, and environmental* (5.ª ed.). Routledge.

- Drago, F., Galbiati, R. y Vertova, P. (2009). Prison conditions and recidivism. En *CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1443093>
- Erikson, E. H. (1959). *Identity and the life cycle*. International Universities Press.
- Freud, S. (1930). *El malestar en la cultura* [Das Unbehagen in der Kultur]. Amorrortu Editores.
- Frijda, N. H., Manstead, A. S. R. y Bem, S. (2000). *Emotions and beliefs*. Cambridge University Press.
- Gilligan, J. (2001). *Violence: A reflection on the national epidemic*. Pantheon Books.
- Houlsman, L. (1992). The abolitionist case: Alternative crime policies. *Israel Law Review*, 25(3-4), 681-709. <https://doi.org/10.1017/s0021223700010694>
- Jakobs, G. (2004). *Fundamentos del derecho penal*. Ad-Hoc.
- LeDoux, J. E. (1999). *The emotional brain*. Weidenfeld & Nicolson.
- Levenson, R. W. (1999). The intrapersonal functions of emotion. *Cognition & Emotion*, 13(5), 481-504. <https://doi.org/10.1080/026999399379159>
- Mañalich, J. P. (2007). La pena como retribución. Segunda parte: la retribución como teoría del derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, 28(83), 75-120.
- Martínez-Selva, J. M., Sánchez-Navarro, J. P., Bechara, A. y Román, F. (2006). Mecanismos cerebrales de la toma de decisiones. *Revista de Neurología*, 42(07), 411-418. <https://doi.org/10.33588/rn.4207.2006161>
- Moors, A., Ellsworth, P. C., Scherer, K. R. y Frijda, N. H. (2013). Appraisal theories of emotion: State of the art and future development. *Emotion Review*, 5(2), 119-124. <https://doi.org/10.1177/1754073912468165>

- Onofre, C. I. (2019). Emoción y sentimiento: aspectos neurobiológicos del principio ético material universal dusseliano. *Stoa*, 10(19), 40-71. <https://doi.org/10.25009/st.2019.19.2551>
- Parma, C. (2001). *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile.
- Rilling J. K., King-Casas, B. y Sanfey, A. G. (2008). The neurobiology of social decision-making. *Current Opinion Neurobiology*, 18(2), 159-165.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Reus.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (t. I). Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch, W. y Köhler, M. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito* [Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, España].
- Scarantino, A. y De Sousa, R. (2021). Emotion. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- Sutherland, E. H. (1939). *Principles of criminology* (4.ª ed.). J. B. Lippincott.
- Von Wright, G. H. (2003). Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos: con un epílogo cartesiano. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 53-78.
- Walmsley, R. (2016). *Lista mundial de población penitenciaria* (11.ª ed.). Instituto de Investigación de Políticas Criminales.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

La autora ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

La autora agradece la enorme colaboración brindada por Víctor García Yzaguirre, quien con sus observaciones y sus revisiones apoyó la confección y la publicación del presente manuscrito.

Biografía de la autora

Belén González Maldonado es licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Los Lagos, Osorno, Chile. Sus principales intereses de investigación son la fundamentación del castigo y el reproche penal desde la perspectiva de las ciencias que estudian el comportamiento humano.

Correspondencia

constanza.gonza15@gmail.com

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 287-320
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1019>

La apelación sin agravio en los procesos constitucionales

The appeal without grievance in constitutional proceedings

A apelação sem agravo nos processos constitucionais

CARLOS ENRIQUE POLANCO GUTIÉRREZ
Universidad Católica de Santa María
(Arequipa, Perú)
Contacto: cpolanco@ucsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-5023-3708>

OLGA FIORELLA JULIA VÁSQUEZ REBAZA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: fiorella.uasquegr@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4953-0251>

RESUMEN

El propósito de esta investigación es analizar críticamente la postura adoptada por el Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional y Procesal Constitucional de 2023 en virtud de la cual se sugiere a los jueces resolver las apelaciones, aunque la parte procesal haya obviado exponer los agravios. Para tal efecto, se utilizará el método dogmático, que permitirá analizar el concepto de apelación, su finalidad, sus presupuestos y la naturaleza e importancia del agravio. Además, se empleará el método exegético, pues se dialogará con diversas jurisprudencias contradictorias

sobre la exigibilidad del agravio; y, por último, a través del método comparado, se explorará la experiencia colombiana sobre la materia.

Palabras clave: apelación; consulta; error; nuevo Código Procesal Constitucional; Pleno Jurisdiccional Nacional y Procesal Constitucional de 2023.

ABSTRACT

The purpose of this research is to critically analyze the position adopted by the 2023 National Jurisdictional Plenary on Constitutional and Procedural Constitutional Law, which suggests that judges resolve appeals even when the procedural party has failed to present specific grievances. To this end, the dogmatic method will be used to analyze the concept of appeal, its purpose, its requirements, and the nature and significance of the grievance. Additionally, the exegetical method will be employed to engage with the various contradictory case laws regarding the requirement of the grievance. Finally, through the comparative method, the Colombian experience on the matter will be explored.

Key words: appeal; review; error; new Constitutional Procedural Code; 2023 National Jurisdictional Plenary on Constitutional and Procedural Constitutional Law.

RESUMO

O propósito desta pesquisa é analisar criticamente a postura adotada pelo Plenário Jurisdiccional Nacional Constitucional e Processual Constitucional de 2023, pela qual se sugere aos juízes resolver as apelações, mesmo que a parte processual tenha deixado de expor os agravos. Para tal efeito, será utilizado o método dogmático, que permitirá analisar o conceito de apelação, sua finalidade, seus pressupostos e a natureza e importância do agravo. Além disso, será empregado o método exegético, pois se dialogará com diversas jurisprudências contraditórias sobre a exigibilidade do agravo; e, por último, através do método comparado, será explorada a experiência colombiana sobre a matéria.

Palavras-chave: apelação; consulta; erro; novo Código Processual Constitucional; Plenário Jurisdicional Nacional e Processual Constitucional de 2023.

Recibido: 1/7/2024

Revisado: 10/9/2024

Aceptado: 13/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

El 23 de julio de 2021 se publicó el nuevo Código Procesal Constitucional, en el *Diario Oficial El Peruano* (Ley n.º 31037). En su articulado, trajo una norma cuya aplicación generó controversia (artículo 21), que permite la impugnación de sentencias de primera instancia (incluyendo las interlocutorias), sin necesidad de fundamentación alguna. Las respuestas diferentes que se dieron a lo largo del país obligaron a que se realice un Pleno Jurisdicional Nacional Constitucional de jueces superiores, en el año 2023, en el cual fue tratado como primer tema si era necesario que las apelaciones expresen un agravio o no para proceder a analizar la impugnación. La respuesta mayoritaria de los jueces, sobre la base de un respeto a los derechos humanos, fue que no es necesario que la apelación tenga agravio para que el superior en grado se pronuncie sobre ella.

En este trabajo se efectúa un análisis crítico de tal decisión plenaria, aplicable a los procesos de amparo, *habeas data* y de cumplimiento, en función de la teoría de la impugnación, que exige la expresión y la fundamentación de agravios como requisito previo para emitir un pronunciamiento sobre la impugnación, y además teniendo presente la naturaleza de un proceso constitucional por audiencias orales.

2. ESTADO DEL PROBLEMA Y PRIMERA APROXIMACIÓN

2.1. La impugnación según el Código Procesal Constitucional (CPco)

El artículo 21 del nuevo Código Procesal Constitucional (CPco) señala:

La interposición de los medios impugnatorios, con excepción de la queja, no requieren [sic] fundamentación, salvo en el proceso de habeas corpus si el apelante es la parte demandada.

El demandante que impugna una resolución sustenta los agravios en la instancia superior, conforme a los procedimientos establecidos por el presente Código.

Se trata de una innovación que trae el CPco, con la finalidad de evitar la demora que sucede con el ritualismo procesal (Gutiérrez, 2023, p. 268). Una primera aproximación al conocimiento de la norma es interpretarla conforme a su texto, para concluir que, en efecto, conocida una resolución dictada por el juez, así como por su destinatario, y al encontrarla este no arreglada a derecho, a los hechos o intereses, puede impugnarla, sin necesidad de fundamentar su apelación. Ello porque si la estructura del actual proceso constitucional se desarrolla por audiencias, sería una carga difícil para quien impugna, apenas conocida la decisión oralmente, que se le exija una argumentación debida para que le puedan conceder o no su apelación. Pasado ese momento, en la segunda instancia, luego de conocido el texto escrito de la resolución que se cuestiona, se procederá recién a fundamentar el agravio correspondiente, y se señalarán los errores de hecho o derecho que se conozcan.

Esta interpretación, de manera sistémica, concuerda con la señalada en el artículo 23 de la misma norma. En el caso del *habeas corpus*, el literal a indica:

concedido el recurso de apelación el juez eleva los autos al superior en el plazo de un día hábil. El superior jerárquico resuelve en el plazo de cinco días hábiles. *No hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido la solicite* [énfasis añadido].

Como lo señala la primera parte del artículo 21, el demandado en un proceso de *habeas corpus* tiene que fundamentar su apelación al interponerla. El demandante, en este caso, como favorecido por la decisión cuestionada, si considera necesario informar para contradecir la impugnación que debe ser fundamentada desde la interposición de la apelación, solicita que se realice la vista de causa.

En los procesos de amparo, *habeas data* y de cumplimiento es diferente. El artículo 23, b, CPCo establece que si se cita a la vista de causa, los abogados (demandante o demandado) pueden solicitar que se les permita informar oralmente:

concedido el recurso de apelación el juez eleva los autos al superior en el plazo de dos días hábiles. El superior jerárquico fija día y hora para la vista de la causa en el plazo de cinco días hábiles, sin necesidad de emitir auto de avocamiento. Notificado con la resolución que fija día y hora para la vista de la causa, los abogados pueden solicitar informe oral dentro de los tres días hábiles posteriores a la notificación.

A diferencia del proceso de *habeas corpus*, en el que el demandante puede pedir una vista de causa a fin de contradecir la impugnación fundamentada del demandado, en los procesos constitucionales citados hay vista de causa para que las partes puedan sustentar las impugnaciones, contradecirlas o, de ser el caso, sustentar los agravios que originalmente no expusieron con la finalidad de que el órgano revisor pueda emitir una decisión fundamentada —¿cuál sería el sentido de una vista de causa sin que existan agravios por expresar o contradecir?—. ¿Podría darse el caso de que el día de vista de causa, sin expresión de agravios, la parte impugnante mire al colegiado revisor sin decir palabra aun cuando la haya pedido, sabiendo que el colegiado buscará mejor que él cuál es el error en la impugnada?

El artículo 22 del CPCo, en su primera parte, establece la titularidad de la impugnación a quien se considere agraviado por determinada resolución y es evidente que ello solo puede ser señalado por el apelante.

2.2. El Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional y Procesal Constitucional de 2023

Desde su vigencia, la aplicación de la referida norma generó dos corrientes que tenían un punto de partida en común. Al momento de apelar una resolución, no es necesario fundamentar error y agravio alguno, basta decir: «apelo la resolución x» o «impugno la decisión x»; la diferencia en la aplicación de la norma se presenta si, posteriormente, existe o no la necesidad de fundamentar la apelación. Hubo pronunciamientos en diversas Cortes Superiores de Justicia del Perú en ambos sentidos. Como ejemplo revísense los expedientes n.º 03980-2022-0-1801-JR-DC-05, de la Corte Superior de Justicia de Lima, y n.º 00427-2021-0-0401-JR-DC-01, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que se pronunciaron sobre la no necesidad de fundamentar las apelaciones. En sentido opuesto, véanse los expedientes n.º 00317-2020-0-0401-JR-DC-01, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, y n.º 03517-2021-0-1801-JR-DC-03, de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la posición contraria de declarar improcedentes las apelaciones no fundamentadas en segunda instancia. Evidenciado el problema, se convocó, mediante Resolución Administrativa n.º 184-2023-CE-PJ, de fecha 18 de mayo de 2023, a un Pleno Jurisdiccional de Jueces Superiores, para los días 17 y 18 de julio, sobre la base del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este fue un pleno virtual, con la intención de unificar criterios.

El problema presentado al pleno fue el siguiente:

Existen dificultades al momento de resolver las apelaciones de las sentencias en los procesos constitucionales pues conforme al artículo 21 del Código Procesal Constitucional, la interposición de los medios impugnatorios, con excepción de la queja, no requieren fundamentación, salvo en el proceso de habeas corpus si el apelante es la parte demandada, de modo que [el] demandante que impugna una resolución podrá sustentar los agravios en la instancia superior. Se han presentado casos en que el apelante de una sentencia constitucional la impugna genéricamente señalando que la sustentará en segunda instancia, lo cual finalmente no ocurre. En tal situación se presenta la incertidumbre respecto a si se debe

resolver la apelación aunque no obren los agravios o se debe anular el concesorio. (Poder Judicial del Perú, s. f., p. 16)

Existieron dos posturas, que originaron dos ponencias:

Primera Ponencia:

Se deben resolver las apelaciones aunque la parte procesal haya obviado exponer los agravios, pues nos encontramos ante casos que versan sobre Derechos Humanos, a diferencia de los procesos ordinarios en que se debaten generalmente materias disponibles de rango legal. En este caso, habría que determinar si la sentencia en su totalidad es conforme a la Constitución o no.

Segunda Ponencia:

No se deben resolver las apelaciones, pues el juzgador necesita la exposición y sustentación del agravio para dar una respuesta. Habría que aplicar en este caso el artículo 367 del Código Procesal Civil conforme al cual las apelaciones «que no tengan fundamento o no precise el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso». (Poder Judicial del Perú, s. f., p. 16)

El acuerdo tomado en el pleno y su fundamentación fue la primera ponencia, por 76 votos en contra de 40.

3. LA APELACIÓN: FINALIDAD Y REQUISITOS

La apelación es un recurso que se utiliza desde épocas remotas. Masciotra (2015, pp. 39-40), por ejemplo, hace referencia a la justicia hebrea en la época de Moisés, quien atendiendo el consejo de su suegro Jetro, y ante la cantidad de tareas que tenía que realizar, eligió jefes para la decisión de conflictos y estableció diferentes instancias: centuriones, quinquenarios y decanos¹; él se encontraba en la cima. Este medio impugnatorio como lo conocemos actualmente estructurado tiene su origen en el derecho romano.

1 El *centurión* mandaba sobre cien hombres; el *quinquenario*, sobre cincuenta hombres; y el *decano*, sobre diez.

Nieva (2015) recuerda el origen de este recurso de una manera ordenada en la *appellatio* —o *provocatio*— romana, dirigida al *princeps*, que se comenzó a utilizar hacia el año 30 a. C., en tiempos de Octavio Augusto, como una petición de intercesión al César en un proceso que se traducía en un recurso ante el soberano o sus delegados para que reconsiderara un caso y revocara una sentencia dictando una nueva si era necesario (p. 312). En esa línea de ideas, siguiendo al maestro barcelonés, el citado recurso se gestó y fue un remedio excepcional, aunque con un efecto suspensivo que siempre mantuvo. Pronto se generalizó la *appellatio* en la época del proceso de la *cognitio extra ordinem*, nació así el sistema de instancias que se aplica; se culminó incluso con una tercera, la apelación ante el César de la sentencia dictada en apelación por su delegado, el *praefectus urbi*, hacia el siglo II d. C. y se amplió el sistema para otras resoluciones de la sentencia (Nieva, 2015, p. 312). Ariano (2015) resalta tres líneas que caracterizan el sistema romano de apelación: (a) se trata de una decisión inmune de vicios de construcción; (b) se reabría totalmente el juicio ante el juez de apelación —*novum iudicium*— y se incluían nuevas alegaciones y pruebas; (c) tantas apelaciones como niveles de organización judicial (pp. 85-86), lo que fue limitado por Justiniano a dos instancias.

En el derecho italiano intermedio, frente al modelo del *novum iudicium*, aparece el modelo de apelación-revisión, caracterizado por el control de la decisión impugnada, sin que haya un nuevo juicio sobre la relación de mérito, lo que permite nuevas alegaciones no utilizadas en primera instancia. Calamandrei (2000) refiere que es el derecho germánico a través de la *Urteilsschelte* el que hace aparecer a la apelación como un nuevo juicio del fallo, eliminando toda deducción de hecho no formulada ante el primer juez, lo que supone, entre otros, la no admisión de nuevas pruebas y la elaboración de nuevos argumentos (pp. 160-161); la nueva prueba era excepcional y solo procedía cuando la presentación en primera instancia no era atribuible a la negligencia del impugnante (*beneficium novorum*).

Actualmente, a nivel global, se sigue utilizando el sistema de instancias, en virtud del cual la función principal del juez de segunda instancia o del colegiado es la revisión de lo decidido por el juez de primera

instancia, que puede o bien limitarse a la sentencia o a todo lo resuelto por este en primera instancia (según el modelo procesal que se adopte). La citada revisión se activa en función del recurso impugnatorio efectuado por una parte o legitimado con interés, que alega la existencia de un error *in procedendo* de actividad o procedimiento: incumplimiento de normas procesales; o error *in iudicando* de razonamiento, juicio en la aplicación errónea de una norma o su interpretación o valoración indebida o ausente de los hechos: es un defecto en el razonamiento del juez que convierte a la decisión en injusta.

Solé Riera (1998) señala que en la medida en que la decisión del juez es producto o expresión de un hacer humano, entra dentro de lo posible pensar en el error, en sentido amplio; y no tan solo en eso, sino que, además, aceptando la corrección técnica de la sentencia, la parte cuyas pretensiones no hayan sido estimadas puede seguir discrepando de la interpretación dada a la Ley por el Juzgador, discrepancia por lo demás legítima (p. 573). Toda actividad humana es susceptible de error, de ello no escapan los jueces, quienes pueden formarse un concepto equivocado o un juicio falso en los hechos o en el derecho. Por lo que resulta acertado que exista un juez revisor, sea con mayor experiencia, trabajo colegiado u otros, quien revise lo decidido y, atendiendo a las observaciones de quien impugna, decida confirmar, revocar o anular lo cuestionado. Carnelutti (1944) explicaba que al momento de resolver una apelación hay algo que no existió en instancia anterior: la experiencia del primer proceso, su propia realización (p. 722), lo cual debería permitir un fallo menos expuesto a errores. Téngase en cuenta que el impugnante tiene un propósito determinado: denunciar ante el órgano que revisa la apelación una decisión injusta, señalar los errores en la resolución materia de alzada y esperar que se tengan en cuenta sus argumentos y se expida una nueva decisión, sobre la base de los hechos acreditados y una correcta aplicación del derecho. No es un ataque personal al juez, como erróneamente se aprecia en algunas impugnaciones, sino contra la injusticia del fallo (Calamandrei, 2000, p. 61).

3.1. Finalidad

Es conocido que la palabra impugnación viene del latín *impugnare*, que significa combatir, atacar; en tanto que apelación, derivada de *appellatio*, significa reclamación, petición. El artículo IX del Título Preliminar del CPCo en su última parte refiere la aplicación subsidiaria de otros códigos procesales, siempre que «no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y ante la ausencia de otros criterios». El Código Procesal Civil (CPC), que desarrolla de manera lata diversas instituciones procesales de la impugnación, es tal norma subsidiaria.

Según el artículo 364 del CPC, la apelación «tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente». En otras palabras, el objeto es la revisión del fallo. El profesor Monroy (2009) expresa que el objetivo del medio impugnatorio —como lo es la apelación— es conseguir un nuevo examen del acto procesal y que, como consecuencia de este, el acto sea anulado, revocado, o que se declare inválido o ineficaz (p. 211). En similar sentido, Liebman (2001) señala que su objeto es provocar un nuevo juicio sobre las mismas demandas que fueron juzgadas en primer grado (pp. 336-337).

El exmagistrado Carrión Lugo (2000) señala:

el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que a estos les produzca agravio, con el propósito de ser anulada si contiene algún error o vicio que invalida la resolución o con el fin de ser revocada, total o parcialmente, si de la evaluación de los elementos probatorios aportados al proceso y de la determinación del derecho aplicable el criterio del organismo superior resulta contrario al juez interior. (p. 177)

Similar perspectiva se encuentra en Devis Echandía (1997) y en Solé Riera (1998, p. 576). El primero señala que la apelación tiene como finalidad que el superior «revise la providencia del inferior y corrija sus errores; solo [...] respecto de los autos interlocutorios» (p. 509); el

segundo refiere que la apelación surge con la finalidad de evitar que el error por parte del órgano jurisdicente puede ocasionar una resolución injusta.

Desde la óptica de Chiovenda (2001), el objeto de la apelación es la sentencia de primera instancia. Expresa que la apelación:

tiene por objeto, aparente e inmediatamente, la sentencia de primer grado, que deberá ser declarada justa o injusta en hecho y en derecho; pero en realidad tiene por objeto la relación decidida, sobre la cual el segundo juez ha de resolver *ex novo*, basándose en el material reunido ahora y antes. (p. 574)

En resumen, para Chiovenda el objeto es la decisión del juez que es cuestionada.

Dado que existen dos sistemas de apelación: (a) *revisio prioris instantiae*, que es la revisión de lo impugnado, sobre la base de lo actuado, y si bien su origen se remonta al derecho germánico, quedó consagrado en el famoso Código Procesal Austriaco (ZPO) de Klein en 1895²; (b) el *novum iudicium*, que supone un nuevo juicio (nuevas alegaciones y pruebas), de origen romano, que fue tomado nuevamente en cuenta en la década de los cincuenta del siglo pasado, con las reformas del Código Procesal Civil italiano. Satta (1971, pp. 430-431) explica las diferencias de ambos sistemas; en el caso del nuevo juicio (*novum iudicium*), dentro de los límites de la demanda, se puede aportar nuevas defensas de forma y fondo, con nuevo material probatorio, y el juez de revisión puede fallar de manera independiente al juicio realizado por el primer juez. En el caso del sistema de revisión del juicio precedente (*revisio prioris instantiae*), se efectúa un reexamen de las cuestiones tratadas en primera instancia.

En el caso del derecho procesal civil peruano, a diferencia de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1852 y el Código de

2 Tener presente que el derecho germánico, en su Código Procesal Civil (ZPO) de 1877, consagró el sistema del *beneficium novorum*, moderando su uso con las reformas de 1976.

Procedimientos Civiles de 1912, en la actual norma procesal CPC de 1993, cambió el modelo de apelación del *novum iudicium* (nuevo juzgamiento) al *revisio prioris instantiae* (apelación-revisión). El artículo 1102 del Código de Procedimientos Civiles señalaba que, apelada la sentencia, se corría traslado al apelante para que exprese agravios y posterior traslado a la otra parte; en el trámite de la apelación y antes de que se pida autos para sentencia «pueden las partes deducir excepciones no alegadas en primera instancia, y pedir que sobre ellas se reciba la causa a prueba, cuando aleguen algún hecho nuevo».

El vigente artículo 364 del CPC señala que «El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente». Esto elimina un posible nuevo juicio, pues lo que hace el órgano de segunda instancia es analizar nuevamente el caso, pero teniendo como base la sentencia, las pruebas y las alegaciones de las partes. «La misión del órgano judicial de apelación es, en una palabra, la de fiscalizar la actividad realizada por el Juez de instancia, ver si la sentencia impugnada es acertada o no» (Gisbert, 2015, p. 256).

No debe confundirse el nuevo juicio, producto del nuevo juzgamiento, con la función *ex novo* que la Corte Suprema, en diversas casaciones, reconoce a la segunda instancia. En la Casación n.º 3018-02-Ica, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 3 de febrero de 2023, se indicó:

Tercero. [...] es una función de la Corte Superior cuando actúa como segunda instancia el conocer *ex novo*, es decir, todo nuevamente, siendo la única limitación de la Corte, el no pronunciarse en perjuicio del apelante como dispone el artículo 370 del Código Procesal Civil; ello significa que si la Sala advirtiera vicios insubsanables podrá declararlos de oficio por encontrarse facultada a tenor de lo dispuesto en el artículo 176 *in fine* del acotado Código, y, del mismo modo en caso que advirtiese que la relación jurídico-procesal sufre de un defecto insubsanable podrá excepcionalmente rechazar la demanda, conforme lo dispone el artículo 121 *in fine* del Código Adjetivo [...].

En la función *ex novo*, si el órgano de revisión encontrara un defecto insubsanable en el trámite del proceso, evidentemente no podrá emitir un pronunciamiento sobre la impugnación, sino que deberá pronunciarse sobre tal vicio procesal³, lo que no significa de manera alguna la posibilidad de hacer un nuevo juzgamiento sobre lo no argumentado por las partes en el proceso u otorgar facultades a estas para que propongan nuevas alegaciones.

Un último ejemplo, referido al actual sistema de apelación civil peruano se halla en la Casación n.º 2538-2011-Lambayeque (publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de enero de 2013):

Sétimo. Relacionado con el principio de prohibición de *reformatio in peius* tenemos el principio *quantum devolutum tantum appellatum*, según el cual los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, sufriendo una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo. El órgano revisor a quien se transfirió la actividad jurisdiccional tiene una limitación al momento de resolver la apelación; su actividad estará determinada por los argumentos contenidos en el recurso de apelación o su adhesión. No puede ir más allá de lo que el impugnante cuestiona.

3 El uso inadecuado de esta facultad genera la «decisión sorpresa», que afecta a ambos litigantes, pues no es correcto que la segunda instancia vea una apelación y absolución de ella (cuando corresponda), reciba los informes orales en tal sentido y tome una decisión sobre la base de lo no debatido. Para combatir esta afectación al debido proceso, en su modalidad de contradictorio, el Plan Piloto del Proceso Oral Civil que promueve el Poder Judicial peruano ha establecido que el órgano de revisión en cuanto conozca de la posibilidad de emitir una decisión ajena a lo que fue materia de contradictorio, lo comunique a las partes al momento de fijar las «cuestiones controvertidas de la impugnación», para que el día de vista de causa, las partes puedan informar y contradecir, de ser el caso, de manera oral sus alegaciones sobre esta cuestión controvertida, que se propone de oficio. Se trata en esencia de vicios procesales que podrían acarrear la nulidad de lo actuado. Mayor detalle se halla en la Resolución Administrativa n.º 533-2023-CE-PJ.

Finalmente, no debe confundirse el artículo 374 CPC con la posibilidad de un nuevo juicio en segunda instancia, pues si la norma permite ofrecer nuevos medios probatorios en el escrito de apelación o absolución (cuando corresponda), los limita a dos casos, en los que no es posible hacer articulaciones nuevas.

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

3.2. El error en la impugnada

El modelo de apelación-revisión se sustenta no solamente en el artículo 364 del CPC ya citado, sino que además se halla desarrollado en el artículo 366 de la misma norma procesal. Para la procedencia de una apelación se debe fundamentar, por parte del impugnante, indicando el error de hecho o de derecho en el que se ha incurrido en la resolución, se debe precisar la naturaleza del agravio y sustentar su pretensión impugnatoria. En consonancia con dicha normativa, uno de los presupuestos objetos de procedencia del recurso de apelación es la existencia del error, un subtipo de este es el **error de hecho**.

En voz de Cabanellas (2001b), el error de hecho es «el que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; y acerca de si se ha producido, o no, un acontecimiento» (p. 502). Desde su mirada, y siguiendo a Escriche, expresa que pueden existir diferentes clases de posibles errores de hecho sobre: (a) la causa impulsiva o motivo particular del acto jurídico; (b) la causa principal del acto; (c) el cuerpo de la cosa objeto del acto; (d) la substancia de la cosa; (e) el nombre; (f) el valor; (g) el cálculo; (h) la naturaleza del negocio; (i) la persona; (j) el nombre de la persona; y (k) la cualidad de la persona.

Se trata de un error en la motivación. Solé Riera (1998) señala la idea de control sobre la sentencia del juez que primeramente ha resuelto la controversia, tanto en el sentido de corrección de errores de hecho y de derecho, como en el de revisión de los juicios de valor que el juez debe realizar en su proceso creador del derecho, y la necesidad de atender a la posible insatisfacción de los intereses de la parte perjudicada por el fallo, y justifica la existencia de los medios de impugnación dentro del ámbito del proceso civil (p. 574). Carrión (2000) indica que

es el recurso que hace viable la revisión no solo de los errores *in iudicando*, sean los de hecho como los de derecho, que es la finalidad recogida por la mayoría de ordenamientos, sino también los errores *in procedendo* relacionados a la formalidad de la resolución impugnada como lo establece el artículo 382 del CPC. (p. 176)

Entonces, si se define al error como una falsa representación de la realidad, es factible sostener que el juez al momento de realizar el examen de la causa pueda incurrir en un error en la calificación o en la apreciación de los hechos alegados por las partes o incluso en la apreciación de la prueba; asimismo, el juez puede incurrir en error de hecho al momento de discriminar los hechos sustanciales controvertidos o no controvertidos y los no sustanciales. Ello podría llevar a un indebido filtro de los medios probatorios. Este tipo de error debe denunciarlo la parte que impugna una decisión judicial.

El **error de derecho** está referido a la aplicación o interpretación errónea de la norma que resuelve el caso, sea de derecho sustantivo o adjetivo, y que incide en lo decidido, inclusive en los casos en que se haya valorado de manera adecuada la prueba, porque está subsumiendo de manera indebida.

3.3. El agravio

Cabanellas (2001a) propone las siguientes definiciones de agravio: (a) el hecho o dicho que ofende en la honra o en la fama; (b) perjuicio o injuria que se infiere a una persona en sus ideales; (c) mal o daño que el apelante expone ante el juez *ad quem*, por habérselo irrogado la sentencia del

inferior; (d) antiguamente, apelación (p. 214). Existe un antiguo brocardo que señala que no existe nulidad sin agravio, el cual se aplica a las apelaciones: «La legitimidad para impugnar la tiene solamente quien sufre un agravio».

El profesor Monroy (2009) sostiene que el recurso es para la parte a quien la resolución le produce perjuicio, lo que se suele denominar agravio; por oposición, no podrá interponer un recurso la parte a quien favorezca una resolución, pues evidentemente no tiene agravio alguno (pp. 685-686).

Para Falcón (1978), el agravio es

la injusticia, ofensa, perjuicio material o moral entendido por quien fue condenado en todo o en parte o se ha rechazado su pretensión, es decir el litigante a quien la resolución perjudica, que acude al superior para expresar los agravios que la misma le causa. (p. 290)

Si una sentencia, por ejemplo, declara fundada en parte la demanda, solamente pueden impugnarse por las partes los extremos que les desfavorecen: el demandado el extremo que declaró fundada en parte y el demandante el extremo que fue desestimado.

Nieva (2015) entiende como recurso perjudicial que la tutela jurídica no ha sido otorgada o que, de serlo, no lo ha sido suficientemente; en consecuencia, quien interpone el recurso se siente «gravado» y por ello solicita de nuevo la actuación de la ley en su favor. Es así esencial el requisito del gravamen.

La jurisprudencia nacional señala:

Es indispensable que el recurso de apelación contenga una fundamentación del agravio, indicando el error de hecho o derecho incurrido en la resolución impugnada y precisando su naturaleza, de tal modo que el agravio u ofensa fija la pretensión de la sala de revisión, pues la idea del perjuicio debe entenderse como base objetiva del recurso, por ende los alcances de la impugnación recurrida determinarán los poderes de la sala superior para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso. (Exp. n.º 1229-05, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, 18/11/2005)

Solé Riera (1998) expresa:

ello, no obstante, tomar como fundamento de los medios de impugnación la exclusiva referencia al posible error o injusticia de las resoluciones judiciales, plantea con frecuencia el problema de no poder traducir el error a términos objetivos; de ahí que resulte preferible atender a la idea de gravamen como base objetiva que obra a la vez como presupuesto del recurso. En ese sentido, una resolución es recurrible fundamentalmente por resultar gravosa para la parte, independientemente de consideraciones subjetivas, como el considerarla errónea o no ajustada a derecho. La idea del gravamen o agravio aparece presente en la regulación que de esta materia efectúa el Código Procesal Civil peruano; así, en su artículo 356, relativo a las clases de medios impugnatorios, artículo 358, relativo a los requisitos de procedencia de los medios impugnatorios, artículo 364, relativo al objeto del recurso de apelación y 366, referente a la fundamentación del agravio. Además, la configuración del agravio como requisito objetivo que actúa como presupuesto del recurso aparece expresamente del contenido del art. 367, en donde dice que «la apelación que no precise el agravio será de plano declarada inadmisibles o improcedentes». (p. 576)

El citado profesor de la Universitat Pompeu Fabra continúa:

e) La resolución jurisdiccional que se impugna mediante la apelación debe producir un gravamen o perjuicio a la parte que interpone el recurso. Esta idea de gravamen o perjuicio ha de entenderse como base objetiva del recurso, a la vez que obra como presupuesto del mismo. En este sentido, hay gravamen, en la medida en que se puede constatar una diferencia desfavorable para las pretensiones de la parte entre lo que se haya pedido en los escritos de alegaciones, y lo que realmente la parte dispositiva de la resolución objeto de impugnación haya reconocido de forma expresa o tácita. La Ley no concreta un perjuicio mínimo que dé lugar a la interposición del recurso, razón por la cual inclusive cabe apelar solo por la imposición de las cosas. (Solé, 1998, p. 580)

Es importante no confundir vicio con agravio, pues mientras el agravio es un requisito de admisibilidad, el vicio o error es requisito de procedibilidad y en su momento de fundabilidad. Midón (2013) pone como ejemplo el caso de una resolución que declara un juzgamiento de pleno derecho y desestima las pruebas. El agravio consistiría en la imposibilidad de actuar las pruebas ofrecidas y acreditar los hechos invocados o desacreditar los hechos de la parte contraria; en tanto que el vicio consistiría en la violación del procedimiento establecido por ley o la no motivación debida de lo decidido.

El artículo 358 del CPC establece sobre los requisitos de procedencia de cualquier medio impugnatorio que «El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva». Ya refiriéndose en específico a la apelación, el artículo 366 de la norma adjetiva indica que «El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria». Concedida la apelación, antes de resolverla, existe una nueva revisión del concesorio, de manera excepcional, lo que se aprecia en la parte final del artículo 367 de la norma procesal cuando precisa que «El superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio».

La jurisprudencia casatoria relaciona agravio y errores al principio de congruencia recursal, que a su vez limita la competencia de la instancia revisora.

En la Casación n.º 1000-2014-Lima, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de octubre de 2016, se indicó:

Sexto. [...] para los fines del pronunciamiento sobre los agravios puntualizados en un recurso de apelación, el respeto al principio de la congruencia procesal se encuentra concatenado con la atención al denominado *tantum devolutum quantum appellatum*, lo cual implica que «el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano *ad quem* para

resolver de forma congruente la materia objeto del recurso» [...] de manera que el Colegiado revisor deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho, así como el sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación. En ese orden de ideas, es indispensable que el recurso de apelación contenga una adecuada fundamentación del agravio, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada y precisando su naturaleza, de tal modo que el agravio u ofensa fija el *thema decidendum* la pretensión de la Sala de revisión; pues la idea del perjuicio debe entenderse como base objetiva del recurso; por ende, los alcances de la impugnación de la resolución recurrida determinarán los poderes de este órgano Colegiado Superior para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso.

Si es que las partes no precisan o fundamentan sus agravios, la segunda instancia no hará una revisión del posible error de hecho o derecho. Los jueces de revisión atienden a los fundamentos de las partes, sin inventarlos ni suponerlos.

3.4. ¿Qué es la consulta?

De acuerdo con el profesor Monroy (2009), la consulta no es un recurso, pues la ley regula restrictivamente su uso en algunos procesos teniendo como sustento la existencia de intereses distintos y trascendentes a los de las partes, como el orden público o las buenas costumbres, la eficacia del sistema jurídico o que se cause indefensión de las partes (p. 706).

Cuando una sentencia no es apelada y se ha previsto por ley en atención a la materia controvertida, el juez que dictó la decisión la eleva en consulta para que sea revisada, es decir, que la consulta consiste en la revisión que hace una segunda instancia, solo en los casos previstos por ley, para determinar si es que lo decidido en primera instancia y no impugnado por las partes se encuentra conforme con lo actuado y el derecho aplicable (por citar un ejemplo en el caso peruano, el artículo 408 del CPC). En la consulta, nadie expresa agravio alguno, por el contrario, las partes se hallan conformes con la decisión, empero, por mandato

legal, de oficio se revisan determinadas resoluciones judiciales, con la finalidad de prevenir irregularidades. La decisión de la segunda instancia es aprobar o desaprobar la sentencia consultada; en este último caso, se declara nula la sentencia y se ordena la expedición de una nueva, y se señalan las irregularidades detectadas que deben ser corregidas.

La consulta, en los casos previstos por ley, requiere entonces que las partes se hallen conformes con la sentencia en mención, es decir, que consideren que no tienen agravios con lo decidido y disponen no apelar. Rivas (1991, p. 109) afirma que no es medio de impugnación, sino que es solamente un sistema de revisión fundado en el orden público. Por ejemplo, en nuestro derecho nacional, si el juez hizo un control difuso de una norma legal y la inaplicó por ser contraria a la Constitución Política del Estado, facultad que tiene, ante la no impugnación de su decisión eleva en consulta su decisión a la Corte Suprema para que esta revise si actuó conforme a derecho. La razón es que el órgano de máxima instancia judicial es el encargado de indicar que la norma del Congreso es contraria a la Constitución, preservando el equilibrio de poderes. Si bien todos los jueces de la República pueden realizar control difuso, para evitar lo caótico que podría ser un ejercicio libre de tal facultad, es la Corte Suprema la que revisa el uso correcto. También puede estar referida a temas de orden público por las instituciones que protegen, como en el caso de temas de derecho de familia: los divorcios no apelados tienen que ser elevados en consulta, a fin de que el órgano de segunda instancia se pronuncie sobre la corrección del proceso llevado y lo decidido.

La doctrina sigue similar criterio: Devis Echandía (1997) sostiene que la consulta no es un recurso, puesto que nadie la interpone y no rige, para la competencia del superior y el alcance de la decisión que adopte, el principio de la *reformatio in peius* (p. 512). Para Carrión Lugo (2000), la consulta funciona como una especie de garantía para obtener una decisión correcta en determinados casos especiales (p. 282).

Luna (2013, p. 388) se pregunta qué sucedería en el caso de que se presentara una impugnación en un proceso que puede ser sometido a consulta, y si la parte apelante incumple con los requisitos de ley y se rechaza la apelación, ¿procederá o no la consulta? En el derecho argentino, al que se refiere Luna, existe inclusive la figura de la deserción de la

apelación. Si se declara improcedente una apelación por incumplirse los requisitos de ley o hubiera deserción (en el caso argentino), el juez de origen deberá considerarla como no interpuesta y proceder siempre a la elevación en consulta, pues como se ha visto su naturaleza es de orden público, más allá del deseo de las partes.

Queda claro, entonces, que esta figura es ajena a los casos de apelaciones sin agravios, que han sido concedidas, primero porque la ley no lo señala así y si bien en todos los casos constitucionales se protegen derechos constitucionales de las partes, no son necesariamente de orden público; y, en segundo lugar, como la apelación supone la existencia de un agravio específico, es sobre lo que se pide nuevo pronunciamiento.

4. LA APELACIÓN CONSTITUCIONAL

El nuevo Código Procesal Constitucional centra la actividad jurisdiccional en torno a una audiencia única y, pese a no contener la palabra oralidad como herramienta de gestión del proceso —como también sucede en el Código Procesal Civil—, se trata de un proceso oral en el que la toma de decisiones es en audiencia: luego de la demanda escrita, el escenario en el que debe ser resuelto es la audiencia a la cual se cita y de la cual se puede prescindir de manera extraordinaria.

En efecto, el artículo 12 del CPCo regula la tramitación de los procesos constitucionales de amparo, *habeas data* y de cumplimiento. La demanda se presenta por escrito y, en el término de quince días hábiles, se señala fecha y hora para la audiencia única, en un plazo no mayor a treinta días hábiles. Fijada la fecha para la audiencia única, se notifica al demandado para que conteste la demanda dentro de los diez días hábiles siguientes. Tanto la demanda como la contestación de ella se presentan con los medios probatorios de actuación inmediata; en el caso del demandado, al contestar la demanda, propondrá las excepciones procesales que estime necesarias.

Los alegatos se realizan en la audiencia única, en forma oral, y concluye esta con la sentencia que se pronuncia por el juez o, de no ser posible ello, dentro de los diez días hábiles siguientes. El registro de la audiencia es en audio o video. La audiencia es obligatoria, salvo que el

juez considere, con la contestación de la demanda, que esta o es improcedente o que, si el acto lesivo es manifiestamente ilegítimo, puede prescindirse de la audiencia dictando previamente la sentencia. Esta posibilidad que elimina la audiencia, la deliberación y los alegatos suele ser la más utilizada y en muchos casos distorsiona la naturaleza de un proceso de amparo (lo que no es materia del presente trabajo).

La sentencia dictada en audiencia o cualquier otra resolución que cause agravio a alguna de las partes tiene que ser apelada en la misma audiencia. Ello en aplicación supletoria del artículo 376 del CPC, que indica que los autos expedidos en audiencia se apelan en ella, pero, en el caso del proceso constitucional, la fundamentación y demás requisitos tendrán que hacerse en un plazo no mayor a tres días de la audiencia o de notificado con la resolución escrita.

¿Qué es lo que propone el artículo 21 del CPCo en la impugnación de un proceso de amparo, *habeas data* y cumplimiento?, que no es necesaria la fundamentación del medio impugnatorio al momento de apelar una decisión, y que el demandante indique ante la instancia superior el sustento de agravio y errores. ¿En qué momento? Luego de elevado el expediente a la segunda instancia y antes de que se produzca la vista de la causa, o en extremo caso ese mismo día, para que se delimite la competencia recursal.

5. ANÁLISIS DEL TEMA 1 DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL DE JULIO DE 2023

5.1. La vinculación de un Pleno Jurisdiccional Nacional

El texto original de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo n.º 767, de 1991), en su artículo 112, reguló que «Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial». Como lo indica Álvarez (2020, p. 20), esta norma tendría como su antecedente el artículo 264 de su similar española de 1985, en la que se prevé la reunión de magistrados de una misma Sala, para unificar criterios

y coordinar prácticas procesales, más aún cuando existan diversidad de criterios. La responsabilidad para la convocatoria del pleno recae en el presidente de Sala o Tribunal e intervienen todos los magistrados que la integran. Adoptado un acuerdo, los jueces pueden apartarse de él expresando las razones por las que lo hacen: en ningún caso se limita su independencia.

Como similitud del derecho español, en el derecho peruano se convoca a estos plenos no para resolver un caso determinado, sino para analizar posiciones sobre jurisprudencia contradictoria; empero, a diferencia del derecho peruano, en el derecho español se denominan plenos no jurisdiccionales, lo que bien delimita su aplicación.

La Ley n.º 31591, publicada el 26 de octubre de 2022, modificó el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que corresponde al artículo 116 del Texto Único Ordenado de dicha ley, y estableció:

Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios: Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan [énfasis añadido].

Los Plenos Jurisdiccionales Nacionales son reuniones que llevan a cabo solo los jueces superiores de las Cortes Superiores de la República (no todos, sino representantes de cada Corte) y toman decisiones sobre temas precisados en la convocatoria, que tienen como fuente los fallos contradictorios; su finalidad es unificar la jurisprudencia. Se establecen los temas, se señalan las posturas y luego de un debate se vota para elegir una postura ganadora en cada uno de los temas programados.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial) había establecido algo muy similar al nuevo texto del artículo 112, pero refiriéndose solamente a las decisiones de la Corte Suprema que se dictan al resolver casos determinados. Estas casaciones se deben publicar trimestralmente y fijan principios jurisprudenciales que deben ser de obligatorio cumplimiento por los jueces de la República; pero ello se refiere a los plenos que realiza la Corte Suprema, que son jurisprudencia, y de ninguna manera a los plenos realizados por los jueces superiores, que no lo son. Muñoz, citado por Álvarez (2020), precisa que un pleno no jurisdiccional —indebidamente llamado jurisdiccional en el caso peruano— no es una ley, no es una sentencia, no es jurisprudencia, sino que

son instrumentos de actuación de este tribunal para posibilitar su opinión doctrinal sobre asuntos de discutida y discutible interpretación. Con ellos se pretende llevar a cabo su función de unificación de la doctrina penal y, en definitiva, otorgar seguridad jurídica en la aplicación de la Ley. (p. 25)

Concordando con lo anterior, el valor de estos plenos jurisdiccionales nacionales, efectuados por los jueces superiores, se comprende dentro del alcance del artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, como se señala, no son vinculantes y menos de observancia obligatoria.

El segundo párrafo de la indicada norma es claro al señalar que los plenos de las Salas Supremas «serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales», quienes se podrán apartar de manera motivada dejando constancia de la regla de la cual se apartan y los fundamentos invocados. Si los jueces pueden apartarse de los plenos de las Salas Supremas, significa que estos tampoco son del todo vinculantes.

En materia civil, en el denominado IX Pleno Casatorio Civil (Casación n.º 4442-2015-Moquegua, fundamento 63), de manera más clara se ha indicado que los plenos casatorios dictados al amparo del artículo 400 del Código Procesal Civil son vinculantes a los jueces de todas las instancias, y si desean apartarse, deberán efectuar el *distinguishing*

correspondiente, que en realidad es no apartarse del criterio vinculante, sino «distinguir» el caso que se juzga de los supuestos que dieron origen al pleno. Nótese que el juez no se aparta del pleno, sino que «motiva» por qué no es aplicable al caso que está resolviendo, pero el contenido del pleno sigue inalterable. Otra manera de apartarse se realizará a través del *overruling* efectuado en nuevo Pleno Casatorio Civil por la Corte Suprema.

Queda claro que los plenos nacionales jurisdiccionales no tienen fuerza vinculatoria. Si no son vinculantes, ¿cuál es el sentido de realizar tales plenos jurisdiccionales nacionales, que necesariamente consumen recursos del Poder Judicial? La respuesta no es simple, pues parte por rediseñarlos para que su fuerza orientadora se encuentre en las razones esgrimidas: son vinculantes por el contenido de lo decidido y no por las posiciones aprobadas por la mayoría de los intervinientes, lo que supone variar la forma de su realización, su debate y su registro (ello tampoco es materia de este trabajo).

5.2. El tema 1 del Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional del año 2023

Si la fuerza y vinculación de un pleno solamente puede ser sostenida por su contenido, deben dejarse de lado frases genéricas y argumentaciones superficiales:

- a) Como se ha indicado, en el pleno que motiva este trabajo, referido al tema 1, se aprobó la ponencia 1, que elimina la necesidad de fundamentar una apelación en los procesos de amparo, *habeas data* y de cumplimiento. El sustento principal fue que «nos encontramos ante casos que versan sobre Derechos Humanos, a diferencia de los procesos ordinarios en que se debaten generalmente materias disponibles de rango legal» (Poder Judicial del Perú, s. f., p. 16). Una primera pregunta: ¿pedirían los mismos jueces la fundamentación de una apelación en un proceso de alimentos a favor de quien los necesite urgentemente o rechazarán la apelación por carecer esta de fundamentación o agravio? Para la mayoría de los asistentes al pleno (que fue virtual), la sola

utilización de un proceso de amparo, en el que el juez señala que no se acredita la vulneración de derecho constitucional o que no es la vía correspondiente, es razón suficiente para liberar de la fundamentación al demandante cuando apela; no obstante, si en otro proceso ordinario (teniendo presente el carácter residual del amparo) alguien pretende que se restituya un derecho constitucional, se debe exigir a su impugnación los requisitos de ley. Desde el caso Anicama (Expediente n.º 1417-2005-AA/TC), el cuestionamiento a la vulneración de un derecho constitucional en el proceso de amparo se reduce al núcleo duro del derecho y no a todo el derecho en sí, que debe ser pretendido en la vía ordinaria; es decir, que no es cierto que los únicos procesos que versan sobre derechos humanos sean el amparo, el *habeas data* o el de cumplimiento.

- b) Respecto a sobre qué se pronunciará en la decisión, si es que no se indica el error o el agravio, el pleno señala: «En este caso, habría que determinar si la sentencia en su totalidad es conforme a la Constitución o no» (Poder Judicial del Perú, s. f., p. 16). En un proceso constitucional, ¿se debe revisar la conformidad de una sentencia a la Constitución o si existe vulneración a un derecho humano, de manera genérica? Conforme al pleno, existe una innovación respecto a la teoría del derecho recursal. Como se ha visto en este trabajo, el sistema de la apelación-revisión, que es el adoptado por Perú en su Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria al proceso constitucional, exige la fundamentación de los errores y el agravio causados al apelante. Si no existe apelación o esta es desestimada, en los casos de orden público establecidos por ley, procede la consulta, que es una acción de oficio, propuesta que se asemejaría a lo decidido en el pleno, pero que no es posible aplicarla, pues ya hay apelación no fundamentada (agravio y errores que no manifiesta el apelante) y en caso de que la parte agraviada no apelara, no hay consulta.

Sin perjuicio de lo anterior, se afecta el derecho de defensa y contradicción, que son parte del contenido esencial al debido

proceso, pues la segunda instancia tendría que resolver una causa sin saber cuáles son los vicios ni los agravios, sino que haría una revisión solamente de la sentencia, no a la luz de los hechos del proceso, sino de la Constitución. Ello supone para la parte que venció en primera instancia una total indefensión, pues la vista de causa que por ley se convoca no le permitirá ejercitar de manera adecuada su derecho de contradicción (solo se podría repetir: la sentencia está conforme a la Constitución). Debe tenerse presente que cualquiera de las partes puede perder el proceso constitucional, tanto el demandado como también el demandante; en ambos casos, no existe contradictorio de las razones que considerará la segunda instancia al resolver.

Nótese que, sin embargo, la respuesta plenaria está referida a la sentencia, por lo que los autos expedidos e impugnados a los que se refieren los artículos 21 y 22 del CPCo deben seguir fundamentándose, de lo contrario, en segunda instancia será anulado el concesorio y declarada improcedente la apelación, como lo dispone la última parte del artículo 367 del CPC.

- c) A diferencia del Código Procesal Constitucional peruano, el Código General del Proceso colombiano exige que se sustente la apelación. El artículo 322.3 señala:

En el caso de la apelación de autos, el *apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia*, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, *cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición* [énfasis añadido]. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

[...] El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentada.

Efectuada la diferencia, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia SU418/19, dictada en los expedientes T-6.695.535, T6.779.435, T-6.916.634, T-7.028.230 y T7.035.566 (acumulados) ha señalado en el fundamento 8.9:

La apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudir a ella en aquellos supuestos en los que existan elementos sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. Eso explica por qué se exige que la apelación deba ser sustentada.

La sentencia tuvo un voto discordante del magistrado Carlos Bernal Pulido, quien indicó:

Se adoptó interpretación irrazonable del alcance de los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, desconociendo prevalencia del Derecho sustancial (Salvamento de voto).

La sentencia adopta una interpretación irrazonable acerca del alcance de los artículos 322 y 327 del CGP, la cual, por lo demás, desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 de la CP). La no comparecencia de la parte apelante a la audiencia de sustentación y fallo, no tiene como consecuencia la declaratoria de desierto del recurso de apelación, siempre que exista claridad sobre las inconformidades y reparos concretos a la providencia apelada. Sancionar la inasistencia de la parte apelante a la audiencia de sustentación y fallo con la declaratoria de desierto del recurso, como lo determinó la Sala Plena en esta oportunidad, implica un formalismo y ritualismo excesivo que desconoce el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, que sacrifica los derechos al debido proceso y de acceso a

la administración de justicia por el cumplimiento de una simple formalidad que, en todo caso, no está prevista por las normas procesales.

Para el reconocido magistrado colombiano, en un sistema que impone la necesidad de fundamentar una apelación, es suficiente que por lo menos se expresen las inconformidades y los reparos respecto a la resolución impugnada, para establecer sobre qué se pronunciará el colegiado, aun cuando el artículo 327 del Código General del Proceso colombiano establece la existencia de una audiencia de sustentación de apelación.

Al parecer, haciendo eco de los magistrados colombianos, se estaría legitimando el probar suerte ante los magistrados de segunda instancia, quienes deben hallar el agravio que el propio apelante no siente.

d) El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas sentencias que

el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, el cual implica que «corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir» (sentencias recaídas en los Expedientes 04235-2010-PHC/TC, 01243-2008-PHC/TC y 05019-2009-PHC/TC). (Expediente n.º 02941-2022-PHC/TC, fundamento 6)

Sin que por ello la regulación excesiva elimine el ejercicio del derecho, por tener garantía constitucional.

En el Expediente n.º 02941-2022-PHC/TC, por citar un ejemplo, el Tribunal se pronunció sobre la expresión de agravios en un proceso penal al indicar en su fundamento 13:

Del escrito de apelación de sentencia, este Tribunal advierte que la actora precisa y argumenta mínimamente los agravios que la sentencia condenatoria le causa; es decir, que

expresó cómo la afectan los considerandos de la sentencia condenatoria. Además, señaló su pretensión impugnatoria, con lo cual se cumplió con el mandato contenido en una norma de carácter procesal contenida en el artículo 405, numeral 1, literal c), del nuevo Código Procesal Penal, por lo cual no se rechazó correctamente el recurso de apelación de sentencia condenatoria.

Se puede apreciar de manera clara que inclusive en un proceso penal en que está en discusión la libertad de la persona (derecho humano fundamental), se tiene que expresar el agravio aunque sea mínimamente, para activar la segunda instancia, porque así lo establece la ley penal.

- e) Finalmente, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 01112-2022-PA/TC, ha dejado sentada su postura, contraria al Pleno Nacional Jurisdiccional que origina este trabajo: «la actual legislación procesal constitucional establece que no es necesaria la fundamentación de los medios impugnatorios y *que los agravios se sustentarán en la instancia superior* [énfasis añadido]» (fundamento 6). Si no hay fundamentación al apelar, necesariamente tienen que sustentarse los agravios en la segunda instancia.

6. CONCLUSIONES

Se arriba a las siguientes conclusiones:

- a) Exonerar de la fundamentación a las apelaciones en el proceso constitucional, tal como lo ha acordado el Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional y Procesal Constitucional, en su tema 1, es incorrecto. Primero, porque atenta contra el sistema recursal establecido para la justicia no penal, que requiere la expresión de error y agravio al momento de impugnarse una decisión judicial; segundo, se fundamenta en la defensa de los derechos humanos, que no se justifica, pues los procesos constitucionales como el amparo que tiene naturaleza subsidiaria no son los únicos en

los que se les protege; tercero, es incierta la invocación a revisar la sentencia expedida (olvidando autos) y su corrección constitucional, sin entender mínimamente en que se agravia al impugnante y esta forma de resolver afecta los derechos de contradictorio y defensa que son parte del debido proceso.

- b) Desde la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, tanto en causas penales, ha precisado la necesidad de señalar mínimamente la existencia de un agravio; de lo contrario, no es posible que la segunda instancia revise un caso. En el caso del artículo 21 del Código Procesal Constitucional, también ha señalado la necesidad de que si no hay expresión de agravios al sentenciar, estos se manifiesten necesariamente en segunda instancia.
- c) Al no tener fuerza vinculante por ley, los llamados plenos nacionales jurisdiccionales deben imponerse en la solidez de sus argumentos, lo que no sucede en el tema estudiado.

REFERENCIAS

- Álvarez, J. H. (2020). Los desajustes entre los plenos «jurisdiccionales» y la jurisprudencia. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 2(3), 17-36.
- Ariano, E. (2015). *Impugnaciones procesales*. Instituto Pacífico.
- Cabanellas, G. (2001a). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (26.^a ed., t. I). Heliasta.
- Cabanellas, G. (2001b). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (26.^a ed., t. III). Heliasta.
- Calamandrei, P. (2000). *La casación civil* (t. I). Oxford University Press.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil* (t. III). Unión Tipográfica Editorial Hispano Argentina.
- Carrión, J. (2000). *Tratado de derecho procesal civil II*. Grijley.
- Chiovenda, G. (2001). *Instituciones de derecho procesal civil*. Impresos y Acabados Editoriales.

- Devis Echandía, D. (1997). *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad.
- Falcón, E. (1978). *Derecho procesal civil, comercial y laboral*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Gisbert, M. (2015). Consideraciones sobre la segunda instancia en el proceso civil español. *Derecho & Sociedad*, (38), 256-265.
- Gutiérrez, G. (2023). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional* (3.^a ed.). Grijley.
- Liebman, E. (2001). *Manual de derecho procesal civil*. Ediciones Olejnik.
- Luna, A. F. (2013). El denominado recurso en consulta. En M. S. Midón (dir.), *Tratado de los recursos* (t. II, pp. 383-390). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Masciotra, M. (2015). *Historia y evolución de la actividad jurisdiccional*. Ediciones Raguel.
- Midón, M. S. (2013). Requisitos generales de admisibilidad y procedencia. En M. S. Midón (dir.), *Tratado de los recursos* (t. I, pp. 103-154). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Monroy, J. (2009). Representación técnica o judicial del abogado y recurso de apelación. En *Derecho procesal. Estudios* (pp. 183-226). Jurista Editores.
- Nieva, J. (2015). *Derecho procesal II (proceso civil)*. Marcial Pons.
- Poder Judicial del Perú. (s. f.). *Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional y Procesal Constitucional*. Centro de Investigaciones Judiciales.
- Rivas, A. (1991). *Tratado de los recursos ordinarios y el proceso en instancias superiores* (t. I). Ábaco.
- Satta, S. (1971). *Manual de derecho procesal civil* (t. I). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Solé, J. (1998). Recurso de apelación. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, (2), 571-584.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 2538-2011-Lambayeque. *Diario Oficial El Peruano* (31 de enero de 2013).

Casación n.º 1000-2014-Lima. *Diario Oficial El Peruano* (31 de octubre de 2016).

Casación n.º 3018-02-Ica. *Diario Oficial El Peruano* (3 de febrero de 2023).

Expediente n.º 1417-2005-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (8 de julio de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Expediente n.º 01112-2022-PA/TC (2022). Tribunal Constitucional (16 de septiembre de 2022).

Expediente n.º 02941-2022-PHC/TC (2023). Tribunal Constitucional (5 de julio de 2023).

IX Pleno Casatorio Civil. Casación n.º 4442-2015-Moquegua. *Diario Oficial El Peruano* (18 de enero de 2017).

Ley 1564 de 2012. *Diario Oficial* 48489 (12 de julio de 2012). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>

Ley n.º 31591. *Diario Oficial El Peruano* (26 de octubre de 2022).

Sentencia SU418/19. Corte Constitucional de Colombia (11 de septiembre de 2019). <https://procesal.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/9/2021/05/SU418-19.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Los autores del presente trabajo realizaron de manera conjunta la adquisición de la información teórica y doctrinaria. La concepción de la problemática fue responsabilidad de Carlos E. Polanco Gutiérrez y el diseño de la información fue responsabilidad

de Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza. Ambos investigadores se han hecho cargo de la redacción y la revisión del trabajo hasta presentar la versión final que será publicada.

Biografía de los autores

Carlos Enrique Polanco Gutiérrez es abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Magíster en Administración de Negocios (MBA) por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Centrum); docente de Derecho Civil y Procesal Civil de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Autor de artículos y capítulos de libros en derecho civil, procesal civil y constitucional; colaborador de publicaciones en Gaceta Jurídica y LP Editores.

Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza es abogada, graduada y titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Gestión y de Desarrollo Urbano por la Universidad Esan. Doctora en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Investigadora en el Observatorio Inmobiliario Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es docente en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Es autora de artículos y capítulos de libros en materias de derecho civil, procesal civil y administrativo.

Correspondencia

cpolanco@pj.gob.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 321-350
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1115>

Método para el estudio de los derechos reales: plan de estudios con enfoque orgánico global

Method for the study of real rights: Curriculum with a global
organic approach

Método para o estudo dos direitos reais: plano de estudos com
enfoque orgânico global

ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ

Tecnológico de Monterrey, Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno
(Puebla, México)

Contacto: agarci@tec.mx

<https://orcid.org/0000-0002-8693-1177>

LUIS FERNANDO FLORES CHÁVEZ

Tecnológico de Monterrey, Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno
(Querétaro, México)

Contacto: fernando.chavez@tec.mx

<https://orcid.org/0000-0002-2721-3511>

MIRIAM STEPHANIA VEECKSS NARVÁEZ

Tecnológico de Monterrey, Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno
(Ciudad de México, México)

Contacto: stephaniaveeckss@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-6642-4134>

RESUMEN

El estudio tradicional de los derechos reales ha estado marcado por una concepción unidireccional derivada del *dominium*, centrada en la relación sujeto-titular y cosa. Este enfoque, anclado en categorías

decimonónicas, ha obstaculizado el análisis de realidades jurídicas contemporáneas complejas. Ante esta insuficiencia, se propone un enfoque metodológico orgánico-global que analice los derechos reales desde la relación jurídica compleja, integrando sus elementos estructurales (subjetivo, objetivos y causales). La propuesta surge del análisis crítico de planes de estudio de facultades de Derecho líderes en España y México, donde se identificó la persistencia de modelos teóricos estáticos. Su objetivo es reformular la enseñanza jurídica mediante un pensamiento crítico y orgánico que permita superar la mera descripción de facultades para examinar interacciones entre titularidad, deberes *propter rem* y garantías *erga omnes*, así como favorecer la adquisición de competencias profesionales que brindan herramientas para resolver situaciones patrimoniales complejas.

Palabras clave: derecho civil; derechos reales; enseñanza jurídica; estudio orgánico-global; relación jurídica.

ABSTRACT

The traditional study of real rights has been shaped by a unidirectional conception derived from dominium, focused on the subject-holder and object relationship. This approach, rooted in 19th-century categories, has hindered the analysis of complex contemporary legal realities. To address this shortcoming, an organic-global methodological approach is proposed—one that analyzes real rights based on the complex legal relationship, integrating its structural elements (subjective, objective, and causal). This proposal arises from the critical analysis of law school curricula from leading faculties in Spain and Mexico, where the persistence of static theoretical models was identified. Its goal is to reform legal education through a critical and organic mindset that goes beyond merely describing entitlements and instead examines interactions between ownership, *propter rem* duties, and *erga omnes* guarantees. It also seeks to foster the development of professional competencies that provide tools for resolving complex property-related situations.

Key words: civil law; real rights; legal education; organic-global study; legal relationship.

RESUMO

O estudo tradicional dos direitos reais tem sido marcado por uma concepção unidirecional derivada do *dominium*, centrada na relação sujeito-titular e coisa. Esse enfoque, ancorado em categorias do século XIX, tem dificultado a análise de realidades jurídicas contemporâneas complexas. Diante dessa insuficiência, propõe-se um enfoque metodológico orgânico-global que analise os direitos reais a partir da relação jurídica complexa, integrando seus elementos estruturais (subjeto, objetivos e causais). A proposta surge da análise crítica de planos de estudo de faculdades de Direito líderes na Espanha e no México, onde se identificou a persistência de modelos teóricos estáticos. Seu objetivo é reformular o ensino jurídico por meio de um pensamento crítico e orgânico que permita superar a mera descrição de faculdades para examinar interações entre titularidade, deveres *propter rem* e garantias *erga omnes*, assim como favorecer a aquisição de competências profissionais que forneçam ferramentas para resolver situações patrimoniais complexas.

Palavras-chave: direito civil; direitos reais; ensino jurídico; estudo orgânico-global; relação jurídica.

Recibido: 31/12/2024

Revisado: 25/3/2025

Aceptado: 9/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

De la conceptualización del derecho civil, se puede destacar su contenido extrapatrimonial y patrimonial. El primero está relacionado con los derechos de las personas como seres individuales, así como con aquellos que les permiten relacionarse con otros individuos, producto de la filiación y el parentesco, es decir, el derecho familiar. El segundo, de carácter

patrimonial, encuentra los derechos personales y reales, que son el objeto del presente trabajo (Álvarez, 2020, p. 155; Galindo, 2019, p. 81; García Maynes, 2019, p. 145).

Los derechos reales han sido estudiados a través de variadas teorías que han aportado diversos elementos según la perspectiva de cada una de estas, de ello han resultado los elementos necesarios para su análisis. Es preciso señalar que las teorías sobre la concepción de los derechos reales son tradicionales (clásica, monista y ecléctica) y modernas (García Sánchez, 2019, pp. 373-378). A partir de las ideas anteriores, se retoma el planteamiento teórico denominado *Estudio orgánico global de los derechos reales*, cuestión que da pie a este artículo.

En este sentido, el objetivo central de la presente investigación es generar una nueva forma de enseñanza-aprendizaje jurídica para el estudio de los derechos reales. Ello implica el conocimiento orgánico de los derechos reales (parte general), para después aplicarlo a cada uno de estos en particular, sobre la base de los elementos de la relación jurídica compleja (subjetivos, objetivos y causales). A dicha perspectiva la hemos denominado *método para el estudio de los derechos reales: plan de estudios con enfoque orgánico global*.

La propuesta anterior se deriva de la pregunta: ¿cómo podría estudiarse en la licenciatura en Derecho el tema de los derechos reales a la luz de los elementos de la relación jurídica y los elementos que los conforman? La respuesta a dicha pregunta es que se pueden abordar mediante un estudio orgánico global de los derechos reales, el cual permitiría a estudiantes de dicha licenciatura desarrollar una comprensión integral y contextualizada de estos. A continuación, se explicarán los planteamientos respecto a dicho estudio orgánico global de los derechos reales.

Es muy importante señalar que en este artículo se hace uso del derecho comparado, el cual de acuerdo con Sacco (1991): «It studies [legal rules and institutions] in order to establish to what extent they are identical or different» (p. 5). Cabe recordar que para Sacco (1991) lo que se compara en el derecho son los formantes legales, que para él son principalmente la legislación, la jurisprudencia y la doctrina (p. 22). En el caso del presente trabajo, es claro que la comparación se produce por medio del denominado formante doctrinal, dado que se retoma la forma en que

tradicionalmente se ha estudiado, por las personas expertas, el tema de los derechos reales y los planes de estudios de diversas universidades y su abordaje para su enseñanza.

2. PLANTEAMIENTO TEÓRICO/CRÍTICO PARA UN ESTUDIO ORGÁNICO GLOBAL DE LOS DERECHOS REALES

La perdurable influencia del *dominium* —como poder absoluto del *dominus* sobre su residencia, sus dependientes y sus bienes— se ha estructurado en dos dimensiones: el plano subjetivo (sujetos legitimados como titulares) y el plano objetivo (bienes susceptibles de aprovechamiento). Lo anterior ha sido considerado como piedra angular para el estudio de los derechos reales; en este contexto, la propiedad es considerada como una manifestación específica del derecho subjetivo, ya que representa una facultad o poder individual sobre una cosa y se erige, además, en un instrumento fundamental para el ejercicio de la libertad personal dentro del marco legal (Aldunate y Cordero, 2008, pp. 345-385).

La doctrina tradicional, al reducir los derechos reales a una relación unidireccional entre el sujeto y la cosa, desatiende su intrínseca naturaleza intersubjetiva. Este reduccionismo ontológico ignora la estructura dinámica de facultades, deberes *propter rem* y garantías *erga omnes*, así como la relevancia del sujeto pasivo indeterminado, es decir, la comunidad jurídica en su conjunto. La persistencia de categorías decimonónicas en los planes de estudio jurídico impide la sistematización de realidades complejas.

Ante esta insuficiencia, emerge la necesidad imperante de un replanteamiento teórico/crítico que se fundamente en la relación jurídica y que se desarrolle bajo la égida del Estudio Orgánico Global de los Derechos. Este nuevo paradigma permite alejarnos de un modelo sustancialista centrado en la cosa, al adoptar un enfoque relacional-funcional que concibe los derechos reales como redes dinámicas de facultades y deberes intrínsecamente ligados a bienes específicos.

En ese sentido, el enfoque orgánico global se distingue de las teorías tradicionales en su visión holística, que busca entender los derechos reales como un conjunto interdependiente de elementos, y ofrece una

perspectiva integrada y completa, en lugar de analizar a los derechos reales con base en la teoría de la propiedad.

Las teorías tradicionales suelen centrarse en la naturaleza del derecho real en sí mismo, mientras que el enfoque orgánico global enfatiza la relación jurídica obligatoria que surge de él. Esto implica examinar los elementos de la relación jurídica compleja y su interrelación entre estos.

Por tanto, en contraposición a los enfoques tradicionales, que pueden ser más abstractos y teóricos, el enfoque orgánico global busca una aplicación práctica y global que pueda aplicarse a todos los derechos reales. Se proporciona un ejemplo de cómo este enfoque puede aplicarse al derecho de propiedad, lo que demuestra su utilidad y su versatilidad. En resumen, el enfoque orgánico global propone un estudio sistemático de los derechos reales basado en la relación jurídica compleja y sus elementos constitutivos, busca así una comprensión más completa e integrada de estos derechos en lugar de analizarlos de forma aislada.

3. RELACIÓN JURÍDICA APLICADA A LOS DERECHOS REALES

Lo que se ha señalado hasta ahora permite vincular la idea de la relación jurídica aplicada a los derechos reales, desglosando sus tres elementos clave: subjetivos, objetivos y causales. Analizar los derechos reales desde la perspectiva de la relación jurídica permite entenderlos no solo como derechos individuales del titular, sino como estructuras complejas que involucran interacciones entre sujetos, prestación y causas (García Sánchez, 2019, pp. 382-385).

Los elementos subjetivos identifican a los sujetos en la relación jurídica real, destacando el rol del titular del derecho y la figura del sujeto pasivo. El titular ejerce el derecho sobre un bien de manera directa, mientras que el sujeto pasivo suele ser la colectividad, que debe abstenerse de interferir. Esta estructura es clave para entender la oponibilidad y la universalidad que otorga al titular una posición privilegiada y protegida frente a terceros (Sánchez, 2010, p. 116).

El elemento objetivo de la relación jurídica real se divide entre el objeto material (la cosa) y la conducta del sujeto pasivo (obligación de abstención). Este análisis define los límites del derecho real sobre el

bien y estructura las obligaciones de los terceros respecto a ese bien, brindando un marco para la acción y defensa del derecho real (Ramírez, 2008, p. 121).

El elemento causal engloba los supuestos jurídicos que crean, transmiten o extinguen los derechos reales, como contratos, usucapión y expropiación. Este componente es crucial para comprender cómo surgen y cambian los derechos reales, ya que establece las condiciones legales que sustentan su existencia, su transmisión y su extinción (García Maynes, 2019, p. 172).

El enfoque de la relación jurídica aplicada a los derechos reales es de gran importancia para el estudio del derecho civil, ya que proporciona una visión holística de estos e integra sus elementos en una estructura unificada. Este enfoque facilita su análisis y la aplicación práctica, al ofrecer un marco teórico de referencia sólido que permita resolver situaciones patrimoniales con mayor precisión y fundamentación jurídica.

El apartado «La relación jurídica aplicada a los derechos reales» profundiza en la naturaleza y los elementos de la relación jurídica real, y destaca su importancia como una relación jurídica compleja, respaldada por supuestos jurídicos que van más allá de facultades abstractas.

4. ESTUDIO ORGÁNICO GLOBAL DE LOS DERECHOS REALES

En el derecho civil tradicional, los derechos reales suelen enseñarse como conceptos aislados, lo que dificulta a los estudiantes entender cómo cada elemento —sujeto, objeto y causa— interactúa en la práctica jurídica. Esta desconexión limita su capacidad para aplicar los conocimientos teóricos al análisis de casos concretos y para resolver situaciones patrimoniales.

La propuesta de *Estudio orgánico global de los derechos reales* representa un avance en la enseñanza del derecho civil, pues aporta un método innovador que responde a la necesidad de un análisis profundo y estructurado. A diferencia de los enfoques tradicionales, que a menudo presentan estos derechos como componentes aislados, este planteamiento unifica e integra los elementos fundamentales que conforman los derechos reales en una estructura comprensible y aplicable.

Esta propuesta divide el estudio en dos partes fundamentales: la orgánica y la global, de este modo permite una comprensión inicial general y una posterior aplicación práctica que facilita el aprendizaje y la enseñanza del tema.

El objetivo de este modelo teórico es ofrecer un esquema integral para el estudio de los derechos reales, que evite los enfoques fragmentados. Así, se proponen estos derechos primero desde sus bases generales y, luego, a través de su aplicación específica y práctica. Esto pretende que el análisis de los derechos reales abarque tanto una visión abstracta de su naturaleza como una específica y concreta de cada derecho real individual.

La primera fase de esta propuesta es la *parte orgánica*, que constituye el análisis fundamental de los derechos reales. Se busca una comprensión profunda de los elementos que configuran cualquier derecho real, organizados en tres componentes: elementos causales, subjetivos y objetivos.

4.1. Elementos causales

Este componente explora los supuestos jurídicos que les dan origen, los medios para transmitirlos y las condiciones para extinguirlos. Se dividen en actos jurídicos (contratos, testamentos y declaraciones de voluntad) y hechos jurídicos (ocupación y usucapión). Al comprender estos elementos, los estudiantes logran una base sólida para entender cómo los derechos reales surgen, se transfieren y eventualmente se extinguen. Esta perspectiva es fundamental, ya que brinda a los futuros juristas herramientas conceptuales para interpretar el desarrollo y la evolución de los derechos reales mediante diferentes situaciones jurídicas.

4.2. Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos se refieren a los sujetos en la relación jurídica real, identificando al titular del derecho y al sujeto obligado a respetarlo. En los derechos reales, el titular ejerce el derecho sobre el bien, mientras que el sujeto pasivo es la colectividad, que debe respetarlo. Este enfoque permite a los estudiantes identificar las obligaciones tanto del titular

como de la colectividad u otros sujetos obligados. Comprender los elementos subjetivos es crucial, ya que aclara el papel de cada sujeto en la relación jurídica y cómo la titularidad y la obligación pasiva interactúan en los derechos reales.

4.3. Elementos objetivos

Este componente abarca dos aspectos clave: el objeto material, es decir, la cosa o bien sobre el cual recae el derecho real, y el objeto conductual, que es la conducta o el deber de respeto que la colectividad o los terceros deben observar respecto al derecho del titular. La inclusión de los elementos objetivos en el análisis permite a los estudiantes entender los límites y las responsabilidades que acompañan a cada derecho real. Este enfoque también destaca cómo el objeto, o bien, configura la aplicación de las normas jurídicas al dar un marco tangible y regulado para el ejercicio y la protección de los derechos reales.

La *parte orgánica* es crucial para formar un esquema mental sólido en los estudiantes, quienes aprenden a ver al derecho real como una entidad compleja, pero organizada y regulada por interacciones entre causas, sujetos y objetos.

Para ilustrar la funcionalidad de la *parte global*, se propone como ejemplo el derecho de propiedad, se desglosan los tres componentes de la relación jurídica real para observar cómo interactúan y estructuran el ejercicio de este derecho.

4.4. Elementos causales en la propiedad

En este componente, los elementos causales abarcan el origen, la transmisión y la extinción. En este método, los elementos causales se clasifican en tres grandes vertientes:

4.4.1. Elementos causales constitutivos

Hechos jurídicos: son situaciones como la ocupación de bienes muebles y la usucapión, en el caso de que su origen provenga de una posesión de hecho, donde el derecho de propiedad puede surgir o consolidarse sin necesidad de una declaración de voluntad. Este análisis permite a los

estudiantes entender cómo los derechos sobre los bienes pueden surgir, sin necesidad de transmitirlos de manera voluntaria. En cuanto a los actos jurídicos, aunque no constituyen directamente a la propiedad, sí crean una de sus modalidades: la copropiedad.

4.4.2. Los elementos causales extintivos de la propiedad se clasifican en cuatro categorías

- a) Actos jurídicos: en el caso de la propiedad, estos no son aplicables, ya que la propiedad no puede ser renunciada ni revocada, y no se extingue por vencimiento de un plazo o condición, debido a su perpetuidad.
- b) Hechos jurídicos: que pueden extinguir la propiedad a través de hechos humanos o naturales. Los hechos humanos incluyen comportamientos lícitos e ilícitos, tanto civiles como penales, mientras que los hechos naturales se deben a la accesión por incorporación y a fenómenos naturales.
- c) Actos procesales: en este caso, no aplican como forma de extinción de la propiedad, ya que lo que generan es la transmisión de esta.
- d) Actos administrativos: de manera similar a los actos procesales, no se aplican como extinción de la propiedad.

4.4.3. Elementos subjetivos en la propiedad

En ellos se identifican las partes implicadas: el titular o propietario y la colectividad, que, en su calidad de sujeto pasivo, tiene la obligación de respetar el derecho de propiedad. Este componente revela cómo el derecho de propiedad establece una relación no solo entre el titular y el bien, sino entre el titular y cualquier tercero que deba respetar su posición jurídica.

Los estudiantes aprenden a reconocer que, en el derecho de propiedad, el sujeto activo (propietario) tiene un derecho de exclusión sobre la colectividad, lo que implica tanto derechos de uso como mecanismos de defensa jurídica en caso de interferencia de terceros. Esto clarifica el alcance y las limitaciones de los derechos del propietario en situaciones de conflicto o defensa patrimonial.

4.4.4. Elementos objetivos en la propiedad

El elemento objetivo aborda el objeto material del derecho, es decir, el bien sobre el que recae la propiedad, y las conductas exigibles sobre este bien. Se explica cómo el derecho de propiedad implica una conducta de respeto y no interferencia por parte de terceros, además de incluir prestaciones de no hacer que aseguran el control exclusivo del propietario. Este componente es clave en la enseñanza jurídica, ya que demuestra que el derecho de propiedad no solo implica titularidad, sino también derechos y deberes aplicables en el ámbito social y jurídico, por lo que ofrece una comprensión más completa del derecho.

5. ACERCAMIENTO DOCTRINAL AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS REALES

Este apartado presenta el aspecto doctrinal que sustenta el estudio de los derechos reales, analiza los principios y las normas que rigen estos derechos para construir un marco conceptual sólido que permita comprender su naturaleza, sus características y sus funciones dentro del sistema jurídico. Se incluye la revisión de la literatura existente y un examen crítico de las corrientes doctrinales que han influido en su interpretación y su aplicación. Para ello, se analizan los índices de cuatro libros clave sobre la temática, con el fin de entender cómo se abordan los derechos reales desde la doctrina.

Asimismo, presenta la parte doctrinal en el mundo sobre la cual se construye el estudio de los derechos reales. Para ello se toman cuatro libros, con la finalidad de poder establecer cómo es que se estudian los derechos reales desde la doctrina.

- **Título del libro 1:** *Bienes y derechos reales*, de Carlos I. Muñoz Rocha.

La obra consta de diez capítulos y el autor aborda en ellos temas importantes para la mayoría de la gente, como el patrimonio, la propiedad, el condominio (forma de propiedad típica de las grandes ciudades), los tiempos compartidos y la posesión.

- **Título del libro 2:** *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, de Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
La obra consta de seis volúmenes, y en el volumen VI: «Derechos reales», los aborda de manera particular a lo largo de sus veintinueve capítulos.
- **Título del libro 3:** *Compendio de derecho civil II. Bienes, derechos reales y sucesiones*, de Rafael Rojina García, bajo la coordinación de Adriana Rojina García.
El libro está dividido en cuatro títulos.
- **Título del libro 4:** *El patrimonio*, de Ernesto Gutiérrez y González.
El texto está dividido en cuatro títulos.

La doctrina tradicional de los derechos reales se enfoca principalmente en la teoría de la propiedad y los derechos reales específicos, analiza estos derechos de manera aislada y desvinculada del contexto general de la relación jurídica. Este enfoque fragmentado ignora la necesidad de un estudio orgánico que integre todos los elementos de la relación jurídica, tales como los sujetos, el objeto y las obligaciones derivadas de estos derechos. Un enfoque global, en cambio, permite comprender cómo los derechos reales interactúan con otras categorías de derechos, las obligaciones entre las partes y el impacto de las relaciones sociales y jurídicas en su ejercicio y su protección.

Similitudes. Todos abordan los conceptos fundamentales del derecho de bienes y derechos reales, con la inclusión del patrimonio: su definición y su relevancia; la clasificación de bienes: muebles, inmuebles, etc., y sus características; el derecho de propiedad: su naturaleza, sus límites y su defensa; los derechos reales limitados: usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, prenda; la posesión y la prescripción: adquisición de la propiedad por posesión prolongada; el registro de la propiedad: su importancia en la seguridad jurídica.

Diferencias. Las principales radican en la profundidad, la amplitud y el enfoque:

1. Amplitud del contenido: el libro de Díez-Picazo es notablemente más extenso, ofrece un exhaustivo análisis de cada derecho real y temas especializados (propiedad horizontal, multipropiedad,

hipoteca mobiliaria, etc.), mientras que los demás libros presentan una cobertura más concisa. Gutiérrez y González se enfoca en una visión amplia del derecho civil y su contexto, en lugar de los derechos reales.

2. Enfoque: Muñoz Rocha presenta un enfoque más práctico y sistemático, organiza los temas de forma lineal, así como Díez-Picazo se centra en un análisis teórico más profundo y detallado. El libro de Rojina García ofrece un compendio más general, y el de Gutiérrez y González provee un análisis desde una perspectiva filosófica.
3. Temas específicos: algunos libros incluyen temas específicos que otros omiten. Por ejemplo, Díez-Picazo dedica varias secciones a la hipoteca y sus procedimientos, mientras que trata el resto brevemente. La obra de Gutiérrez y González incluye una extensa sección sobre la adquisición de la propiedad, mientras que Muñoz Rocha incluye un capítulo sobre derechos de autor, que no se encuentra en los otros textos.

En resumen, mientras que todos los libros se ocupan del tema central de bienes y derechos reales, varían significativamente en su nivel de detalle, enfoque teórico-práctico y amplitud del contenido, ofrecen así perspectivas diferentes para el estudio del derecho civil patrimonial. Si se desea corroborar lo señalado, se recomienda consultar directamente los textos mencionados en este subapartado.

6. UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS REALES A TRAVÉS DE PLANES DE ESTUDIOS

Ahora bien, para tener un panorama más actual y vigente se procede a analizar los planes de estudios de la materia de derechos reales, con la finalidad de exponer que se sigue impartiendo a partir de la teoría de la propiedad y de los derechos reales en particular.

Para esto se analizan los temarios y/o analíticos de seis universidades (tres de México y tres de España), que se encuentran en los *rankings* encargados de medir su nivel académico, lo último con base en la columna del periódico *El País* redactada por Nacho Meneses (2023), en

donde se refiere al Shanghai Ranking, el QS World University Rankings y el Times Higher Education (THE) (párr. 1) como los tres mejores.

Utilizaremos los dos últimos *rankings*, ya que el primero de ellos, si bien tiene subcategoría por carrera universitaria, no tiene como marco de referencia a las instituciones mexicanas.

El *ranking* de la compañía Quacquarelli Symonds (QS) sobre la carrera de Derecho en México y España posiciona en primer lugar en México a la Universidad Autónoma de México (UNAM), seguida del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM) y la Universidad Panamericana (UP). En España, las mejores posiciones las ocupan la Universidad Complutense de Madrid (UCM), la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) y la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) (QS, 2024).

Por otro lado, el *ranking* del THE (2024) también clasifica a las universidades en Derecho, destaca solo a la UNAM en México y a la Universidad Complutense de Madrid en España.

En ambos *rankings* y países, la UNAM, el ITESM, la UP, la UCM, la UC3M y la UAM se encuentran entre las cinco mejores universidades en Derecho (QS, 2024; THE, 2024). Estas universidades mexicanas y españolas coinciden en los *rankings* mundiales, por lo que serán consideradas en este estudio. A continuación, se presentan los planes de estudio de cada universidad sobre los derechos reales a nivel de licenciatura:

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM, 2019, p. 132)

Índice temático:

1. Los derechos reales
2. Teoría jurídica de los bienes
3. Clasificación de los bienes
4. Teoría del patrimonio
5. Del derecho real de propiedad y sus desmembraciones (copropiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, condominio, tiempo y espacio compartido)
6. Del derecho de copropiedad
7. De los derechos reales de usufructo, uso y habitación

8. Del gravamen real de las servidumbres
9. De la posesión
10. De la prescripción, usucapión y caducidad

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM, 2024)

Índice temático:

1. El patrimonio
2. Los bienes, derechos reales y personales
3. Obligaciones reales y personales
4. Derecho real de la propiedad
5. Usufructo
6. Servidumbre
7. Registro público de la propiedad: nociones elementales

Universidad Panamericana (UP, 2024)

Índice temático:

1. El patrimonio
2. Conceptos de cosas y bienes
3. Clasificación de los bienes
4. Los derechos reales
5. La posesión
6. La propiedad
7. La copropiedad
8. La propiedad en condominio
9. El usufructo
10. El uso
11. La habitación
12. La servidumbre

Universidad Complutense de Madrid (UCM, 2023)

Índice temático:

1. Teoría general de los derechos reales
2. La posesión
3. El derecho de propiedad

4. Derechos reales limitados
5. El registro de la propiedad

Universidad Carlos III de Madrid (UC3M, 2024)

Índice temático:

1. Los derechos reales en general
2. Posesión y usucapión
3. Propiedad
4. Los derechos reales limitados
5. El registro de la propiedad
6. Las propiedades especiales

Universidad Autónoma de Madrid (UAM, 2022)

Índice temático:

1. Los derechos reales y su dinámica
2. La posesión
3. La usucapión
4. Los derechos de propiedad
5. El registro de la propiedad
6. Los derechos reales limitados o en cosa ajena
7. El registro de la propiedad

Como se puede apreciar, los planes de estudio de las universidades de prestigio en México y España revelan una notable similitud en la estructura y el contenido de la materia. A pesar de variaciones menores en la profundidad y el enfoque de cada programa, todos comparten un núcleo común basado en la teoría tradicional de la propiedad y los derechos reales, e incluyen tópicos como el patrimonio, la clasificación de bienes, el derecho de propiedad y sus desmembraciones, la posesión, la prescripción y el registro de la propiedad.

Esta convergencia sugiere una base sólida y establecida para la enseñanza del derecho real, sin embargo, es importante incorporar enfoques innovadores que permitan la adaptación a las necesidades actuales del sistema jurídico.

7. TRANSFORMACIÓN EDUCATIVA: PLAN DE ESTUDIOS PROPUESTO PARA DERECHOS REALES

Aquí se agrega la propuesta formal de temario para un estudio orgánico y global de los derechos reales, el cual retoma a estos y su vínculo con la idea de la relación jurídica.

Tabla 1

Derechos reales. Los derechos reales: marco teórico

1. Concepto de derecho real: clásicos, modernos y orgánico global
2. Estudio teórico tradicional sobre los derechos reales
2.1. Teoría clásica
2.2. Teoría monista
2.3. Teoría personalista
2.4. Teoría objetivista
2.5. Teoría ecléctica
3. Elementos
4. Características
5. Clasificación
6. Derechos intermedios entre reales y personales
7. Derecho real <i>in faciendo</i> y obligación <i>propter rem</i>
8. Derechos reales en particular
8.1. Números abiertos
8.2. Números cerrados
9. Planteamientos teóricos para su estudio
9.1. Óscar Morineau
9.2. Rafael Rojina Villegas
9.3. Miguel Alessio Robles
10. Estudio orgánico global de los derechos reales
10.1. Parte orgánica
10.1.1. Elementos causales
10.1.2. Elementos subjetivos
10.1.3. Elementos objetivos
10.2. Parte global
11. Fin de la teoría

La relación jurídica real

1. Teoría de la relación jurídica
1.1. La relación jurídica
1.2. Vínculo jurídico

1.3. Elementos de la relación jurídica
1.4. Deber jurídico
1.5. Obligación
1.6. Responsabilidad civil
2. La relación jurídica derivada de los derechos reales
2.1. La relación jurídica real
2.2. Elementos de la relación jurídica real
2.3. Deber jurídico real
2.4. Obligación real
2.5. Responsabilidad civil real

Derechos reales parte orgánica

Elementos causales

1. Elementos constitutivos
1.1. Actos jurídicos <i>inter vivos</i>
1.1.1. Convenio y contrato
1.1.2. Declaración unilateral de la voluntad
1.2. Actos jurídicos <i>mortis causa</i>
1.2.1. Testamento
1.2.2. Legados
1.3. Hechos jurídicos
1.3.1. Humanos
1.3.2. Naturales
2. Elementos traslativos
2.1. Actos jurídicos <i>inter vivos</i>
2.1.1. Convenio y contrato (formas de transmisión de los DR)
2.1.2. Declaración unilateral de la voluntad
2.2. Hechos jurídicos derivativos
2.2.1. Accessión
2.2.2. Usucapión
2.3. La ley
2.3.1. Sucesión <i>ab intestato</i>
2.4. Los actos administrativos
2.4.1. Expropiación
2.4.2. Otros
2.5. Actos procesales
2.5.1. Sentencias interlocutorias
2.5.2. Sentencias definitivas
3. Elementos extintivos
3.1. Actos jurídicos
3.1.1. Convenio

3.1.2. Desistimiento unilateral
3.1.2.1. Revocación
3.1.2.2. Renuncia
3.1.3. Plazo
3.1.4. Condición
3.2. Hechos jurídicos
3.2.1. Naturales
3.2.1.1. La muerte
3.2.1.2. Terremoto e inundaciones
3.2.1.3. Adquisición natural
3.2.2. Humanos
3.2.2.1. Adquisición artificial
3.2.3. Los actos procesales
3.2.3.1. Sentencias interlocutorias
3.2.3.2. Sentencias definitivas
3.2.4. Los actos administrativos
3.2.4.1. La expropiación

Elementos subjetivos

1. Sujetos de la relación jurídica
1.1. Sujeto titular
1.2. Sujeto pasivo determinado
1.3. Sujeto pasivo indeterminado
1.4. Pluralidad de sujetos
1.4.1. La cotitularidad
1.4.2. La copropiedad
1.4.2.1. Derecho del tanto
1.4.2.2. Procedimiento
1.4.2.3. Violación del derecho del tanto
2. Derecho y obligaciones derivados de la titularidad de un derecho real
2.1. Derechos
2.1.1. Limitaciones de los derechos reales
2.1.1.1. Derecho privado
2.1.1.2. Derecho público
2.1.2. Derechos del titular de un derecho real
2.1.2.1. Derechos del propietario
2.1.2.2. Derechos del titular de un derecho real derivados de la desmembración de la propiedad
2.2. Deberes jurídicos (obligaciones)
2.2.1. Deberes de los sujetos indeterminados (colectividad)
2.2.2. Deberes de los sujetos determinados

Elementos objetivos

1. El objeto de la relación jurídica real
1.1. El objeto
1.2. La prestación
1.3. Características
1.3.1. Lícita
1.3.2. Posible
1.3.3. Determinada
1.4. Clases de prestaciones
1.4.1. Prestaciones de dar
1.4.2. Prestaciones de hacer
1.4.3. Prestaciones de no hacer o tolerar
2. El objeto cosa
2.1. Concepto de cosa
2.2. Concepto de bien
2.3. Diferencia entre cosa y bien
2.4. Clasificación de los bienes
2.4.1. Por su movilidad
2.4.1.1. Bienes muebles propiamente dichos
2.4.1.2. Semovientes
2.4.2. Por su fungibilidad
2.4.2.1. Fungibles
2.4.2.2. No fungibles
2.4.3. De acuerdo con su titularidad
2.4.3.1. Bienes mostrencos
2.4.3.2. Bienes vacantes
2.4.3.3. Bienes privados
2.4.3.4. Bienes públicos
2.4.4. De acuerdo con su corporeidad
2.4.4.1. Bienes corpóreos
2.4.4.2. Bienes incorpóreos
2.4.5. De acuerdo con su divisibilidad
2.4.5.1. Bienes divisibles
2.4.5.2. Bienes no divisibles
2.4.6. De acuerdo con su consumo/uso
2.4.6.1. Bienes consumibles
2.4.6.2. Bienes no consumibles
2.4.6.3. Bienes consumibles paulatinamente
2.4.7. Por su existencia
2.4.7.1. Presentes
2.4.7.2. Futuros
2.4.8. En relación con su interdependencia

2.4.8.1. Principales
2.4.8.2. Accesorios
2.4.9. La clasificación de los bienes y su incidencia en los contratos
3. El incumplimiento de la prestación real
3.1. El uso abusivo de un derecho real
3.2. El incumplimiento del deber jurídico real
3.3. La mala fe
3.4. El enriquecimiento sin causa
3.5. Simulación de actos jurídicos
3.6. Fraude en perjuicio de acreedores
4. Derechos que tiene el afectado por un hecho ilícito civil en contra de sus derechos reales
4.1. Medidas precautorias: interdictos
4.2. Acción reivindicatoria
4.3. Acción plenaria de posesión
4.4. Acción de usucapión
4.5. Acción confesoria
4.6. Acción negatoria
4.7. Acción persecutoria/ambulatoria

Derechos reales parte orgánica

Propiedad (la presente propuesta es ejemplificativa y será utilizada para los derechos reales por desmembración de la propiedad)

1. Elementos causales
1.1. Elementos constitutivos
1.2. Elementos traslativos
1.3. Elementos extintivos
2. Elementos subjetivos
2.1. Sujetos de la relación jurídica
2.2. Derecho y obligaciones derivados de la titularidad de un derecho real de propiedad
3. Elementos objetivos
3.1. El objeto de la relación jurídica
3.2. El objeto cosa
3.3. El objeto conducta
4. El incumplimiento de la prestación real
5. Derechos que tiene el afectado por un hecho ilícito civil en contra de su propiedad

Es fundamental destacar que la idea de contar con una materia específica y el temario propuesto busca lograr un aprendizaje real, entendido como «learning is an enduring change in behavior, or in the capacity to behave in a given fashion, which results from practice or other forms of experience» (Schunk, 2012, p. 3).

La adecuación se lograría por medio del diseño o la planeación curricular. El currículo se define como «un *plan* que norma y conduce, explícitamente, un proceso concreto y determinado de *enseñanza-aprendizaje* que se desarrolla en una institución educativa» (Arnaz, 1990, p. 9). Para su formación debe existir un diseño curricular que es entendido como el «conjunto de fases y etapas que se deberán integrar en la estructuración del currículo» (Díaz-Barriga *et al.*, 1990, p. 20).

Cabe señalar que lo propuesto en este artículo radica en un diseño curricular, donde se integre un nuevo abordaje de los derechos reales, principalmente en el plan de estudios. Este se compone de cuatro aspectos:

1. **Objetivos curriculares.** Son los propósitos educativos generales que se persiguen con un sistema específico, particular de enseñanza-aprendizaje.
2. **Plan de estudios.** Es el conjunto de contenidos seleccionados para el logro de los objetivos curriculares, así como la organización y secuencia en que deben ser abordados dichos contenidos, su importancia relativa y el tiempo previsto para su aprendizaje.
3. **Cartas descriptivas.** Son las guías detalladas de los cursos, es decir, las formas operativas en que se distribuyen y abordan los contenidos seleccionados.
4. **Sistema de evaluación.** Es la organización adoptada respecto a la admisión, evaluación, promoción y acreditación de [estudiantes]. Mediante este sistema se regula el ingreso, tránsito y egreso de [...] estudiantes en función de los objetivos curriculares. (Arnaz, 1990, p. 12)

Además de los componentes del currículum, se deben tomar en cuenta las fases del diseño curricular. Según el libro *Metodología de diseño curricular para educación superior*, se consideran cuatro fases:

«[1] fundamentación de la carrera profesional [...] [2] elaboración del perfil profesional [...] [3] organización y estructuración curricular [...] [4] evaluación curricular» (Díaz-Barriga *et al.*, 1990, pp. 7-8). Tomando como base los componentes del currículum y las etapas del diseño curricular, lo que aquí se propone está mucho más asociado a la etapa 3, ya que se desea establecer una materia específica dentro de un plan de estudios con un cierto temario. Y también está relacionado con el tema del plan de estudios y la idea de cartas descriptivas. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente respecto al tema de la etapa de estructurar y organizar el currículum:

Como se indicó en la Introducción, en esta etapa se elabora tanto un plan curricular determinado, como los programas de estudios que constituyen dicho plan.

El *plan curricular* corresponde al total de experiencias de enseñanza-aprendizaje que deben ser cursadas durante una carrera, e involucra la especificación del conjunto de contenidos seleccionados para lograr ciertos objetivos, así como para organizar y estructurar la manera en que deben ser abordados dichos contenidos, su importancia relativa y el tiempo previsto para su aprendizaje [...] Los *contenidos* curriculares se refieren a la especificación de lo que se va a enseñar, mientras que la *organización* se relaciona con la agrupación y el ordenamiento de dichos contenidos para conformar unidades coherentes que se convertirán en asignaturas o en módulos, según el plan curricular adoptado. (Díaz-Barriga *et al.*, 1990, p. 112)

En esta fase de estructuración, se elabora el plan curricular que abarca las experiencias de enseñanza-aprendizaje, se definen los contenidos y su organización para alcanzar los objetivos establecidos. Los programas de estudio detallan las actividades de enseñanza que permiten a los estudiantes lograr los objetivos del curso (Díaz-Barriga *et al.*, 1990, p. 112).

La propuesta presentada en este trabajo busca establecer contenidos coherentes sobre derechos reales (derecho civil) mediante la creación

de una materia específica en el plan de estudios. Se abandona el enfoque tradicional, centrado en la teoría de la propiedad y el método inductivo, para adoptar un enfoque deductivo basado en la relación jurídica y sus elementos. El objetivo es que los estudiantes aprendan de manera orgánica los elementos causales, subjetivos y objetivos, y que se les permita aplicar este conocimiento de forma global a cada derecho real y no solo de manera aislada.

El éxito de la propuesta debe considerarse en el contexto de que se está enseñando a estudiantes del siglo XXI, lo cual es crucial, ya que muchos profesores de Derecho fueron formados en el siglo XX:

Empero, las circunstancias de estas sociedades y de [las personas] educad[a]s para ellas no son en nada comparables con las que padece en la actualidad el ser humano del siglo XX, que vive para una sociedad del siglo XXI y donde, gracias a los rápidos avances tecnológicos, estas personas nacidas en el siglo anterior no se lograron acabar de formar para el siglo siguiente. Pese a ello, muchas de estas personas nacidas en el siglo XX son docentes y en su rol están, supuestamente, formando los hombres del siglo XXI, cuando ni siquiera ellos mismos han sabido afrontarlo y, lo peor, por ello siguen educando a sus [estudiantes] para hacer parte de una sociedad del siglo anterior, cuando deberían formarlos para que se integren a una sociedad aún más avanzada y actual. (Mesa, 2016, p. 493)

La cita anterior permite preguntarse, desde la pedagogía, ¿qué debe tomar en cuenta el profesorado para crear espacios ideales de enseñanza-aprendizaje para estudiantes del siglo XXI? La respuesta es simple: el diseño y el uso de estrategias de enseñanza. Estas últimas definidas como «procedimientos que el agente de enseñanza utiliza en forma reflexiva y flexible para promover el logro de aprendizajes significativos en [estudiantes]» (Díaz-Barriga y Hernández, 2010, p. 118). De ello se agrega una nueva idea:

Para que el aprendizaje realmente sea significativo, se deben reunir las siguientes condiciones: que la nueva información se relacione

de modo *no arbitrario y sustancial* con lo que [cada estudiante] ya sabe, en función de su *disposición* (motivación y actitud) por aprender, y de la *naturaleza* de los materiales o contenidos de aprendizaje. (Díaz-Barriga y Hernández, 2010, p. 31)

El profesorado desempeñaría un rol fundamental en la implementación de esta propuesta. No se trata de un recetario con pasos fijos, sino de una base para comprender de manera innovadora el estudio de los derechos reales, que debe ser acompañada por la creatividad docente en el diseño y la aplicación de estrategias de enseñanza. Para explorar las estrategias que se utilizarán se recomienda revisar los siguientes libros: *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo*, de Frida Díaz-Barriga Arceo y Gerardo Hernández Rojas; *Estrategias de enseñanza-aprendizaje*, de Julio H. Pimienta Prieto; y *Estrategias didácticas para el aprendizaje significativo en contextos universitarios*, de Jael Flores Flores, Jorge Ávila Ávila, Constanza Rojas Jara, Fernando Sáez González, Robinson Acosta Trujillo y Claudio Díaz Larenas.

8. CONCLUSIONES

Las contribuciones modernas son fundamentales para el estudio actual de los derechos reales, ya que amplían las bases teóricas establecidas por las perspectivas clásicas, al integrar elementos prácticos y contextuales. Estas perspectivas modernas no solo ofrecen enfoques más flexibles y adaptados a la realidad contemporánea, sino que también permiten un análisis más completo de los derechos reales, considerando su naturaleza jurídica, su aplicación y su influencia en las relaciones patrimoniales. En conjunto, estas teorías contemporáneas enriquecen y diversifican el estudio de los derechos reales, facilitan así un análisis más adaptado a las necesidades actuales del derecho civil.

Este análisis permite a los juristas entender los derechos reales en su contexto completo, donde intervienen tanto la propiedad y la titularidad del bien como las obligaciones y las causas que configuran su existencia y su efectividad. En consecuencia, este enfoque no solo profundiza en la naturaleza de los derechos reales, sino que facilita su

aplicación práctica, pues permite un marco de referencia sólido para analizar casos y resolver conflictos patrimoniales con mayor precisión y fundamentación jurídica.

La aplicación del *Estudio orgánico global* al derecho de propiedad como caso modelo es una herramienta que posibilita a los estudiantes avanzar de un análisis teórico a un marco práctico. A través de este ejercicio, los estudiantes comprenden cómo se interrelacionan los elementos causales, subjetivos y objetivos en un caso concreto, y pueden observar cómo estos componentes estructuran el derecho de propiedad en la práctica.

Esta perspectiva presenta varios beneficios pedagógicos, ya que los estudiantes desarrollan una visión práctica y operativa de la teoría, y adquieren habilidades para analizar no solo el derecho de propiedad, sino cualquier otro derecho real mediante el mismo enfoque. Así, aprenden a descomponer y aplicar los derechos reales a partir de una estructura teórica que es, a su vez, adaptable a distintos contextos y necesidades jurídicas.

Además, se considera que la propuesta de estudio que en este artículo se ha establecido ofrece una forma innovadora de estudio y enseñanza de los derechos reales, al permitir que los estudiantes no solo se limiten a un conocimiento abstracto, sino que adquieran competencias aplicables para el ejercicio del derecho civil. Lo anterior, como ya se mencionó, se lograría a través del establecimiento de un temario específico, dentro de una materia enfocada al estudio de los derechos reales, dentro del plan de estudios de una licenciatura en Derecho. Asimismo, queda claro que la lógica de una nueva forma de estudio de los derechos reales también trae aparejado el entendimiento del rol que juega el profesorado en la formación de estudiantes del siglo XXI; el cual tiene la responsabilidad de hacer uso de estrategias de enseñanza que propicien un verdadero aprendizaje mediante ecosistemas educativos idóneos a las necesidades actuales.

REFERENCIAS

- Aldunate, E. y Cordero, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (30), 345-385.
- Álvarez, M. I. (2020). *Introducción al estudio del derecho* (4.ª ed.). MacGraw Hill.
- Arnaz, J. A. (1990). *La planeación curricular* (2.ª ed.). Trillas.
- Díaz-Barriga, F. y Hernández, G. (2010). *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo. Una interpretación constructivista* (3.ª ed.). McGraw Hill.
- Díaz-Barriga, F., Lule, M. de L., Pacheco, D., Saad, E. y Rojas-Drummond, S. (1990). *Metodología de diseño curricular para educación superior*. Trillas.
- Díez-Picazo, L. (2012). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. VI. Derechos reales* (6.ª ed.). Thomson Reuters.
- Galindo, I. (2019). *Derecho civil primer curso. Parte general. Personas. Familia* (30.ª ed.). Porrúa.
- García Maynes, E. (2019). *Introducción al estudio del derecho* (65.ª ed.). Porrúa.
- García Sánchez, A. (2019). Estudio orgánico global de los derechos reales. *Dikê. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, (25), 369-391.
- Gutiérrez y González, E. (2008). *El patrimonio* (9.ª ed.). Porrúa.
- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (2024). *D2001B. Bienes y derechos reales*. <https://samp.itesm.mx/Materias/VistaPreliminarMateria?clave=D2001B&lang=ES#>
- Meneses, N. (2023, 7 de julio). Así funcionan los «rankings» universitarios internacionales. *El País*. https://elpais.com/economia/formacion/2023-07-07/asi-funcionan-los-rankings-universitarios-internacionales.html#?prm=copy_link

- Mesa, D. J. (2016). Neurociencia, constructivismo y la enseñanza del derecho en el postdigitalismo o era de la natividad digital. En E. Cáceres (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (t. 1, pp. 487-503). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Muñoz, C. I. (2010). *Bienes y derechos reales*. Oxford University Press.
- Quacquarelli Symonds (2024). *QS World University Rankings by Subject 2024: Law & Legal Studies*. <https://www.topuniversities.com/university-subject-rankings/law-legal-studies>
- Ramírez, A. M. E. (2008). *El régimen jurídico de las obligaciones de no hacer*. Porrúa.
- Rojina, R. (2001). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (33.ª ed.). Porrúa.
- Sacco, R. (1991). Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Sánchez, R. (2010). *De los contratos civiles* (24.ª ed.). Porrúa.
- Schunk, D. H. (2012). *Learning theories. An educational perspective* (8.ª ed.). Pearson.
- Times Higher Education (2024). *World University Rankings 2024 by subject: law*. <https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2024/subject-ranking/law>
- Universidad Autónoma de Madrid (2022). 17869 - *Derechos reales. Información del Plan Docente*. https://secretaria-virtual.uam.es/doa/consultaPublica/look%5bconpub%5dMostrarPubGuiaDocAs?entradaPublica=true&idiomaPais=es.ES&_anoAcademico=2022&_codAsignatura=17869
- Universidad Carlos III de Madrid (2024). *Curso Académico: 2024/2025. Derechos Reales (13951)*. <https://aplicaciones.uc3m.es/cpa/generaFicha?est=206&plan=397&asig=13951&idioma=1>

Universidad Complutense de Madrid (2023). *Curso 2023-2024. Doble Grado en Derecho-RR. LL. Asignatura Derecho Civil: Derechos Reales*. <https://derecho.ucm.es/file/modificada-3-gu%C3%8Da-doble-g-d-rrll-d-civil-derechos-reales-2023-24>

Universidad Nacional Autónoma de México (2019). *Plan 2020. Programas de Estudio de la Licenciatura en Derecho. Modalidad Educativa Presencial (Sistema Escolarizado)*. <https://www.derecho.unam.mx/escolares/archivos/TOMOII-Escolarizado-220221.pdf>

Universidad Panamericana (2024). *Licenciatura en Derecho* [Folleto promocional]. https://1621751.fs1.hubspotusercontent-na1.net/hubfs/1621751/Derecho_0423.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Arán García Sánchez: administración del proyecto, conceptualización, escritura, investigación, metodología, redacción, supervisión, adquisición y selección de fuentes bibliográficas.

Luis Fernando Flores Chávez: análisis formal, escritura, curaduría de datos, redacción, investigación, adquisición y selección de fuentes bibliográficas.

Miriam Stephania Veeckss Narváez: análisis formal, escritura, curaduría de datos, redacción, investigación, adquisición y selección de fuentes bibliográficas.

Agradecimientos

Los autores agradecen la valiosa colaboración de todos los participantes en este trabajo. Expresan su más profundo agradecimiento al Dr. Arán García Sánchez por su visión innovadora e incansable esfuerzo y pasión en la búsqueda de métodos innovadores para la enseñanza de la docencia jurídica. Finalmente, agradecen a sus familias su paciencia y su comprensión durante el desarrollo de esta investigación.

Biografía de los autores

Arán García Sánchez es doctor en Derecho con mención honorífica, maestro en Derecho Corporativo por el Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla, máster en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona, abogado por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla incorporado a la Benemérita Universidad Autónoma

de Puebla (BUAP). Es investigador nivel I del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías. Actualmente es el director regional del Departamento de Derecho en el Tecnológico de Monterrey de la Agrupación Centro-Occidente. Cuenta con veintitrés años de experiencia académica en el ámbito del derecho civil y familiar.

Luis Fernando Flores Chávez es licenciado en Derecho y Ciencia Política por el Tec de Monterrey, con mención honorífica de excelencia. Maestro en Derechos Humanos y doctor en Investigación Jurídica por la Universidad Iberoamericana, Puebla, ambos grados con mención honorífica. Trabajó en las comisiones locales de derechos humanos de Puebla y Ciudad de México. Desde 2020 ha realizado actividades académicas y de docencia en el Tec de Monterrey, en los campus Puebla, Toluca y Querétaro. Actualmente es el director de entrada de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno en el Tec de Monterrey, campus Querétaro. Cuenta con siete años de experiencia en derechos humanos y docencia en preparatoria, licenciatura y posgrado.

Miriam Stephania Veeckss Narváez es maestra en Gestión Pública Aplicada por el Tecnológico de Monterrey y licenciada en Derecho y Ciencia Política por la misma institución. Cuenta con un diplomado en Comunicación Política por la Universidad Católica San Antonio de Murcia. Se ha desempeñado en el Tecnológico de Monterrey como gestora de proyectos nacionales e internacionales, así como en puestos directivos enfocados a la administración y ha colaborado como consultora externa para la elaboración de manuales enfocados en la prevención de la violencia y la promoción de información sobre la salud mental.

Correspondencia

fernando.chavez@tec.mx

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 351-382
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1160>

La nueva regulación de autorización de viaje de menor de edad y sus efectos negativos frente al interés superior del niño

The new regulation on travel authorization for minors and its negative effects on the best interests of the child

A nova regulamentação de autorização de viagem para menores e seus efeitos negativos frente ao interesse superior da criança

VANESSA ELIZABETH SHINNO PEREYRA
Universidad de Lima
(Lima, Perú)
Contacto: Vshinno@ulima.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6052-1834>

BEATRIZ ANGELICA FRANCISKOVIC INGUNZA
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)
Contacto: bfranciskovic@cientifica.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5077-2661>

RESUMEN

El presente artículo pretende visibilizar las consecuencias negativas ante la afectación al interés superior de los niños debido a la nueva regulación de autorización de viaje notarial a partir de la incorporación de supuestos excepcionales, por parte de un solo progenitor, en tanto dichos supuestos carecen de parámetros de control eficiente. Estos se materializan en tres supuestos; primero, existencia de enfermedades o tratamientos que

requieran atención médica, presentando informes médicos; segundo, cuando el niño o el adolescente tenga que estudiar en el extranjero ya sea por intercambio estudiantil o beca de estudios; tercero, en caso de participación en olimpiadas deportivas o académicas. Supuestos excepcionales que conducen a vacíos legales, así como también peligro ante la restricción indebida de la patria potestad que es un deber y un derecho perteneciente a ambos padres; no obstante, para exigir la restitución o recuperación, se requiere de la intervención del juez especializado, a través de procesos judiciales engorrosos y extensos. En consecuencia, el objetivo principal es evaluar la nueva modificación de la autorización de viaje; asimismo, se tiene como objetivos secundarios: determinar las consecuencias negativas que implica la nueva modificación y proponer límites o parámetros especiales con documentación debida para salvaguardar el principio del interés superior del niño. Finalmente, se llega a la conclusión de que dicha ley genera consecuencias negativas ante los vacíos legales vulnerando el principio del interés superior del niño.

Palabras clave: autorización notarial; notarios públicos, interés superior del niño; patria potestad; derechos del niño, derecho de la familia.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the negative consequences arising from the impact on the best interests of the child due to the new regulation on notarized travel authorizations, which allows one parent to authorize travel under exceptional circumstances. These exceptional cases lack effective control parameters and include: (i) the presence of illnesses or treatments requiring medical care, supported by medical reports; (ii) when the child or adolescent must study abroad, whether for a student exchange program or a scholarship; and (iii) participation in academic or sports Olympiads. These exceptions lead to legal loopholes and pose risks of unjustified restrictions on parental authority (*patria potestad*), which is a right and duty shared by both parents. However, restoring or reclaiming this authority requires intervention by a specialized judge through lengthy and burdensome legal proceedings. Consequently, the main objective of this study is to assess the recent amendment to the

travel authorization regulation. Secondary objectives include identifying the negative consequences of the amendment and proposing specific limits or documentation requirements to safeguard the best interests of the child. The paper concludes that this legislation produces adverse effects due to legal gaps that undermine the principle of the best interests of the child.

Key words: notarized authorization; notaries public; best interests of the child; parental authority; children's rights; family law.

RESUMO

O presente artigo pretende visibilizar as consequências negativas diante da afetação ao interesse superior das crianças devido à nova regulamentação de autorização de viagem notarial a partir da incorporação de supostos excepcionais, por parte de um único progenitor, uma vez que tais supostos carecem de parâmetros de controle eficiente. Esses se materializam em três supostos; primeiro, existência de doenças ou tratamentos que requerem atenção médica, apresentando laudos médicos; segundo, quando a criança ou o adolescente tiver que estudar no exterior, seja por intercâmbio estudantil ou bolsa de estudos; terceiro, em caso de participação em olimpíadas esportivas ou acadêmicas. Supostos excepcionais que conduzem a vazios legais, assim como também perigo diante da restrição indevida do poder familiar que é um dever e um direito pertencente a ambos os pais, no entanto, para exigir a restituição ou recuperação, requer-se a intervenção do juiz especializado, através de processos judiciais complicados e extensos. Em consequência, o objetivo principal é avaliar a nova modificação da autorização de viagem; além disso, tem-se como objetivos secundários: determinar as consequências negativas que implica a nova modificação e propor limites ou parâmetros especiais com documentação devida para salvaguardar o princípio do interesse superior da criança. Finalmente, chega-se à conclusão de que tal lei gera consequências negativas diante dos vazios legais, vulnerando o princípio do interesse superior da criança.

Palavras-chave: autorização notarial; tabeliães, interesse superior da criança; poder familiar; direitos da criança, direito da família.

Recibido: 4/3/2025

Revisado: 8/4/2025

Aceptado: 19/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

La autorización de viaje de menor en vía notarial ha sido una forma de agilizar los procesos judiciales al permitir que los notarios puedan otorgar permisos en materia no contenciosa según la Ley n.º 26662: Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, publicada el 20 septiembre de 1996, debido a la excesiva carga procesal de los jueces, y la lentitud del sistema judicial, por lo que la intervención de los notarios ha sido de gran utilidad. En ese sentido, el 21 julio de 2000, se implementó la Ley n.º 27337, que aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, en el capítulo VIII, la autorización notarial.

Antes de la vigencia de la Ley n.º 32191, que fue promulgada el 13 diciembre de 2024, se sostuvo que los notarios otorgaban el permiso de salida del país a los niños o adolescentes ya sea solos o acompañados por uno de sus padres, siempre y cuando manifiesten su conformidad con certificación notarial o, en su defecto, en caso de fallecimiento de uno de ellos o si es que los hijos fueran reconocidos por uno de sus padres; solamente se necesitaba el consentimiento del padre sobreviviente, por lo tanto, para efectos de probanza, se dejaba constancia de la partida de defunción o de nacimiento.

No obstante, algunos estudios revelaron problemas respecto al control migratorio frente a este tipo de autorización, tal es el caso de la tesis de Álvarez (2015, p. 11), quien señaló como objetivo general determinar si la regulación de este permiso en el Código de los Niños y Adolescentes para la salida al extranjero dificulta el viaje de niños y adolescentes. Este autor sostuvo como conclusión principal que la incertidumbre de la

regulación del permiso consular en el Código de los Niños y Adolescentes les obstruye el viaje, además restringe el ejercicio del derecho al libre tránsito. Siguiendo la misma línea, la tesis de Manrique (2019) advirtió como objetivo general «determinar de qué manera influye la [solicitud] de la autorización de viaje notarial en el control de migraciones de menores en el Centro Binacional de Atención Fronteriza, Tumbes, 2017» (p. vii), y señaló como conclusión que el personal de migraciones necesita tener conocimiento de los procesos, los lineamientos y los procedimientos con la finalidad de aprobar y otorgar viabilidad para la salida del país.

De lo expuesto, se evidenció que si bien es cierto que el Código de los Niños y Adolescentes permite que los notarios autoricen el viaje, el personal de migraciones no estaba capacitado para atender dichas solicitudes, a pesar de contar con certificación notarial, problema que se pudo resolver posteriormente.

Con la dación de la modificación del artículo 111 de dicho código, por un lado, se extiende la competencia notarial, pero por el otro lado se generan diversas interpretaciones, así como también vacíos como por ejemplo qué sucedería si las constancias médicas o de otro tipo, sean simuladas o falsificadas, causaran la restricción indebida de la patria potestad, y para exigir su recuperación se requiriera la utilización de la vía judicial, cuyo procedimiento es engorroso y extenso. En consecuencia, el objetivo principal es evaluar la nueva modificación de la autorización de viaje; asimismo, se tiene como objetivos secundarios: determinar las consecuencias negativas que implica la nueva modificación, y proponer límites o parámetros especiales con documentación debida para salvaguardar el principio del interés superior del niño. Adicionalmente, el método jurídico utilizado parte de un enfoque dogmático-normativo porque se concibe el problema de índole legal por el derecho positivo. En ese sentido, este artículo se justifica al indagar que en la literatura jurídica nacional no existen estudios actuales que se dediquen a revisar y analizar este problema ni tampoco jurisprudencia relevante respecto a que la función notarial se traslada a la vía jurisdiccional porque el legislador, para seguir aliviando la carga procesal de los jueces, no ha observado las consecuencias positivas que pueden ocurrir en el futuro,

pues actualmente los notarios se rehúsan a aplicar esta nueva ley por el temor de ser denunciados posteriormente.

Por último, dentro del artículo se analizará la función del notario, así como también se indagará sobre la autorización notarial, para luego estudiar el principio del interés superior del niño. Una vez analizados los conceptos preliminares, se investigará la problemática que surge de la Ley n.º 32191, para finalmente realizar las conclusiones respectivas.

2. EL ROL DEL NOTARIO EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS Y LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL

El origen, las funciones y las características del notario público son desconocidas para la mayoría de las personas, independientemente de que cada día se han visto en la obligación de asistir a una notaría para celebrar determinados actos que requieren la exigencia de ciertos requisitos establecidos por la norma jurídica (Franco y Wilches, 2008, p. 225).

Desde el surgimiento de la escritura, se designó a una persona que supiese escribir para que cumpla algunas atribuciones de carácter religioso, contable, administrativo y tributario. Se le llamó escriba. Este podría ser el antecedente de lo que actualmente se conoce como notario. El escribano formaba parte del Estado, no se trataba de un particular que realizara esas funciones, como lo es hoy el notario en la mayoría de los países. A estos funcionarios en Roma se les conocía como los *scribae*, los *tabularii*, los *numerarii*, los *notarii* y los epistolares, entre otros nombres. Al ser parte del Estado no contaban con autonomía en sus atribuciones. Posteriormente, surge el *tabelión* romano, este sí era una persona privada que no formaba parte del Estado, se le encargaba que cuide, guarde y elabore documentos que celebraban las partes. Esto originó que se establezca una regulación con el fin de determinar las funciones y las atribuciones que tenía. Esta figura del *tabelión* es considerada como el notario en la actualidad. En la Edad Media, bajo el reinado del emperador León VI, el Sabio o el Filósofo, se elaboró el *Basilicorum Libri*, conocido como el Libro del Perfecto, y se precisaron de manera más detallada los requisitos para que pueda ser nombrado, sus facultades y la creación del Colegio de Notarios. Con el nacimiento de los

glosadores, la función y la existencia del notariado evolucionó cada vez más. Es decir, la función del notario se debe a que puedan satisfacer las relaciones jurídicas entre los particulares y de esa manera dar fe de los actos que se realizan en su presencia (Franco y Wilches, 2008, p. 227).

Con el transcurso del tiempo a los notarios no solo se les ha concedido la función de dar fe de los actos jurídicos que se realicen en su presencia; a fin de cooperar con la administración de justicia, se les ha otorgado una función de jurisdicción voluntaria y otros trámites (Franco y Wilches, 2008, p. 229).

Los jueces resuelven un conflicto ya surgido, lo hacen dentro del proceso; los notarios participan antes con el fin de que no surja el conflicto, lo hacen fuera del proceso, como una manera de prevenir los litigios. Los primeros son patólogos, y realizan terapia; los segundos hacen limpieza; entre esos dos se ubican los abogados. «Cuanto más notario, tanto menos juez» (Carnelutti, citado por Caro, 1980, p. 230).

La función del notario en la jurisdicción voluntaria

no implica ese choque de pretensiones, y se trata tan solo de pronunciamientos que competen a los funcionarios del órgano jurisdiccional, pero sin que exista controversia. No existen partes demandante y demandada, ya que por la índole de los asuntos que se tramitan en esas actuaciones solo se puede hacer hablar de interesados. Se dice, igualmente, que en la jurisdicción voluntaria se busca un pronunciamiento del juez con efectos jurídicos para los interesados. [La sentencia no constituye cosa juzgada, el demandado acude de manera voluntaria].

En la jurisdicción voluntaria el juez cumple una función sustancial idéntica a la que cumple el notario u otro oficial público cuando autoriza un acto público, traducido a signos gráficos la voluntad privada que las partes declaran [...] Y de todo ello se infiere que la jurisdicción voluntaria es propiamente actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales. (López, 1997, pp. 99-100)

Los sujetos que intervienen

solicitan la fe pública notarial, [y] automáticamente adoptan la denominación de otorgantes o requirentes, o en un sentido más global como comparecientes.

[...]

Además hay que recordar que los comparecientes son siempre los que intervienen en el otorgamiento de la Escritura con independencia de que sean partes o no [pues quienes comparecen pueden hacerlo por sí mismos y por medio de un poder].

[...]

En relación con [...] los sujetos que demandan el servicio jurídico, puede puntualizarse que en el ámbito notarial se admite la comparecencia por sí y la comparecencia por representación, sin objeción de clase alguna [...]. (Pérez y Cobas, 2013, pp. 656-657)

Cuando se presenta conflicto de intereses no es recomendable acudir al notario para que arregle la controversia, aunque pueda hacerlo, esa no es su misión. La misión del notario, por ley o por tradición, no es la de mediar o conciliar intereses, pero sí encaminarlos y ponderar de manera justa y equitativa. Por el contrario, la jurisdicción voluntaria está regulada dentro de lo judicial, pero para temas en los que no exista contienda. Esta es una de las diferencias de orden doctrinal más desarrollada por los estudiosos del tema, puesto que se dirige a reconocer y promocionar actos que adolezcan de controversia; es aquella que nace para hacer constar determinados hechos o la realización de actos que tienen que generar consecuencias jurídicas sin que causen perjuicio a otras personas. El carecer de conflicto es la base de la jurisdicción voluntaria. De otro lado, la jurisdicción voluntaria no emite sentencias que adquieran la calidad de cosa juzgada. Por ello, es considerada como un mecanismo autónomo para dar eficacia al derecho privado. Es cierto que debido a la confianza de los operadores jurídicos, se ha permitido que el juez comparta con otros agentes las atribuciones que le eran exclusivas. Es decir, se permite a jueces, secretarios judiciales, notarios, registradores u otros funcionarios designados administrar expedientes de

jurisdicción voluntaria (sobre ello se expondrá más adelante). La función de los notarios es personal, cada uno en su notaría se hace responsable de su protocolo: deben conservarse y cuidarse los documentos (se protegen del tiempo, tienen fuerza y valor probatorio), estos se consideran públicos (Pérez y Cobas, 2013, p. 665).

Desde la perspectiva más general, los notarios, en el ejercicio de sus atribuciones, dentro de los requisitos exigidos por ley y dentro de sus competencias, expiden, autorizan, autentican, es decir, dan fe de los documentos, dado que «el notario describe un hecho que se considera cierto y verdadero» (Gonzales, 2015, p. 252). Siguiendo la misma línea, se tiene que «ante el hecho, el notario tiene como misión la autenticación, es decir, la de dar fe de lo que ve, oye o percibe con sus sentidos» (Vallet de Goytisoló, 1984, p. 313).

Los notarios en el ejercicio de sus funciones deben actuar respetando la Constitución, es decir, desde el enfoque constitucional, ya que se encuentran autorizados a dar fe de los actos jurídicos, asegurar la legalidad, la verdad y la autenticidad de los instrumentos públicos que formalizan, generar seguridad jurídica por medio de la fe pública que otorgan, respetar la autonomía privada de las partes asegurando que se trata de actos válidos y ejecutables, tienen el deber de ser custodios de la información que se les brinda respetando la confidencialidad, la privacidad y la protección de datos (Arias, 2021, pp. 175-ss.; Baldeón, 2020, pp. 219-ss.).

Es así como los notarios dividen sus instrumentos públicos en dos tipos: protocolares y extraprotocolares. Respecto a los primeros, se documentan en el archivo del notario, en orden cronológico, enumerado y debidamente foliado. El notario debe cuidarlos y conservarlos en buen estado. Estos son documentos públicos. Ejemplo, las escrituras públicas. Y, sobre los segundos, son redactados por un particular en un documento privado y se consigna una constancia o certificado notarial relacionado con el ámbito de la fe pública (legitimación de una fotocopia o de una firma). No se guardan en los archivos del notario, por ende, no los debe conservar ni cuidar. Ejemplo: «las actas y demás certificaciones que se sobreponen al documento, y que no se conservan en el protocolo» (Gonzales, 2015, p. 253).

Ahora bien, es necesario acotar que existen diferencias entre escrituras públicas y actas. La escritura pública se refiere a cuando el notario transcribe declaraciones de voluntad por las cuales las partes celebran un determinado acto jurídico. Se debe identificar a las partes, verificar que cuenten con capacidad de ejercicio, que actúen de manera libre, consciente y con voluntad. En cambio, mediante un acta se deja constancia de un hecho real que ha sido constatado por el notario, es decir, es considerado como un documento extraprotocolar (Gonzales, 2015, p. 254).

Las autorizaciones de viaje son actas extraprotocolares expedidas por el notario. Se puede afirmar que se trata de permitir a alguien que realice algún comportamiento o acción; en ese sentido, se faculta a algunos de los padres que, bajo su custodia, puedan viajar con el niño o adolescente al extranjero o dentro del país (Shinno, 2023, p. 348).

Este procedimiento requiere el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del Notariado, así como en la de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, cuya finalidad es que se obtenga la «*Certificación Notarial* para el permiso de viajes ya sea dentro o fuera del país» (Balarezo, 2019, p. 32). Es un documento legal que es solicitado cuando el niño viaja fuera o dentro del país. La finalidad es proteger el bienestar y los derechos de los niños, con el fin de asegurar que la salida del país sea legal, segura y con el asentimiento de los padres. Todo esto es con el propósito de evitar cualquier secuestro, tráfico de menores o cualquier circunstancia que ponga en peligro la vida y la integridad de ellos (Quichimbo y Rodríguez, 2023, p. 550).

3. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL

En cuanto a los antecedentes históricos, de acuerdo con Morales (2017):

se ha podido establecer que [recién con] la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989, se introduce un nuevo status jurídico [*sic*] de la infancia y adolescencia, en la antigüedad los derechos de los [niños y adolescentes] no gozaban de una protección real, un ejemplo lo constituye Roma, donde (...)

la patria potestad daba un poder tal al padre que este podía disponer de la vida y futuro de sus hijos, incluso podía decidir si les aceptaba o no como tales.

[Posteriormente, ello fue superado y] como consecuencia se empieza a incentivar el interés por los derechos de los niños, ubicándose su génesis en el Derecho anglosajón y francés. (p. 33)

Asimismo, Aguilar (2018, p. 64) señala que cualquier medida, acción, plan, que gire en torno al niño y al adolescente, debe considerarse en primer lugar, es decir, lo más conveniente para él, a fin de beneficiar su formación; dicho de otro modo, cuando existan varios intereses se preferirá y priorizará el interés del niño y el adolescente para garantizar la supervivencia, el desarrollo y así brindar protección. En consecuencia, cualquier política y acción que se aplique debe ser favorable para este. También se refiere a la exigencia de celeridad en su aplicación con la finalidad de asegurar la decisión futura de los niños (Macedo, 2021, p. 66).

De lo expuesto:

constituye como un principio vinculante para todos aquellos que pretendan tomar decisiones respecto a circunstancias en las que deban resolverse conflictos que afecten a niños, niñas o adolescentes. En ese sentido, se consagra como un principio inspirador, que sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del niño; lo que implica que, este principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

[...]

Por lo tanto, corresponderá a los Estados velar en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier conflicto en la [sic] que se vea involucrado, y también tener la atención prioritaria al interés superior del niño para que sea una consideración primordial. (Shinno, 2023, p. 356)

El interés superior del niño es la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral; expresado de otro modo, es la base para la interpretación y la aplicación de la normativa para los niños y los adolescentes.

En ese orden de ideas, establece que ante algún menoscabo frente al supuesto interés de un adulto sobre el del niño, prevalece el de este último:

esto se da por la necesidad de defender los derechos de quien no puede ejercerlos personalmente por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante alguna lesión a sus derechos; de esa forma, el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, niña y del adolescente, principio asignado de fuerza normativa, que, en la presente unidad de análisis debe ser concebido como punto de interpretación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento legislativo, este principio se encuentra establecido en el artículo 3, inciso 1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño del año 1989. Asimismo, encuentra su regulación en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, donde señala la protección especial a niños y adolescentes, y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

En resumidas cuentas, este principio busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, que estos sean satisfechos plenamente por los niños y los adolescentes, y que coadyuven al crecimiento de su personalidad. Busca la plena satisfacción de sus derechos (Estrada, 2015, p. 162).

Según Ravetllat Ballesté y Pinochet Olave (2015), citados por Mondaca Miranda y Astullido Meza (2020, p. 906), puede entenderse como una «cláusula general», es una noción indeterminada, es decir, se considera un concepto indeterminado, para que sea efectivo remite al sujeto con el momento en que debe aplicarse la norma.

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, acorde con el Expediente n.º 02079-2009-PHC/TC, interpreta los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente como el presupuesto de interpretación constitucional que en su fundamento trece ha señalado:

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.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia n.º 021322008-PA/TC, precisó que este principio encuentra su contenido constitucional en el artículo 4 de la norma fundamental en cuanto establece que «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente» (Pleno. Sentencia 351/2023, considerando 16).

4. LEY N.º 32191: MODIFICACIÓN A LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL

El 13 diciembre de 2024 se promulgó la Ley n.º 32191 con la finalidad de extender la potestad de los notarios en autorizar el viaje de todo niño o adolescente fuera del país por uno de sus padres, sin requerir el consentimiento del otro, en los siguientes supuestos:

4.1. Enfermedad

A título ilustrativo, este supuesto se encuentra vinculado con el derecho a la salud que, según Carrazana (2002, p. 1), no solamente engloba estar bien físicamente, es decir, la ausencia de enfermedades, sino que es el resultado de un complemento en el cual interactúan los aspectos sociales, políticos, biológicos que permiten el desarrollo de las capacidades humanas como un ser social e individual. En suma, se parte por entender que la salud es el conjunto de todos los aspectos que involucran al ser humano.

Siguiendo en la misma línea, Chanamé (2023, p. 249) refiere que el derecho a la salud abarca libertades y derechos. Respecto del primero, se tiene la libertad sexual, derecho a no padecer enfermedades, a no ser sometido a torturas; sobre lo segundo, se encuentra el sistema de protección de la salud para que todas las personas gocen el nivel más alto de salud. Por lo tanto, el Estado peruano tiene el deber de brindar un sistema de protección de salud para todos.

Del mismo modo, Medina (2018a, p. 180) señala que la salud es considerada un elemento importante para que niños y adolescentes gocen de una vida sana y sin riesgos; por ende, no se puede concebir la idea de que la salud es un concepto cerrado al encasillarlo al aspecto físico, dado que contempla diferentes conductas con las cuales el ser humano se desarrolla en distintos ambientes, como el personal, el familiar, etc.

La Observación General n.º 15 (2013, p. 8) refleja que todo niño y adolescente tiene derecho a acceder a los servicios sanitarios de calidad para la rehabilitación en caso de enfermedades. Entonces, cuando se trata de sanidad primaria, se debe ofrecer servicios suficientes que sean alcanzables para la población infantil; por ende, los programas deben tener iniciativas eficaces para el tratamiento de todo tipo de enfermedades.

De lo expuesto, el derecho de salud se manifiesta de diversas maneras que involucran el desarrollo emocional del niño y el adolescente, es por ello que los notarios públicos, en aplicación del principio del interés superior del niño, autorizan el viaje.

No obstante, la Ley n.º 32191 exhorta a que los notarios autoricen el viaje basándose en el consentimiento de uno de los padres, cuando existan enfermedades de índole crónica, que se rehúse al tratamiento o este sea insuficiente en el territorio peruano. Para ello, se debe presentar, ante cualquier notaría, el informe emitido por el médico tratante, independientemente de si labora en una institución pública o privada; debe detallarse la complejidad de la enfermedad, el pronóstico del tratamiento, además de presentar el historial clínico y los exámenes realizados. Cabe resaltar que dicho informe deberá señalar la calidad de la emergencia y encontrarse debidamente firmado por el médico y el jefe del servicio.

4.2. Estudios en el extranjero

Desde la perspectiva más general, este supuesto se colige del derecho a la educación que, de conformidad con Wong (2018, p. 158), establece como un derecho fundamental para el desarrollo integral de todo niño y adolescente que no solo implica a la enseñanza que brindan los profesores en instituciones públicas o privadas, sino aquella que parte del hogar, donde los padres inculcan a sus hijos valores, principios y costumbres. Por lo tanto, es deber del Estado garantizar una educación gratuita a todo aquel que tenga limitaciones económicas, es por ello que se proponen planes, políticas y acciones que toman en cuenta el interés superior del niño con el propósito de que accedan a una educación de calidad.

De la misma forma, Bermúdez (2018, p. 163) sostiene que la educación es una garantía de índole social para que la persona pueda realizarse, vale decir, forjar su identidad personal y cultural con la finalidad de que en el futuro pueda lograr el pleno ejercicio de la ciudadanía; por ende, no solo abarca el interés individual, sino que trasciende a la sociedad en general.

La Observación General n.º 1 (2001, p. 2) sustenta que la educación permite preparar al niño para la vida cotidiana, sobre todo fortalecer la capacidad de disfrutar de todos sus derechos y promover los valores. Es así como el objetivo es habilitar al niño para que desarrolle su aprendizaje, sus aptitudes, su dignidad, su autoestima y su confianza en sí mismo; en consecuencia, la educación no se encierra en la escolarización, sino que engloba varios aspectos vitales y procesos de aprendizaje con la finalidad de que el niño desarrolle su personalidad.

Ahora bien, trasladándose a la Ley n.º 32191, el notario podrá autorizar el viaje al exterior con el consentimiento de uno de los padres cuando sea materia de estudios, ya sea para participar en un programa de intercambio estudiantil o si ha postulado a una beca completa de estudios, por lo que se debe presentar la constancia de admisión o matrícula del centro educativo, además, el tiempo de duración y la malla curricular.

4.3. Olimpiadas académicas o deportivas

Este supuesto se encuentra relacionado con el derecho al deporte. En palabras de Medina (2018b, p. 178), tanto el deporte, la cultura y la recreación son pilares que sostienen el desarrollo holístico del niño y el adolescente, ya que reconoce su propia identidad, motivo por el cual «el deporte le va dando templanza y fortaleza y le permite asimilar derrotas y los triunfos; cualquier deporte tiene ese objetivo, es decir, el Estado debe promover la diversidad deportiva para atender las variopintas necesidades e intereses» (Medina, 2018b, p. 179).

La Observación General n.º 17 (2013, p. 5) advierte que el deporte se encuentra vinculado con las actividades recreativas que involucran la participación en música, arte, clubes, deportes, entre otros, porque son experiencias que han sido elegidas de manera voluntaria por el niño con el propósito de satisfacer sus necesidades.

De otro lado, trasladándose a la Ley n.º 32191, infiere que los notarios pueden autorizar el viaje al exterior, con el consentimiento de uno de los padres, cuando el niño o el adolescente represente al país para participar en olimpiadas académicas o competencias deportivas. Para que sea efectivo, se deben presentar documentos que acrediten la

representación o invitación a dicha competencia, validada por el área académica o deportiva, así como también el tiempo y el lugar donde se desarrollará.

En el penúltimo párrafo de dicha ley, se señala que en caso de disenso de uno de los padres, se resolverá en la vía judicial según lo dispuesto en el artículo 112 del presente código; sin embargo, se ha observado que estos supuestos presentan vacíos legales, los cuales se desarrollarán a continuación.

Antes de ingresar a las consecuencias negativas que se han encontrado, es necesario recalcar los efectos positivos de la reforma:

- Descongestión judicial: alivio a la carga procesal que ostentan los jueces especializados, ya que los notarios tienen la potestad de pronunciarse en asuntos no contenciosos.
- Celeridad en los trámites: los notarios, al asumir esta carga, resuelven lo más pronto posible, dentro de dos meses de presentada la solicitud.
- Protección de derechos de los niños y los adolescentes: los notarios, al resolver de manera rápida, permiten que los derechos de libre tránsito, recreación y juego se efectivicen, ante la urgencia del trámite, principalmente si se está ante casos de salud o representación internacional.

5. CONSECUENCIAS NEGATIVAS EN TORNO A LA LEY N.º 32191

Se ha observado que esta ley genera consecuencias negativas, dado que el último párrafo del artículo 111 del presente código señala que, en caso de discrepancia, se deberá recurrir a lo referido en el artículo 112, es decir, a la autorización de viaje en vía judicial en la que el juez especializado de familia, a través del proceso no contencioso, es competente. Sin embargo, genera incertidumbre por lo siguiente:

- En caso de enfermedad, actividades deportivas o estudios académicos realizados en el extranjero, si uno de los padres autoriza el viaje, y presenta los documentos que señala la ley, pero el otro progenitor manifiesta su disconformidad, la pregunta que surge

es ¿en caso de discrepancia se debe discutir en la vía judicial aplicando el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes, tal y como precisa el penúltimo párrafo de dicha ley?

- La ley señala, en los supuestos mencionados, la frase: «puede ser autorizado por uno de los padres», lo que genera diversas interpretaciones, pues cabe la posibilidad de discrepancia entre los padres, para luego resolverlo en la vía judicial; por lo tanto, se indica que se debe modificar dicha frase para evitar conflictos en la interpretación.

A continuación, se va a disgregar en otras contradicciones en torno a la modificación de la autorización notarial que se desarrollará en los siguientes acápite.

5.1. Restricción a la patria potestad

Para comenzar, es necesario indagar sobre el contenido de la patria potestad con el objetivo de establecer en qué casos se puede restringir de manera indebida.

La patria potestad consiste en aquel conjunto de obligaciones, derechos y deberes que tienen la madre y el padre para cuidar íntegramente de la persona, así como de los bienes de sus hijos, cuya finalidad es protegerlos y formarlos desde antes de nacer hasta que alcancen los dieciocho años, o excepcionalmente cuando se encuentren incursos en lo indicado por los incisos del artículo 46 del Código Civil.

Empleando las palabras de Santos (2021, p. 520), los deberes y los derechos de la patria potestad no solo corresponden a los padres, sino también a los hijos, en dos dimensiones: respecto de los padres, buscan el desarrollo y el crecimiento de sus hijos; en cuanto a los hijos, estos perciben el apoyo, el sustento, el amparo, la protección, la educación, entre otros. Asimismo, también a los hijos les corresponde el respeto hacia sus padres.

En ese sentido, los dos progenitores asumen el derecho de proteger, cuidar y velar por sus hijos, tanto en su cuidado personal como al representarlos en los actos que realicen y en la administración de sus bienes. De esta manera, el niño y el adolescente se desarrollarán en lo físico,

psicológico, moral y social, etc., además, implica el ejercicio conjunto de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos, como lo regula el artículo 419 del Código Civil cuando medie el matrimonio. Sin embargo, en caso de separación o disolución del vínculo matrimonial, uno de ellos mantiene la vigencia, mientras que el otro queda suspendido de la patria potestad, de acuerdo con el artículo 420 del código sustantivo; y, en caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad recae en ambos progenitores que hayan reconocido al hijo o sino en el progenitor que lo reconoció, tal y como lo dispone el artículo 421 de dicho código. No obstante, si uno de ellos queda suspendido de la patria potestad, el otro tendrá el derecho a las visitas, dado que el artículo 422 permite el desarrollo de las relaciones personales respecto de sus hijos.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca la función protectora de la patria potestad al establecer que se ejerce en beneficio de los hijos, es decir, en principio ambos padres asumen la obligación común respecto al desarrollo, la educación y la formación de sus hijos, y se especifica que la preocupación principal es el interés superior del niño.

En el ámbito nacional, se puede comprobar que la patria potestad se encuentra establecida en el artículo 418 del Código Civil, allí se señala que son los padres quienes tienen el deber y el derecho de cuidar a sus hijos y también de administrar sus bienes.

Ahora bien, siguiendo con el contenido de la patria potestad, puede decaer y culminar de manera definitiva, ya sea por actos naturales cuando el adolescente cumple la mayoría de edad o por muerte de uno de los padres o del hijo. Así como también culmina por actos que realizan los progenitores en agravio de sus hijos, dichos actos se encuentran regulados en el artículo 461 del Código Civil, en concordancia con el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes; de igual modo en casos como haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de los hijos, abandono de hogar, o ser reincidente en los actos cometidos.

Es menester indicar que el Código de los Niños y Adolescentes engloba todas las causales de privación y suspensión en una sola categoría denominada: «suspensión de la patria potestad», donde los padres, los ascendientes, los hermanos o cualquier persona que tenga legítimo interés

puede solicitar la pérdida o la suspensión, según lo dispuesto en el artículo 79 del mismo código. El trámite se realiza ante el juez especializado de familia en proceso único donde el fiscal de familia interviene, puesto que tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y las garantías del niño y del adolescente y defender a la familia. En conclusión, si uno de los padres o ambos se encuentran suspendidos de la patria potestad o se hubiera privado de esta, no significa que van a desatenderse de sus obligaciones paterno-filiales, de conformidad con el artículo 470 del Código Civil.

Por último, el artículo 471 del Código Civil establece que, en caso de suspensión o privación de la patria potestad de los padres, pueden solicitar la restitución cuando cesen las causas que la determinaron. Para ello se requiere ante el juez de familia en el proceso único una vez que hayan transcurrido tres años de cumplida la sentencia correspondiente; no obstante, el juez podrá restituir la patria potestad total o parcial, privilegiando el principio del interés superior del niño. Por otro lado, en caso de pérdida de la patria potestad si el padre o la madre ha sido condenado por delitos dolosos, no podrán solicitar la restitución, ya que se han cometido delitos en agravio de los hijos; nuevamente se prioriza el principio del interés superior del niño.

Una vez analizado el contenido de la patria potestad y trasladándose a la modificación de la autorización notarial, se pueden generar restricciones en los siguientes supuestos:

- Cuando uno de los padres presente toda la documentación requerida al notario para autorizar el viaje del niño o el adolescente al exterior, en caso de enfermedad, puede suceder que esta sea falsificada, es decir, que las firmas sean falsas o que el médico no es el tratante sino un externo a quien se le ha pagado para obtener su firma.
- En el caso de estudios en el extranjero, los requisitos que apunta esta ley no son consistentes, ya que solo se exige la presentación de la constancia de admisión o matrícula del centro de estudios, en vez de requerir una carta oficial de la propia institución con firma y sello originales aceptando la admisión del niño o el adolescente, el recibo de pago, entre otros documentos fehacientes.

- En el caso de que el niño o el adolescente requiera viajar al exterior para participar en olimpiadas o competencias deportivas, la documentación presentada puede ser falsificada, no solo la firma, sino también el sello del sector académico.

En suma, habrá restricción a la patria potestad cuando no se ajusta a lo dispuesto por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, dado que estos cuerpos normativos establecen incisos taxativos para los casos de suspensión, pérdida y privación de la patria potestad. Por ello la restricción que se está analizando es indebida, pues uno de los padres, para que el notario autorice la salida al extranjero del niño o el adolescente, presenta documentos falsificados con el objetivo de residir en el país extranjero, sin el conocimiento y la manifestación de voluntad del otro progenitor. En ese sentido, para solicitar la recuperación de la patria potestad, se debe acudir a la vía judicial, proceso que puede ser engorroso y demorar años. Siguiendo la misma línea, no existe un reglamento donde se fijen parámetros o garantías suficientes para evitar el traslado o la retención ilícita, por lo que el decano del Colegio de Notarios de Lima, Edgardo Hopkins Torres, en su informe de gestión (2024, p. 22) señaló como principal problema de la ley la afectación del ejercicio de la patria potestad del padre o la madre que no intervino en la autorización notarial, que corresponde a ambos padres. Tampoco se considera si ambos ejercen la patria potestad o si solo uno de los padres cuenta con la tenencia. Es decir, regula de la misma manera supuestos desiguales. Por lo tanto, carece de un procedimiento que permita escuchar, cuando corresponda, la opinión del niño o el adolescente. Además, se otorga la potestad legal de autorizar el viaje al exterior sin contar con la opinión del otro padre, desnaturalizando la función notarial —no lo corresponden procesos donde existe actividad probatoria—, pues dicho rol le debe corresponder a los jueces. Al respecto, el Congreso ha hecho caso omiso a las observaciones sustentadas en el debate parlamentario; es por ello que se exige su modificación o su derogación, ya que no solo perjudica el interés superior del niño, sino que desprotege a los notarios ante las denuncias que puedan recibir en su contra.

5.2. Vulneración al principio del interés superior del niño

Ahora bien, otro problema que se suscita a raíz de la modificación de la autorización notarial es cómo se vulnera el principio del interés superior del niño, ya que el objetivo es garantizar el efectivo y pleno disfrute de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo integral del niño, es decir, implica el desarrollo físico, moral, espiritual, psicológico, mental y social de este; no obstante, existen peligros o riesgos que pueden menoscabar este principio, los cuales serán analizados en párrafos posteriores.

Es importante mencionar que la Observación General n.º 14 (2013, p. 4), aprobada por el Comité, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: en primer lugar, es un derecho sustantivo porque es tomado como una consideración primordial al momento de ponderar intereses diferentes para la toma de decisiones, donde se priorizará el interés superior del niño; en segundo lugar, es un principio interpretativo porque en caso de que una norma jurídica contemple diferentes interpretaciones, se elegirá aquella que satisfaga de forma efectiva este interés; y, en tercer lugar, es una norma de procedimiento, pues a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, independientemente de la situación en que se encuentren, el proceso de toma de decisiones deberá incluir una estimación de posibles consecuencias respecto de la decisión en estos.

Siguiendo la misma línea, en el año 2016 se promulgó la Ley n.º 30466, que establece límites y garantías procesales para considerar primordialmente el interés superior del niño, el artículo 2 reconoce que es un principio, un derecho y una norma de procedimiento, tomando como referencia esta observación general en cuanto a las garantías y los parámetros procesales. De otro lado, se promulgó el reglamento de esta ley, que reconoce planes, diseño de políticas públicas y medidas legislativas para asegurar los derechos de los niños y los adolescentes.

En consecuencia, trasladándose a la autorización notarial, en el reglamento de la Ley n.º 30466, el artículo 9, inciso 4, dispone que las entidades públicas y privadas tienen el deber de garantizar el bienestar de ellos, así como evaluar su seguridad y su integridad. No obstante, los notarios públicos se rehúsan a hacer efectiva la Ley n.º 32191 al

considerarla defectuosa, ya que menoscaba este principio al no brindar protección ni garantías especiales para que el niño o el adolescente pueda retornar a su país de origen y permite que se utilicen pretextos con la finalidad de la comisión de delitos. Adicionalmente, con esta ley no se está evaluando la posibilidad de riesgos y desprotección, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad.

De igual forma, se tiene el artículo 10, inciso 2, que exige a las autoridades o los responsables de la toma de decisiones provenientes de las entidades, dictar medidas que podrán ser revisadas o ajustadas en asuntos concernientes a niños y adolescentes; sin embargo, hasta la fecha no existe reglamento alguno donde se coloquen medidas, planes, garantías o parámetros para evitar los peligros que pueda acarrear esta modificación.

Por todo lo expuesto, ante los vacíos legales y las consecuencias negativas que surgen con la modificación existe vulneración al principio del interés superior del niño, ya que no hay garantías suficientes para que el niño o el adolescente pueda retornar a su país de origen, además se ha hecho caso omiso al reglamento de la Ley n.º 30466.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA EN LA AUTORIZACIÓN DE VIAJE

Siguiendo a Shinno (2025, pp. 113-117), se procederá a desarrollar cómo se encuentra regulada la autorización de viaje en Costa Rica, El Salvador, Colombia, Venezuela y la Unión Europea.

6.1. Costa Rica

Se encuentra vigente desde julio de 2011 el Reglamento para la Aplicación de la Ley General de Migración y Extranjería Ley n.º 8764 a las Personas Menores de Edad. Tiene por finalidad regular la permanencia y el ingreso al país de los niños y los adolescentes. Según el reglamento, la salida del país debe acreditarse por quienes ostenten la patria potestad o la representación judicial o administrativa. También pueden solicitar permisos de manera temporal, que serán concedidos por la Dirección General, con una vigencia de treinta días y pueden utilizarse en varias

oportunidades. Generalmente, estos permisos son tramitados ante la Dirección General de Migración y Extranjería o en sedes regionales. Cuando entre los padres existe conflicto para el permiso y alguno de ellos no permita que el niño o el adolescente salga del país, estos supuestos serán resueltos ante los jueces de familia pertenecientes a la competencia territorial donde se ubica el niño o el adolescente.

6.2. El Salvador

Desde marzo de 2008, se encuentra vigente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto n.º 839, conocida como ley «Lepina». Establece dos clases de permiso de salida: ante el notario y ante el juez. La notarial: cuando los niños y los adolescentes viajen fuera del país deben ir acompañados por uno de sus padres; en tal virtud, se necesita de una autorización por acta notarial o un documento autorizado por el procurador general de la República, cuya validez máxima es de un año. La judicial: para supuestos en que la negación no sea justificada por uno de los padres, el juez de familia, a través de un proceso abreviado, resolverá teniendo en cuenta el material probatorio, respetando sus intereses superiores.

6.3. Colombia

Desde el 6 de diciembre de 1995 rige el Decreto n.º 2150, el cual señala que los niños y los adolescentes nacidos en Colombia solo pueden salir en compañía de sus padres. Existen dos formas para conceder el permiso. Una por medio de una escritura pública en la que los padres autorizarán la salida cuando salga solo o con un tercero. La otra forma, por medio de la vía judicial, para conflictos de autoridad parental cuando uno de los padres no se encuentra conforme con la salida del niño o el adolescente.

6.4. Venezuela

En el año 2000 entró en vigor la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, conocida como LOPNNA, que fue modificada en el 2015. Según el artículo 391 los niños y los adolescentes

pueden trasladarse dentro del país ya sea en compañía de sus representantes, responsables o con sus padres. Respecto a salir del país, el artículo 392 dispone que deberían ir en compañía de ambos o uno de ellos, siempre que cuenten con la autorización en documento auténtico expedido por el otro. El juez podría intervenir en el supuesto de que uno de ellos se niegue a conceder el permiso y resolverá respetando el principio del interés superior de los niños y los adolescentes.

6.5. España y la Unión Europea

Se regula el cruce de las personas por las fronteras de toda la Unión Europea, es decir, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, mediante el Código de Fronteras Schengen. Respecto a los niños y los adolescentes, se regula a la guardia de fronteras, que prestará especial atención a estos cuando viajen de un país en compañía o no de sus padres. Los padres pueden conceder el permiso presentando la autorización a un puesto de guardia. Ese documento se considera válido solo una vez, en tal virtud, cada vez que viajen se debe presentar una nueva autorización.

De lo señalado, se puede advertir que en Latinoamérica como en la Unión Europea las autorizaciones de viaje se tramitan tanto por la vía notarial como en la vía judicial, sobre todo cuando no existe acuerdo entre los padres.

7. LA NUEVA MODIFICACIÓN DE LA LEY N.º 32191

Con la finalidad de evitar los vacíos legales que genera esta ley, se propone modificar la autorización notarial ubicada en el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes de la siguiente manera:

Tabla 1*La Ley n.º 32191 y su propuesta de modificación*

Ley n.º 32191	Propuesta de modificación de la Ley n.º 32191
<p>Artículo 111.- Autorización notarial</p> <p>Para el viaje de niños, niñas o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.</p> <p>En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la del nacimiento correspondiente.</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera atención médica en el extranjero a causa de alguna enfermedad compleja o rara sin tratamiento o con tratamiento insuficiente en el Perú, puede ser autorizado por uno de los padres, quien debe presentar ante el notario el informe emitido por el médico tratante de alguna institución nacional pública o privada en el que se precise la complejidad de la enfermedad y, de ser el caso, el pronóstico del tratamiento, el tratamiento que requiere y el tiempo de duración de este y copia de la historia clínica, así como los exámenes de apoyo del diagnóstico realizados. En el informe médico, debe señalarse el carácter de emergencia de la solicitud, firmada por el médico tratante y por el jefe del servicio de emergencia del centro médico asistencial.</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera autorización para realizar un viaje por estudios al extranjero, puede ser autorizado solo por el padre o la madre en dos supuestos: por participación en un programa de intercambio estudiantil o a razón de la obtención de una beca completa de estudios. En ambos supuestos, se debe prestar ante el notario la constancia de admisión o matrícula del centro de estudios, la cual debe contener el tiempo de duración y la malla curricular.</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera autorización para viajar en representación del país a olimpiadas académicas o competencias deportivas en el extranjero, se deben presentar los documentos que acrediten la representación o la invitación a la competencia o evento internacional validado por el sector académico o deportivo autorizando la representación, así como el tiempo de duración y el lugar en el cual se desarrollará.</p> <p>De existir disenso de uno de los padres, este será tratado de conformidad con el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes.</p> <p>En caso de que el viaje se realice dentro del Perú, bastará la autorización de uno de los padres.</p>	<p>Artículo 111.- Autorización notarial</p> <p>Para el viaje de niños, niñas o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.</p> <p>En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la del nacimiento correspondiente.</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera atención médica en el extranjero a causa de alguna enfermedad compleja o rara sin tratamiento o con tratamiento insuficiente en el Perú, se debe presentar ante el notario el informe emitido por el médico tratante de alguna institución nacional pública o privada en el que se precise la complejidad de la enfermedad, de ser el caso, el pronóstico del tratamiento, el tratamiento que requiere y el tiempo de duración de este y copia de la historia clínica, así como los exámenes de apoyo del diagnóstico realizados. En el informe médico, debe señalarse el carácter de emergencia de la solicitud, firmada por el médico tratante y por el jefe del servicio de emergencia del centro médico asistencial. <i>Este debe ser original, con el sello del médico y ser sometido a peritaje</i> [énfasis añadido].</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera autorización para realizar un viaje por estudios al extranjero, <i>esta puede presentarse</i> en dos supuestos: por participación en un programa de intercambio estudiantil o a razón de la obtención de una beca completa de estudios. En ambos supuestos, se debe prestar ante el notario la constancia de admisión o matrícula del centro de estudios, la cual debe contener el tiempo de duración y la malla curricular. <i>La constancia debe ser original con el sello de la institución y ser sometida a peritaje</i> [énfasis añadido].</p> <p>En caso de que el niño, niña o adolescente requiera autorización para viajar en representación del país a olimpiadas académicas o competencias deportivas en el extranjero, se deben presentar los documentos que acrediten la representación o la invitación a la competencia o evento internacional validado por el sector académico o deportivo autorizando la representación, así como el tiempo de duración y el lugar en el cual se desarrollará. <i>Los documentos deben ser originales con el sello de la institución y sometidos a peritaje</i> [énfasis añadido].</p> <p>De existir disenso de uno de los padres, este será tratado de conformidad con el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes. En caso de que el viaje se realice dentro del Perú, bastará la autorización de uno de los padres.</p>

Con esta propuesta de solución, se evitarán las simulaciones o los fraudes en las pruebas, por lo que se debe establecer de alguna manera que se presenten informes o certificados originales, visados o emitidos por la entidad respectiva. Adicionalmente, debe reglamentarse la ley para colocar mecanismos o parámetros con el objetivo de impedir los peligros que esta ley pueda ocasionar. Ahora bien, ante la exigencia de que los informes presentados sean originales, visados y sometidos a peritaje, se recomienda que los costos del peritaje sean asumidos por el Estado, de esa manera la propuesta tendrá mayor viabilidad.

8. CONCLUSIONES

- Se evaluó la nueva modificación de la autorización de viaje ante los vacíos legales que propicia la afectación al interés superior del niño.
- Se determinaron las consecuencias negativas que implica la nueva modificación a la autorización de viaje notarial, pues deja en desprotección no solo a los niños y los adolescentes, sino también a los notarios.
- Se propusieron límites o parámetros especiales para la modificación de la ley con la finalidad de que se presente la documentación debida y así salvaguardar el principio del interés superior del niño.
- La autorización de viaje de los niños y los adolescentes se realiza con el objetivo de asegurar que su salida del país sea segura, legal y cuente con el asentimiento de los padres.
- A los notarios se les atribuye la función de emitir las autorizaciones de viaje para evitar demoras judiciales.
- La promulgación de la Ley n.º 32191 ha generado la existencia de vacíos legales, consecuencias negativas y varias interpretaciones. Ello ha causado problemas en su aplicación porque vulnera la patria potestad, el derecho del niño a no ser separado de su familia, el derecho a la opinión y a ser oído, por lo que transgrede el interés superior del niño y el adolescente.
- Con la promulgación de la ley se deja sin protección a los notarios, pues se les obliga a asumir roles que pertenecen a la función jurisdiccional, vale decir, deben evaluar documentos obviando la intervención del padre o la madre solicitante.

REFERENCIAS

- Aguilar, B. J. (2018). Interés superior del niño y del adolescente. En Y. Meza (coord.), *Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas* (pp. 61-68). Jurista Editores.
- Álvarez, C. A. (2015). *Implicancias en la falta de regulación jurídica del permiso consular de menores de edad, en el ámbito del complejo fronterizo Santa Rosa, año 2012-2013* [Tesis de maestría, Universidad Privada de Tacna]. Repositorio de la Universidad Privada de Tacna. <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/54/alvarez-fuentes-christian.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arias, O. (2021). La función notarial en las sentencias del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho*, (52), 175-186. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4948>
- Balarezo, E. J. (2019). La ley 30886 y la nueva regulación de la autorización judicial de viaje de menores. *Persona y Familia*, 1(8), 29-39. <https://doi.org/10.33539/perfyfa.2019.n8.1954>
- Baldeón, K. del R. (2020). Transparencia en la función notarial. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 18(26), 217-234. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v18i26.2178>
- Bermúdez, M. (2018). A la educación básica. En Y. Meza (coord.), *Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas* (pp. 161-166). Jurista Editores.
- Caro, J. (1980). *Estatuto notarial colombiano. Derecho comparado*. Temis.
- Carrazana, V. (2002). El concepto de salud mental en psicología humanista-existencial. *Universidad Católica Boliviana*, 1(1), 1-19. <http://www.scielo.org/bo/pdf/rap/v1n1/v1n1a01.pdf>
- Chanamé, R. (2023). *La Constitución peruana comentada. Análisis dogmático y jurisprudencial* (11.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Colegio de Notarios de Lima. (2024). *Informe de gestión 2024*.

- Estrada, F. (2015). Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (8), 155-184.
- Franco, P. y Wilches, R. E. (2008). Asignación de funciones judiciales a los notarios públicos. Caso de la declaración de posesión regular y de la declaratoria de prescripción de vivienda de interés social de la Ley 1.183 de 2008. *Vniversitas*, 57(116), 223-251. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14566>
- Gonzales, G. (2015). Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana del notariado. *Revista IUS*, 9(36), 249-273. <https://doi.org/10.35487/rius.v9i36.2015.102>
- López, H. (1997). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano* (7.^a ed.). Dupré Editores.
- Macedo, J. (2021). El principio de interés superior del niño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos del Niño. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (280), 55-86. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.280-1.79244>
- Manrique, E. (2019). *Cumplimiento de la presentación de autorización de viaje notarial y su influencia en el control migratorio de menores de edad en el Centro Binacional de Atención Fronteriza, Tumbes, 2017* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Repositorio Institucional de la Universidad César Vallejo. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/39068/Manrique_CE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Medina, A. (2018a). A la atención integral de salud. En Y. Meza (coord.), *Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas* (pp. 180-181). Jurista Editores.
- Medina, A. (2018b). A participar en programas culturales deportivos y recreativos. En Y. Meza (coord.), *Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas* (pp. 178-179). Jurista Editores.
- Mondaca, A. y Astudillo, C. (2020). Aplicación del principio del interés superior del niño en las autorizaciones judiciales para salir

al extranjero: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 24 de abril de 2018 (Rol-42.642-2017). *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 27, e4499. <https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0015>

Morales, M. (2017). *El interés superior del niño en el proceso de tenencia* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Universidad Nacional Federico Villarreal Repositorio Institucional. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/1952?show=full>

Pérez, G. M. y Cobas, M. E. (2013). Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la legislación española. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137), 647-677. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200007&lang=es

Quichimbo, Y. N. y Rodríguez, E. del R. (2023). Análisis de la autorización de salida del país frente al derecho de los menores de edad. *Código Científico Revista de Investigación*, 4(E2), 539-560. <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v4/nE2/174>

Santos, G. M. (2021). Noción de patria potestad. En J. Espinoza (ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (t. III, pp. 519-523). Instituto Pacífico.

Shinno, V. E. (2023). Vulneración del principio de celeridad procesal en los procesos de autorización de viaje de menor. *Advocatus*, (043), 347-358. <https://doi.org/10.26439/advocatus2023.n043.6432>

Shinno, V. E. (2025). *La autorización de viaje de menor. Desnaturalización del derecho de contradicción*. Yachay Legal.

Vallet de Goytisolo, J. (1984). La función notarial. *Revista de Derecho Notarial*, (67), 69-85.

Wong, J. J. (2018). A la educación, cultura, deporte y recreación. En Y. Meza (coord.), *Código de los niños y adolescentes comentado por los mejores especialistas* (pp. 157-160). Jurista Editores.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º 02079-2009-PHC/TC (2010). Tribunal Constitucional (9 de septiembre de 2010).

Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. *Diario Oficial El Peruano* (17 de junio de 2016). <https://leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/30466.pdf>

Ley n.º 32191. Ley que modifica el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante la Ley 27337, para incorporar la autorización notarial de viaje de menor de edad por uno de los padres en caso de enfermedad, estudios y olimpiadas académicas o competencias deportivas en el extranjero en representación del país. *Diario Oficial El Peruano* (13 de diciembre de 2024).

Observación General n.º 1 (2001), CRC/GC/2001/1. <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-1-propositos-educacion-2001.pdf>

Observación General n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (2013).

Observación General n.º 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), CRC/CGC/15 (2013). <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-15-derecho-nino-al-disfrute-mas-alto-nivel-posible-de-salud-2013-.pdf>

Observación General n.º 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31). CRC/C/GC/17 (2013).

Pleno. Sentencia 351/2023 (2023). Tribunal Constitucional (29 de agosto de 2023).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Las autoras declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Vanessa Elizabeth Shinno Pereyra: selección de fuentes bibliográficas, análisis e interpretación de datos para el trabajo y aprobación de la versión que se publicará.

Beatriz Angelica Franciskovic Ingunza: selección de fuentes bibliográficas, concepción, redacción del trabajo y aprobación de la versión que se publicará.

Biografía de las autoras

Vanessa Elizabeth Shinno Pereyra es abogada titulada por la Universidad de Lima en el 2012. Maestra en Derecho Civil, con mención en Derecho de Familia, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en el año 2015. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2024. En la actualidad, es miembro de la Comisión Consultiva de los Derechos del Niño y Adolescente por el Colegio de Abogados de Lima. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Investigación Jurídica y el Seminario de Investigación en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Autora de artículos, libros y capítulos de libros en materias de derecho de familia y de investigación.

Beatriz Angelica Franciskovic Ingunza es abogada titulada por la Universidad de San Martín de Porres en 1993. Maestra en Derecho Civil por la Universidad de San Martín de Porres en el año 2017. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2024. Profesora investigadora de la Universidad Científica del Sur. Autora de artículos jurídicos en revistas científicas. Columnista de «Aproximaciones al derecho animal» en el portal Ius 360 de *Ius et Veritas* de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Correspondencia

bfranciskovic@cientifica.edu.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 383-417

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1142>

Inconstitucionalismos en el derecho familiar peruano

Unconstitutional aspects of Peruvian family law

Inconstitucionalismos no direito de família peruano

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO
Universidad Tecnológica del Perú
(Trujillo, Perú)
Contacto: c25931@utp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6991-3591>

RESUMEN

El presente trabajo tuvo como finalidad abordar siete instituciones del derecho familiar peruano que necesitan un análisis en torno a su constitucionalismo y permanencia en el ordenamiento jurídico peruano y especialmente en el derecho civil. Entre los principales resultados de esta investigación se determinó la desigualdad de la adhesión del derecho a los apellidos del cónyuge, la igualdad de los padres a la inscripción de sus hijos, la regulación de la familia homoafectiva, el favorecimiento al derecho a la intimidad en el divorcio incausado, la identidad del hijo alimentista, la libertad del régimen patrimonial en las uniones de hecho y la igualdad de protección del concubino en las instituciones de la desheredación y la indignidad. La metodología se abordó desde un enfoque cualitativo-descriptivo a través de la técnica de fichaje documental y como principales conclusiones se determinó la violación de derechos fundamentales que traen consigo estas instituciones del derecho

por no estar reguladas, por mantenerlas vigentes o por no reformarlas y guardar una incongruencia con los principios del derecho de familia.

Palabras clave: libertad; intimidad; dignidad; protección familiar; igualdad.

ABSTRACT

This paper aimed to address seven institutions within Peruvian family law that require analysis in terms of their constitutionality and continued existence within the Peruvian legal system, particularly in civil law. The main findings of this research identified inequality in the adoption of the spouse's surname, equal rights of parents in the registration of their children, regulation of same-sex families, protection of privacy in no-fault divorces, the identity of the child receiving alimony, freedom of property regimes in de facto unions, and equal protection of cohabiting partners in matters of disinheritance and indignity. The methodology was qualitative-descriptive, using documentary analysis, and concluded that these legal institutions violate fundamental rights due to lack of regulation, persistence without reform, or inconsistency with the principles of family law.

Key words: freedom; privacy; dignity; family protection; equality.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo abordar sete instituições do direito de família peruano que necessitam de uma análise em torno do seu constitucionalismo e permanência no ordenamento jurídico peruano e, especialmente, no direito civil. Entre os principais resultados desta investigação, foi determinada a desigualdade na adesão ao direito ao sobrenome do cônjuge, a igualdade dos pais no registro dos filhos, a regulamentação da família homoafetiva, o favorecimento do direito à intimidade no divórcio sem culpa, a identidade do filho alimentado, a liberdade do regime patrimonial nas uniões estáveis e a igualdade de proteção do concubinato nas instituições de deserdação e indignidade.

A metodologia foi abordada a partir de uma perspectiva qualitativa-descriptiva, através da técnica de fichamento documental, e como principais conclusões determinou-se a violação dos direitos fundamentais que estas instituições do direito trazem por não estarem regulamentadas, por serem mantidas em vigor ou por não serem reformadas e por manterem uma incoerência com os princípios do direito da família.

Palavras-chave: liberdade; intimidade; dignidade; proteção familiar; igualdade.

Recibido: 8/2/2025
Aceptado: 5/6/2025

Revisado: 15/5/2025
Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de familia en el mundo es visto como una de las ramas de derecho que se encuentra en constante evolución, más si partimos por el punto de vista de que la familia tiene su génesis en las relaciones humanas y estas deben de manera alguna ser reguladas por el derecho (Salame *et al.*, 2023, p. 630). En ese sentido, en el Perú esta rama del derecho se encuentra regulada principalmente en el Código Civil vigente de 1984 que, a la fecha, cuarenta años después, ha sufrido determinados cambios, modificaciones, adendas y derogatorias en diversas materias, las cuales han generado en algunos tratadistas la llamada «crisis de familia», que no es otra que la adaptación a nuevos cambios en la misma área que motivan reflexiones en el actuar jurídico (Vega, 2019, p. 24).

Aunque el libro tres del Código Civil regula concentradamente los derechos de familia, sus prescripciones se encuentran a lo largo de sus diez libros, desde derecho de personas hasta derecho internacional privado. En ese sentido, podemos indicar que las normas que lo componen deben tener una característica asociada a la familia y a sus miembros, entiéndase familia como un concepto amplio, no restrictivo y evolutivo, es decir, en constante cambio con sus instituciones y que va ampliándose

a modo de parche del código sustantivo (Tantaleán, 2022, p. 334), el cual otorga diversos matices para su diversa concepción partiendo de la idea de que se regulan los derechos de la familia, pero no lo que es la familia. Así, los tratados internacionales, la Constitución y las normas legales y reglamentarias nunca han interpretado de alguna manera su concepto de forma restrictiva; por lo tanto, la concepción doctrinaria que se tiene de esta no es ni debe ser uniforme, lo que conlleva a enriquecer su regulación y/o a comprenderla desde su base legislativa y su marco normativo referencia (Castillo, 2023, p. 41).

A su vez, reconocemos que la familia al estar regulada en la Constitución debe seguir determinados parámetros para su pertinente regulación. Es por ello que entran a tallar los diversos dispositivos legales, en este caso los diferentes libros del Código Civil que regulan aspectos de la familia bajo un todo armónico que permita generar un equilibrio entre los instrumentos internacionales, la carta magna y el código sustantivo (Chanamé, 2023, p. 240). También, desde la óptica constitucional, se tiene como finalidad proteger a las diversas expresiones de familia, que pueden tener múltiples formas de constituirse y no únicamente por el matrimonio, a pesar de que sea la más conocida o difundida (Varsi y Canales, 2022, p. 548). El Código Civil, al recoger estas expresiones, debe estar a la altura para ser capaz de entender, regular y otorgar la mayor protección a las relaciones familiares.

Sin embargo, en nuestra sociedad vemos cómo es posible aún no entender las relaciones familiares desde una óptica constitucional, lo cual no solo puede caer en una situación antijurídica, sino que desarmoniza con los principios del derecho de nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos en el libro I, «Derecho de personas», en lo referente al nombre, sobre el derecho de la mujer a llevar apellido del marido, que este se puede establecer bajo el prefijo «de» o «viuda de», el cual estaba regulado expresamente en la normativa de la Directiva DI-228-GRC/009, que ha sido derogada por la Resolución Jefatural n.º 000046-2023/JNAC/RENIEC. Se mantiene aún el derecho de la mujer a llevar el apellido de su esposo, pero no es factible, *a contrario sensu*, que el esposo lleve el apellido de la esposa. Otro caso lo vemos respecto al nombre y la inscripción de los hijos por parte del padre, que repercute en los derechos de disponibilidad

de los progenitores y afecta el derecho de los menores a la filiación y al nombre. A raíz del caso Morán, en 2023, se otorgó una interpretación al Código Civil de manera amplia; sin embargo, no se ha modificado la norma, es una norma latente generar nuevos problemas jurídicos a niños y padres que se encuentren en similares situaciones (Portilla y Castillejo, 2023, p. 221).

En el ámbito del libro III, «Derecho de familia», en sus artículos 234 y 326 encontramos una regulación del matrimonio y la unión de hecho desde la perspectiva heteronormativa, lo que implica concebir estas instituciones como una conjunción de la diversidad de sexos, en contraposición a una unión homoafectiva. En la actualidad, aquellas concepciones están siendo ampliamente desfasadas en el sentido de que se reconoce el derecho de toda persona a formar su familia y en mérito de su derecho a la libertad, autonomía y privacidad, el Estado no puede restringir con quién puede o no hacerlo, sino su propia autonomía como sujeto de derecho que al unir sus proyectos de vida basada en lazos afectivos forman una comunidad que entendemos como familia y la cual merece su protección (Plácido, 2021). Por otro lado, respecto a las trece causales de divorcio establecidas en el artículo 333, muchas legislaciones y doctrinarios han superado el sistema multicausal reemplazándolo por un sistema de divorcio incausado que tiene como fundamento el respeto y la garantía hacia los derechos a la autonomía, a la libertad y a la intimidad (Núñez, 2021, p. 181).

Asimismo, frente a la figura del hijo alimentista, regulada en el artículo 415, encontramos una institución antiquísima sobre la base de que solía ser muy difícil conocer quién era el padre o la madre de un menor, elemento que la ciencia ha superado, con la finalidad de «protección al hijo no reconocido ni declarado» con una pensión alimenticia. Sin embargo, esta institución se encuentra desprovista de todo aquel elemento que configura una familia, es decir, el cariño, la protección, el apego; se degrada esta figura a un simple objeto de derecho en contra de su interés superior y su derecho a la identidad (Paucar y Quispe, 2023, p. 109). Por último, podemos evidenciar cómo la comunidad de bienes aplicable al concubinato es interpretada como excluyente hacia una separación de patrimonios; no obstante, esto suele tener ciertas problemáticas

basadas en la limitación de la disposición de bienes entre los miembros de una unión de hecho formal. En ese sentido, la limitación que se colige del artículo 326 puede ser caprichosa desde el entender judicial y administrativo, limitando el derecho a la libertad y autonomía de sus integrantes, ya que la causal que las crea es su misma libertad; por lo tanto, forzar a un solo bien un hecho que nace de la libertad estaría yendo en contra de su propia autonomía (Vasquez, 2022, p. 74).

A su vez, en el ámbito del libro IV, «Derecho de sucesiones», encontramos un trato desigual respecto a la protección de los esposos y los concubinos, esto se desprende de la institución de la indignidad y la desheredación en caso de agresión o atentado contra la vida del cónyuge frente al conviviente, regulados en los artículos 667 y 744, en donde en función de su tipología de norma sancionadora no es posible aplicar una interpretación analógica, esto es, ante este tipo de normas únicamente se aplica lo que establece la norma. Según Lohmann (2023, p. 130), ante la característica restrictiva de la norma en estos casos, pero frente a hechos que puedan ser igual o mayormente repulsivos, el juez debe valorar dicha situación. Si bien es una posición muy válida doctrinariamente hablando, aquí el juzgador tendrá la plena autonomía de decidir su fallo, basándose en que la norma no establece una protección hacia el concubino, se generará así una situación de desigualdad de condiciones.

En ese sentido, y dada la problemática explicada, nos planteamos el objetivo de analizar el estado constitucional de siete instituciones del derecho familiar peruano con el fin de comprender su dimensionalidad espacio-tiempo, así como la pertinencia en su vigencia o modificación de acuerdo con los estándares y las ópticas de los principios establecidos en nuestra carta magna. Esta investigación es justificable desde varios puntos de vista, así tenemos que teóricamente permite entender de qué modo los principios constitucionales como la igualdad, la autonomía y el interés superior del menor influyen en la regulación de las instituciones del derecho familiar, transformando el derecho de familia en una rama del derecho social que trasciende el ámbito privado hacia el público. En su sentido práctico, este análisis es crucial para identificar y resolver conflictos entre derechos constitucionales dentro del seno familiar, asegurando que las leyes y las políticas públicas sean coherentes con los

valores democráticos. Desde el punto de vista social, la familia es vista como una institución fundamental para la sociedad y su protección es esencial para el desarrollo de valores democráticos y la consolidación del Estado constitucional. Por lo tanto, examinar la constitucionalidad del derecho de familia es fundamental para garantizar que este núcleo social reciba la protección adecuada del Estado y la sociedad. Por consiguiente, en el presente artículo se analizó desde una óptica constitucional y/o convencional cómo estas instituciones del derecho reguladas en el Código Civil peruano pueden caer en obsolescencia, dada su regulación no adaptada a nuestras coyunturas jurídicas y por ello requieren de una revisión profunda para una eventual modificación y/o abrogación en el sistema jurídico civil.

2. METODOLOGÍA

Para el análisis de estas siete instituciones del derecho de familia, nos serviremos de una revisión sistemática principalmente de artículos científicos indizados y de algunas tesis universitarias, donde a través de un análisis cualitativo, a partir del método descriptivo, se analizará la vigencia de estas instituciones, su estado y fundamento constitucional, así como la importancia de su revisión en el derecho peruano. Con la finalidad de pretender un análisis centrado en la realidad, nos serviremos también de algunos reportes de la coyuntura nacional y/o internacional, así como de normas que puedan orientar una mejor revisión del planteamiento al que se llegará en las conclusiones y posteriormente en las recomendaciones que se requieran para un mejor funcionamiento, dinámica y convergencia del derecho a la sociedad.

3. RESULTADOS

3.1. El derecho al nombre de los casados

Podemos iniciar haciendo alusión a la institución del nombre como aquella característica o atributo que toda persona posee en virtud de su dignidad; en palabras de Armas y Piérola (2022, p. 84), el derecho al nombre es un derecho humano y fundamental que abarca varios aspectos

esenciales para la identificación personal. Este incluye principalmente el derecho a tener un nombre propio y a poder identificarse mediante un documento oficial. En otras palabras, el derecho al nombre es esencial para distinguir a una persona de otra y garantiza que cada individuo pueda ser reconocido y protegido legalmente, a su vez, es fundamental porque permite a las personas establecer su identidad única y acceder a servicios y protecciones legales, asegurando así su dignidad y su autonomía personal. En esa línea, está protegido por un revestimiento de inmutabilidad, salvo en específicas situaciones expresas, una de ellas es que, en virtud del artículo 24 del Código Civil se establece la prerrogativa de una mujer a agregar el apellido del marido al suyo. Esto tiene fundamento en el derecho a la identidad como una manifestación en el nombre (Fernández, 2021, p. 218), ya que el derecho al nombre está intrínsecamente vinculado al derecho a la identidad, en la medida que el nombre es una parte esencial de cómo una persona se identifica y es reconocida en la sociedad (Expediente n.º 02771-2017-PA/TC, fundamento 10). En ese sentido, este derecho no solo garantiza que cada individuo tenga un nombre propio, sino que también asegura que pueda ser identificado a través de documentos oficiales, lo cual es crucial para ejercer otros derechos y participar plenamente en la vida social y económica, tal como es el caso de la mujer casada. Por lo tanto, la identidad personal, que se construye a partir del nombre, es fundamental para la dignidad y el reconocimiento de la individualidad de cada persona, esta permite que se establezcan relaciones personales y legales significativas, lo que constituye un componente indispensable del derecho a la identidad y asegura que cada persona pueda ser reconocida y protegida como un individuo único.

En esa misma línea, y ante la celebración del matrimonio, los casados obtienen una determinada cantidad de derechos, los cuales principalmente se traducen en relaciones morales y patrimoniales cuya finalidad es revestir a la institución del matrimonio de aquellos elementos que puedan asegurarlo, perpetuarlo y brindar a los miembros de la familia (esposos e hijos principalmente) mecanismos que aseguren dar cobertura a sus necesidades (Girgis *et al.*, 2020, p. 90). Pero también adoptan una nueva identidad, un nuevo estatus, que se ve reflejado no solamente

a nivel social, sino jurídico, y uno de esos componentes afecta a la identidad, a su estado civil de ya no solo ser soltero sino casado, lo cual se ve reforzado con las disposiciones establecidas referentes al derecho al cambio de nombre de las casadas, de ahí que se le atribuye el derecho a adoptar el apellido del marido. Según Deere y León (2023, p. 36), la práctica de añadir el «de» al apellido del marido en el matrimonio refleja una construcción social que ha evolucionado junto con la identidad de la mujer casada. Esta costumbre, que se ha convertido en un derecho consuetudinario, simboliza la asociación de la mujer con el hogar y su rol como cuidadora, y refuerza la imagen de la mujer como «el ángel» o la «reina» del hogar. En un contexto donde el matrimonio era visto como la opción ideal, esta práctica no solo marcaba la pertenencia de la mujer a su esposo, sino que también perpetuaba un modelo familiar patriarcal que limitaba su autonomía. Así, el uso del «de» en los apellidos refleja las expectativas culturales que han influido en la identidad femenina y subraya la necesidad de cuestionar y redefinir estos símbolos para avanzar hacia una mayor igualdad y autonomía personal en la actualidad.

En ese sentido, bajo el contexto de este «derecho» se identifica como un reflejo o cambios significativos en las normas culturales y legales a lo largo del tiempo. Históricamente, en muchas sociedades, las mujeres adoptaban el apellido de su esposo al casarse, bajo una práctica que simbolizaba la integración de la mujer en la familia del marido y reflejaba una estructura patriarcal. Sin embargo, con el avance de los derechos de las mujeres y la promoción de la igualdad de género, estas normas han comenzado a cambiar. En muchas jurisdicciones, las mujeres tienen la opción de mantener su apellido de soltera, agregar el apellido del marido o combinar ambos, como es el caso del Código Civil francés, el alemán o el español, que han tenido diversas maneras de atender este derecho, así como de suprimirlo en caso de divorcio o nulidad de este (Uribe, 1961, p. 59). Un caso específico es el colombiano, donde a través de las disposiciones del Decreto 1003 de 1936 era obligatorio que la mujer adoptara el apellido del marido, bajo un contexto en que la mujer era dependiente de aquel y formaban parte de un mismo vínculo familiar. Esta situación pudo superarse con la emisión de una nueva disposición: el Decreto 1260, del año 1979, donde se sorteaba esta imposición por la

elección facultativa de optar o no por el apellido del esposo (Betancur, 1982, p. 2), lo que podría representar un reconocimiento creciente de la autonomía personal y la identidad individual de las mujeres. Sin embargo, en pleno siglo XXI, con la estandarización de la igualdad y la equidad en las políticas públicas, estos aspectos se podrían considerar como rezagos de un patriarcado opresor hacia la independencia de la mujer, más aún cuando estos derechos tienen un punto de inflexibilidad en el uso del género masculino dentro del matrimonio si el hombre fuese quien deseara adoptar el apellido de la mujer.

La práctica de que las mujeres casadas puedan adoptar el apellido del marido mientras que los hombres casados no pueden hacer lo mismo con el apellido de la esposa refleja una desigualdad de género profundamente arraigada en muchas culturas. Esta tradición perpetúa un sistema patriarcal donde la identidad de la mujer se subordina a la del hombre, reduciendo su autonomía y su identidad personal a una extensión del marido, esto sobre la base de que para agregar el nombre del marido al de la mujer se utiliza la preposición «de», la cual se concibe usualmente como una definición de pertenencia (Quispe *et al.*, 2024, p. 50). Este enfoque no solo afecta a las mujeres en términos de identidad personal, sino que también puede tener implicaciones legales y sociales significativas, especialmente en situaciones de divorcio o cambios familiares. Aunado a este argumento, por ejemplo, en Argentina, la modificación del apellido de la mujer casada en el contexto del matrimonio igualitario ha evolucionado significativamente con la implementación de leyes que promueven la igualdad de derechos (Guadagnoli, 2015, p. 156). A partir de la Ley de Matrimonio Igualitario y las modificaciones introducidas a su Código Civil y Comercial, se permite a cada cónyuge optar por añadir el apellido del otro, precedido por la preposición «de», lo que no solo otorga visibilidad a las identidades individuales dentro del matrimonio, sino que también desafía las normas tradicionales que históricamente han subordinado el apellido de la mujer al del hombre. Esta flexibilidad en la elección del apellido contribuye a una mayor inclusión y respeto por la diversidad familiar y garantiza que todas las formas de unión sean tratadas con igualdad ante la ley.

3.2. La igualdad de los padres a la inscripción de sus hijos

No se pueden analizar los derechos de la familia sin considerar los estudios emocionales de las relaciones familiares y cómo esto guarda relevancia en el mundo jurídico; por lo tanto, ante el nacimiento de un hijo y desde mucho antes, con la voluntad procreacional o gestacional, se empiezan a promover afectos recíprocos que vincularán el actuar y el desenvolvimiento de la familia, es así que desde la psicología, la relación del niño con la familia, según la teoría del apego, es fundamental para su desarrollo emocional y social (Romero y Romero, 2022, p. 60). Esta teoría establece que los vínculos afectivos que se forman entre el niño y sus figuras de apego, generalmente los padres o los cuidadores, son esenciales para proporcionar seguridad y protección. Desde el nacimiento, el niño depende de estos cuidadores para satisfacer no solo sus necesidades físicas, sino también sus necesidades emocionales. Por consiguiente, la calidad de estas interacciones influye en cómo el niño percibe y responde al mundo que lo rodea y de qué forma lo considera desde una perspectiva jurídica. Así, la familia se convierte en un entorno crucial donde el niño puede desarrollar su identidad y sus habilidades sociales, estableciendo las bases para futuras relaciones interpersonales y su bienestar psicológico a lo largo de la vida, especialmente cuando existen problemas y/o situaciones críticas que puedan afectar su desenvolvimiento en la sociedad (Reyes y Oyola, 2022, p. 128). Esta identidad del menor si bien puede tener un fundamento afectivo, es indiscutible que debe estar revestida de la protección de sus derechos, entre ellos el derecho al nombre y el reconocimiento de su filiación.

Sin embargo, lejos de no estar garantizados taxativamente los derechos del niño a su identidad y a su nombre, se ha descuidado la regulación de los canales para poder viabilizar este derecho, quiénes más que los mayores, los apoderados o los propios padres para asegurar la garantía y el respeto de los derechos de sus familiares en función del derecho a formar una familia reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Orellana, 2019, p. 105). Es así que según el artículo 21 del Código Civil peruano se establece que es derecho de la madre inscribir al hijo con sus apellidos sin indicar el nombre del padre, pero no

así en el caso del padre. Ello, a juicio del Tribunal Constitucional, pone de manifiesto una desigualdad en el tratamiento de los apellidos en el contexto de la inscripción de los niños, lo que plantea serias preocupaciones sobre la igualdad de derechos y la no discriminación (Expediente n.º 00882-2023-PA/TC, fundamento 29). El hecho de que un niño pueda llevar el apellido de su madre sin que se revele la identidad del padre, mientras que no puede llevar el apellido del padre sin conocer la identidad de la madre, refleja un sesgo que favorece a las figuras maternas en detrimento de las paternas. Esta discrepancia no solo afecta la percepción de igualdad entre ambos progenitores, sino que también puede perpetuar estereotipos de género y roles familiares tradicionales que limitan la autonomía y el reconocimiento equitativo de ambos padres. Tal intervención en el derecho a la igualdad y en la prohibición de discriminación es problemática, ya que contradice los principios fundamentales de equidad y justicia, lo que sugiere la necesidad urgente de revisar y reformar las normas legales para garantizar que todos los niños tengan el derecho a ser inscritos con los apellidos de sus progenitores sin distinción, promoviendo así una mayor inclusión y respeto por la diversidad familiar.

Ante esta circunstancia que claramente afecta el derecho a la igualdad de los progenitores que deseen realizar el acto de inscripción de sus hijos, el TC no solamente no se pronuncia por el inconstitucionalismo de la norma en su ámbito derogatorio, sino que exhorta al Congreso a realizar las modificaciones respectivas. Si bien nos encontramos con una remisión basada en la facultad del poder del Estado, no está de más indicar que el Congreso se caracteriza por su aletargado actuar frente a los derechos que guarden relación con la igualdad entre hombres y mujeres, claros ejemplos tenemos con los proyectos de ley que hasta la fecha se han presentado pero no han sido debatidos en el pleno y por lo tanto ante algún caso que pueda suceder con esta problemática, nuevamente tendremos niños desatendidos, violentados por el Estado al no reconocerse su realidad familiar. En el Parlamento se tiene el proyecto presentado por María del Carmen Alva (Proyecto de Ley n.º 6183/2023-CR) que, si bien regula el ámbito de la igualdad de inscripción de los progenitores, guarda una fórmula singular en la medida que establece el lacrado de un documento donde se deben indicar las razones por las cuales no se

manifiesta la identidad del padre o la madre, al cual se podría acceder cuando el hijo tenga la mayoría de edad a través de un pedido a un juzgado. Esta situación puede mantener en zozobra la intimidad familiar, pero basándose en el principio de interés superior y la identidad pareciera que busca dicha fundamentación. Otro ejemplo lo encontramos en la iniciativa del congresista Alejandro Aguinaga, quien presentó el Proyecto de Ley n.º 7114/2023-CR, que guarda similar regulación que el proyecto precedente, pero se distancia en el ámbito del acceso al documento lacrado por parte del Reniec, que entregará la información una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad. Disposiciones ciertamente singulares, pero que en el fondo buscan ser más inclusivas ante las realidades de las concepciones familiares monoparentales, las cuales son formadas íntegramente por uno de los progenitores, y al interseccionarlas con el derecho a la identidad, se va a preferir y decantar por una mayor regulación hacia el beneficio del menor despojándolo del conocimiento de su origen hasta su mayoría de edad.

3.3. La protección jurídica a la familia homoafectiva

Es importante dejar en claro que, si bien en doctrina se puede hablar de un «modelo familiar peruano», este no puede ser estático ni obedece a norma alguna que pretenda brindar un parámetro o marcos fijos de estandarización concéntrica; por lo tanto, nos alejamos de la postura que dejó entrever el magistrado Gutiérrez Ticse (Pleno. Sentencia 423/2023. Expediente n.º 00882-2023-PA/TC, fundamento 35 del voto singular) en su voto singular por el caso del señor Ricardo Morán, el cual está refrendado por una interpretación estática de las normas, las cuales se alejan de una visión social de familia, que no puede perderse bajo una interpretación estricta de la ley. Por consiguiente, la familia y su modelo se encuentran en una constante evolución y dinámica, dada su característica fundamental de la sociedad. Partiendo desde la lógica jurídica y la antropología asociada al estudio de sus integrantes, estas hallan nuevas formas de regularse y ordenarse, por lo cual el derecho ha de estar a la altura para su comprensión y adaptabilidad, alejándose de un concepto estricto y cerrado de sus raíces. Por otra parte, la evolución del entendimiento de la familia a través de las constituciones latinoamericanas

ahora es vista a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que reflejan un reconocimiento creciente de la diversidad de estructuras familiares y la importancia de protegerlas como un derecho fundamental (Baena *et al.*, 2020, p. 185). Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, que define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, hasta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que enfatiza la necesidad de protección y asistencia para las familias, se ha establecido un marco normativo que reconoce los derechos de todos los tipos de familias. Esta evolución ha llevado a una transformación en el derecho familiar, que ahora abarca no solo las configuraciones tradicionales, sino también aquellas que desafían las normas patriarcales, promueve así la equidad entre géneros y el respeto por la diversidad. La intervención estatal se vuelve crucial para abordar las brechas de desigualdad y vulnerabilidad que afectan a diferentes grupos familiares, lo que implica una responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad para garantizar el bienestar y los derechos de todos sus miembros. En este contexto, es esencial que las legislaciones nacionales se alineen con estos principios internacionales para asegurar una protección efectiva de las familias en todas sus formas.

De este modo, desde el año 1989 con la aprobación de las uniones civiles en Dinamarca, se constituyó una forma de posicionamiento en la protección de derechos de pareja y familia en personas homoafectivas, es decir, aquellas que sienten atracción por personas de su mismo sexo. Esta tendencia europea se diseminó por todo el mundo, donde a través de los movimientos de derechos, activistas y políticos aliados, promueven una regulación asociada a agendas del reconocimiento de los vínculos familiares homoafectivos, sea de pareja o desde la adopción, basada en la perspectiva de integración de derechos con enfoque de derechos humanos (Llanes y García, 2023, p. 729). Un referente internacional de suma importancia para el reconocimiento de este tipo familiar ha sido la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que reconoce la familia homoafectiva como una forma legítima de familia y destaca que las uniones entre personas del mismo sexo deben gozar de los mismos derechos y protecciones que las uniones heterosexuales. Este pronunciamiento subraya que el amor y el compromiso

entre parejas del mismo sexo son equivalentes a los de parejas heterosexuales, y que la orientación sexual no debe ser un factor que limite el acceso a los derechos que protegen a sus familias (Paredes y Nuñez, 2019, p. 78). En ese sentido, la Corte enfatiza que la protección de la familia debe incluir todas las formas de convivencia familiar, lo que implica un reconocimiento explícito de la diversidad familiar en su totalidad. En consecuencia, esta perspectiva no solo promueve la igualdad ante la ley, sino que también desafía estereotipos y prejuicios sociales, contribuyendo a una mayor aceptación y visibilidad de las familias homoafectivas en la sociedad, lo que representa un avance significativo hacia el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de las personas en relaciones homoafectivas, reafirmando su lugar en el marco legal y social. Por otro lado, en el derecho brasileño, la concepción contemporánea de la familia se fundamenta en principios clave como la función social y la dignidad de la persona humana, que refleja un enfoque inclusivo y progresista hacia las diversas configuraciones familiares (Pedrosa, 2024, p. 6). Este reconocimiento legal de diferentes tipos de familias —incluidas aquellas formadas por parejas del mismo sexo, familias monoparentales y otros modelos no tradicionales— subraya la importancia de entender la familia no solo como una entidad biológica, sino como una institución social que desempeña un papel vital en el bienestar y el desarrollo de sus miembros. Al priorizar la dignidad humana, el ordenamiento jurídico brasileño busca garantizar que todas las familias sean tratadas con respeto y equidad, promueve así un entorno donde se valoren las relaciones afectivas y el apoyo mutuo por encima de las estructuras tradicionales. Sin embargo, este marco también plantea desafíos en su práctica de implementación, ya que las normas deben ser acompañadas por políticas públicas efectivas que protejan los derechos de todos los tipos de familias y aborden las desigualdades sociales existentes.

Sin embargo, el Perú es uno de los pocos países latinoamericanos que no regula ni protege taxativamente a las familias homoafectivas. A pesar de que en su regulación existente basada en el artículo 4 de la Constitución prescribe sobre la protección a la familia, no se ha pretendido hasta la fecha aprobar un documento legal que aborde dicha

problemática, todos los proyectos de ley que se han presentado para regular o modificar tanto el matrimonio igualitario (artículo 234 del Código Civil), las uniones civiles o las uniones de hecho (artículo 326 del Código Civil) con regulación hacia las parejas del mismo sexo han sido desestimadas o las aletargan en los archivos del Congreso. Esto se convierte en un claro ejemplo, según De Piérola *et al.* (2023, p. 71), de atentados contra el principio de igualdad y no discriminación, donde siguiendo la línea con la Corte IDH debería existir un tratamiento igualitario hacia todo tipo familiar. Para Araya (2021, p. 271), se debe considerar que el reconocimiento de la familia homoafectiva conlleva una profunda carga valiosa que refleja la evolución de las normas sociales y legales en torno a la diversidad familiar. Este reconocimiento no solo implica un cambio en la percepción de las relaciones afectivas, sino que también subraya la importancia de respetar la dignidad humana como base para proteger los derechos de estas familias. Se debe considerar que la familia y el matrimonio no son meras abstracciones jurídicas; se trata de instituciones que regulan aspectos fundamentales de la vida personal y, por lo tanto, esta perspectiva invita a reflexionar sobre cómo las decisiones legales pueden impactar no solo a los adultos involucrados, sino también a los menores dentro de estas estructuras familiares, enfatizando que el interés superior del niño debe ser siempre una prioridad. En este contexto, es crucial avanzar hacia un marco normativo que garantice la igualdad y la no discriminación, asegurando que todas las familias, independientemente de su composición, sean reconocidas y protegidas por el Estado.

3.4. La intimidad en el divorcio incausado

El divorcio es un evento complejo que puede ser percibido de diversas maneras, dependiendo de las circunstancias personales y del contexto social en el que ocurre. Por un lado, es innegable que el divorcio puede ser una experiencia altamente estresante, con repercusiones negativas en la salud emocional, financiera y social de los individuos involucrados, así como en sus relaciones familiares y amistosas. Sin embargo, también es importante reconocer que, en la actualidad, el divorcio ha adquirido

una connotación más normativa y aceptada socialmente, lo que puede permitir a algunas personas verlo como una oportunidad para liberarse de relaciones insatisfactorias o tóxicas (Tay-Karapas *et al.*, 2020, p. 2). Esta dualidad sugiere que la experiencia del divorcio no es monolítica; Muchas personas pueden atravesar un proceso que incluye tanto momentos de estrés como de liberación. Además, el reconocimiento de que el divorcio es un proceso en lugar de un evento puntual resalta la naturaleza dinámica de esta transición, donde las emociones y las percepciones pueden cambiar con el tiempo. Este enfoque permite entender mejor las etapas del duelo, la adaptación y la eventual reorganización vital y afectiva que enfrentan las personas divorciadas, subrayando la necesidad de apoyo psicológico y social durante este proceso para facilitar una transición más saludable hacia una nueva etapa de vida. Una situación particular es el programa de asistencia posdivorcio para favorecer la salud mental en Dinamarca, donde independientemente de si hubo o no causal del divorcio, el Estado emprende seguimientos después de declarada la sentencia con el fin de fomentar mejores estilos de vida, que de alguna manera ha promovido mayores cuidados en la persona separada y su familia, los cuales han tenido una menor o mayor satisfacción basada en diferencias sustanciales como la educación y el nivel socioeconómico (Cipric *et al.*, 2021, p. 170).

La presencia del divorcio ha significado no solamente una conquista y evolución en las dinámicas de las familias, sino que evidencia determinados patrones que se buscaba liberar basados en las características y las singularidades de cada familia; antes, durante o después, por ejemplo en Chile, los primeros juicios de divorcio se caracterizaban por estar motivados por el maltrato hacia la mujer, lo que no solo evidencia la alarmante realidad de la violencia doméstica, sino que también destaca la interacción entre los derechos fundamentales de las víctimas y la respuesta del Estado ante esta problemática (Rengifo, 2022, p. 126). Por lo tanto, al abordar casos de maltrato, el sistema judicial tiene la responsabilidad de proteger a las víctimas y garantizar que sus derechos sean respetados, lo que implica una alianza crítica entre los individuos y el Estado en la búsqueda de justicia. Más aún considerando que el divorcio se presenta como una herramienta jurídica que respalda la libertad

de autodeterminación de los individuos, un principio fundamental consagrado en la Constitución. Esta medida permite a las personas tomar decisiones sobre sus vidas y sus relaciones, pues reconoce su derecho a buscar la felicidad y el bienestar personal. Al ofrecer una vía legal para disolver un matrimonio, el divorcio no solo valida la autonomía de los cónyuges, sino que también refleja un avance en el reconocimiento de los derechos humanos, y permite a las personas liberarse de situaciones insatisfactorias o abusivas. De esta manera, el divorcio se convierte en un mecanismo que promueve la dignidad y la libertad individual, y se alinea con las aspiraciones de una sociedad que valora la autodeterminación y el respeto por las decisiones personales (Pedrosa, 2024, p. 9).

En el contexto del divorcio en el Perú, especialmente bajo el régimen de divorcio causal, se exige que los cónyuges revelen detalles íntimos y personales que deben permanecer reservados, lo que puede resultar en una violación y una vulneración del libre desarrollo, de la privacidad y la intimidad (Chávez, 2023, p. 5459). Esta obligación de exponer información personal no solo afecta la dignidad de las partes involucradas, sino que también puede tener repercusiones emocionales y psicológicas significativas, exacerbando el conflicto en un momento ya delicado. Como lo es por ejemplo la causal de homosexualidad sobreviniente establecida aún en nuestro artículo 333, inciso 9, del código sustantivo, que a todas luces constituye una norma de carácter heteronormativo que viene siendo analizada y proscrita en otros países como Chile, que declaró su impertinencia y derogación basándose en los cambios legales que está teniendo ese país en vista de un matrimonio igualitario (Gauché *et al.*, 2023, p. 218). En dicha institución no se podría alegar una causal de este tipo, es por ello que el sostenimiento de las casuales de divorcio no solo afecta los derechos fundamentales de los intervinientes, sino procesalmente establece mecanismos de adquisición de medios de prueba ciertamente difíciles, engorrosos y caprichosos que solo favorecerían a una justicia aletargada y claramente a merced del juzgador.

Ante estas circunstancias, surge el divorcio incausado como un procedimiento legal que permite la disolución del matrimonio sin la necesidad de alegar causales específicas, como infidelidad o abandono, para justificar la separación. Este tipo de divorcio se caracteriza por su

simplicidad y rapidez, ya que solo requiere la manifestación de la voluntad de uno o ambos cónyuges de no continuar con el matrimonio al no existir cónyuges culpables o inocentes (Avalos, 2024, p. 231). En ese sentido, el divorcio incausado busca agilizar el proceso judicial, reducir el conflicto familiar y proteger la intimidad de las partes involucradas, evitando así los desgastes emocionales y económicos asociados con los divorcios tradicionales. Este enfoque promueve la intimidad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, y permite a las personas tomar decisiones sobre su vida familiar sin imponerles la carga de probar causales específicas. Por lo tanto, el divorcio incausado, al ser un proceso más ágil y eficiente, se alinea con el principio de celeridad, que es fundamental para garantizar una justicia expedita. Esta rapidez no solo reduce los costos asociados al procedimiento legal, sino que también minimiza el daño emocional para los dependientes, como hijos o familiares cercanos, quienes a menudo sufren las consecuencias de un matrimonio en crisis (Crespo, 2023, p. 2314). Al facilitar la disolución de relaciones desgastadas sin la necesidad de justificar causas específicas, el divorcio incausado permite a las personas avanzar más rápidamente hacia nuevas etapas de sus vidas y se evita el prolongado sufrimiento que puede surgir de una convivencia insatisfactoria. Así, se promueve un enfoque más humano y sensible a las realidades emocionales de los involucrados, y se contribuye a un proceso de separación que prioriza el bienestar individual y familiar.

3.5. La identidad del hijo alimentista

Es indiscutible afirmar que al niño le asiste el principio del interés superior, que se erige como un pilar fundamental en la formulación de normas y políticas que afectan a niños, niñas y adolescentes, asegurando que su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos sean considerados prioritarios (Vicuña y Ávila, 2021, p. 13). Este enfoque no solo implica una obligación legal, sino también un compromiso ético por parte de los Estados y las instituciones para garantizar que todas las decisiones que les conciernen promuevan su bienestar físico, emocional y social. Al establecer el interés superior del niño como criterio rector, se

busca proteger a los menores de decisiones que puedan comprometer su dignidad o su desarrollo, lo que refleja un cambio hacia una perspectiva más centrada en el niño en la legislación y la política pública. El desarrollo de este principio ha evidenciado a determinadas instituciones jurídicas que se pensaron con el propósito de asistir y resguardar al menor; sin embargo, en la actualidad, la figura del hijo alimentista estipulada en el artículo 415 del Código Civil, lo que hace es ponerlo en desventaja con otros menores respecto a su derecho a la identidad y el nombre. Debemos tener en cuenta que el derecho al «nombre» es un derecho humano fundamental que juega un papel crucial en la dignidad y la identidad de una persona. Este no solo permite que un individuo sea identificado de manera única en la sociedad, sino que también establece un vínculo esencial con sus progenitores, y refuerza la conexión familiar, así como el sentido de pertenencia (Simental y Ortega-Laurel, 2021, p. 121). Sin un nombre, la existencia de una persona se ve despojada de una de sus características más básicas, lo que puede afectar su autoestima y su capacidad para interactuar socialmente. Además, el nombre es un elemento clave en la construcción de la identidad personal y social, ya que está ligado a la cultura, la historia y las tradiciones familiares. Por lo tanto, garantizar el derecho a un nombre es fundamental para asegurar que cada individuo pueda ejercer su dignidad y ser reconocido como parte integral de la comunidad, subrayando la importancia de este derecho dentro del marco más amplio de los derechos humanos.

En ese marco, la institución del hijo alimentista está íntimamente ligada con el derecho al nombre y a la identidad, según Amado Ramírez (2022):

El artículo 415 del Código Civil regula el supuesto de la obligación alimentaria a favor de los menores no reconocidos ni declarados, respecto de los cuales la madre ha acreditado haber mantenido relaciones sexuales con el presunto padre durante la época de la concepción. (p. 328)

Asimismo, esta institución se justifica por atender la necesidad primaria de los alimentos ante el hecho incuestionable de que para el nacimiento de un niño ha tenido que existir un hombre, que sobre la base

de la presunta relación sexual con una mujer estará unido legalmente a ella solo desde el punto de vista económico. De esta forma los hijos alimentistas frente a los extramatrimoniales y matrimoniales quedan en una situación desventajosa, caprichosa y atentatoria contra otros derechos fundamentales. El artículo 6 de la Constitución Política del Perú establece la igualdad de derechos entre todos los hijos, independientemente del estado civil de sus padres; si bien es un avance significativo hacia la no discriminación, esta disposición se enfrenta a críticas cuando se considera en conjunto con el artículo 415 del Código Civil, que regula la figura del hijo alimentario. Este último establece que los hijos no reconocidos ni declarados, nacidos fuera del matrimonio, tienen derecho a recibir pensión alimentaria hasta alcanzar la mayoría de edad, pero esta relación se limita a una obligación puramente pecuniaria (Torvalva, 2023, p. 9382). Esta situación puede resultar en una despersonalización de la relación entre padres e hijos, donde el vínculo afectivo se reduce a una transacción monetaria, lo que contradice el principio de igualdad y dignidad que debería prevalecer en todas las relaciones familiares. Además, la falta de reconocimiento pleno de la filiación puede perpetuar estigmas sociales y emocionales para los hijos no reconocidos, limitando su acceso a otros derechos fundamentales y a una identidad familiar completa.

En ese sentido, la vulneración del derecho a la identidad y la igualdad de los hijos marca una distancia contra los principios constitucionales y el interés superior. El nombre se afecta en el ámbito de los apellidos que eventualmente podrían cambiarse ante un reconocimiento o declaración judicial posterior, lo cual haría que el niño tenga una situación de penumbras respecto a su verdadera identidad, de ahí que es importante establecer su verdadero nombre a través de sus apellidos. Para Álvarez y Rueda (2022, p. 140) los apellidos no solo sirven como un medio de identificación en la sociedad, sino que también son un componente esencial de la identidad personal, especialmente en el contexto de las relaciones familiares. Su transmisión de ascendientes a descendientes está intrínsecamente ligada a la filiación legalmente reconocida, lo que implica que los apellidos son un reflejo de la estructura familiar y del legado cultural. En ese sentido, la subsistencia de la institución del hijo alimentista lesiona y no permite que el niño pueda ejercer sus derechos

constitucionales a plenitud, los cuales deben ser interpretados a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, entre otras prerrogativas, la protección de la dignidad del niño, en donde se debe respetar su individualidad y evitar la cosificación (Rossel, 2022, p. 131). Si bien esta figura nació en el contexto de los años ochenta, cuarenta años después es importante una revisión un poco más profunda, pues esta puede devenir en obsoleta y perjudicial hacia los ciudadanos. Ello se refleja también en la propuesta de modificación del Código Civil a través del grupo de trabajo de revisión y mejoras al código sustantivo (Resolución Ministerial n.º 0046-2020-JUS), que deroga esta figura ante su falta de uso, y más aún regula en su lugar aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida (Resolución Ministerial n.º 0046-2020-JUS, p. 41).

3.6. La libertad del régimen patrimonial de la unión de hecho

La unión de hecho frente al matrimonio en diversos países se manifiesta de forma similar como en el Perú. Según Calva *et al.* (2021, p. 25), el matrimonio y la unión de hecho son dos formas legales de establecer una relación de pareja, pero presentan diferencias significativas, ya que mientras el matrimonio es una institución formal que otorga un estatus legal más reconocido y estable, además de requerir una ceremonia oficial ante la autoridad competente; por otro lado, la unión de hecho es una relación de pareja reconocida legalmente sin la formalidad del matrimonio, se caracteriza por ser libre, pública y estable, y genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio. Sin embargo, la unión de hecho puede ser más precaria, ya que puede terminar unilateralmente sin causa y no ofrece la misma protección legal reforzada que el matrimonio. Además, para ser beneficiario de ciertos derechos se requiere acreditar un mínimo de dos años de convivencia en una unión de hecho, lo cual no es necesario en el matrimonio. Por su parte, y en contraste con una situación diferenciadora entre los concubinos y los cónyuges, Romero (2019) indica que la afirmación de «cualquier diferenciación entre cónyuges y uniones de hecho es discriminatoria y atentatoria contra el derecho a la unidad familiar» (p. 245), en la medida que se debe reflejar un enfoque de igualdad

en el reconocimiento de derechos y obligaciones para ambas formas de unión. En ese sentido, este criterio busca garantizar que las uniones de hecho, que no han sido formalizadas mediante matrimonio, tengan los mismos derechos y responsabilidades que los cónyuges, promoviendo así la equidad y la justicia en el ámbito familiar. Por lo tanto, afirma el autor que este enfoque es crucial para proteger la unidad familiar y asegurar que todas las parejas, independientemente de su estado civil, puedan disfrutar de los mismos beneficios y asumir las mismas responsabilidades, contribuyendo a un entorno más inclusivo y justo.

Sin embargo, cuando analizamos uno de los fundamentos de la regulación de la unión de hecho, está basada principalmente en la protección jurídica de la mujer. Bajo un contexto histórico en donde la mujer asume el rol de ama de casa y el hombre es el proveedor económico, lo que presumiblemente favorece la acumulación de patrimonio en manos del varón (Vera y Molinas, 2021, p. 145). Si bien esta perspectiva reconoce la necesidad de tutelar a la mujer en un contexto de desigualdad histórica, resulta limitada y potencialmente discriminatoria en la actualidad, pues no considera las diversas dinámicas familiares y la evolución de los roles de género, donde ambos miembros de la pareja pueden contribuir económicamente y al cuidado del hogar. Por tanto, es crucial revisar este enfoque para asegurar una protección equitativa y adaptada a las realidades contemporáneas de las uniones de hecho. En ese sentido, se empieza a hablar en la actualidad sobre la libertad de elegir un régimen económico en las uniones de hecho. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al equiparar en derechos y obligaciones al matrimonio y la unión de hecho, y permitir la aplicación de diversos regímenes de bienes en ambas instituciones, se demuestra una postura progresista y equitativa (Macías *et al.*, 2021, p. 461). Este enfoque reconoce la diversidad de las estructuras familiares y busca garantizar que todas las uniones afectivas gocen de las mismas protecciones legales, independientemente de su formalización. Al hacerlo, se asegura que los miembros de estas relaciones tengan igualdad de derechos en cuanto a la gestión y la distribución de bienes, lo que promueve una justicia social y económica en el ámbito familiar.

En el ámbito peruano, existe un reconocimiento de la unión de hecho como una fuente generadora de familia (Aguilar, 2019, p. 166), lo cual refleja un enfoque inclusivo y diverso en la protección de las estructuras familiares. Este reconocimiento no solo se limita al matrimonio formal, sino que también abarca las uniones de hecho, y asegura que estas últimas tengan los mismos derechos y protecciones legales. La legislación peruana, como se observa en el Código Civil y la Constitución, establece que las uniones de hecho deben cumplir ciertos requisitos, como la convivencia continua por al menos dos años y la ausencia de impedimentos matrimoniales, para ser reconocidas legalmente. Este marco legal busca garantizar que todas las formas de unión familiar, independientemente de su formalidad, puedan acceder a los mismos beneficios y protecciones, se promueve así la equidad y la justicia en el ámbito familiar. Según Panta (2024, p. 95), desde un análisis de base constitucional es factible permitir que los concubinos opten por el régimen de separación de patrimonios, al argumentar que los derechos a la igualdad, la libertad y la no discriminación deben extenderse a estas uniones, especialmente al ser reconocidas como generadoras de familia, en la medida que la equiparación de prerrogativas entre el concubinato y el matrimonio se justifica al demostrarse la similitud entre ambas instituciones, promoviendo así una visión inclusiva y proteccionista de las diversas formas de familia y asegurando que los derechos patrimoniales no dependan del estado civil formal.

A su vez, Murillo y Vásquez (2023, p. 67) argumentan que la inclusión del régimen de separación de patrimonios en las uniones de hecho se justifica por la notable diferencia en el tratamiento patrimonial en comparación con el matrimonio, así como por la limitada disponibilidad de opciones para las parejas no casadas. La propuesta busca rectificar esta disparidad al promover un marco legal más justo y equitativo que elimine la discriminación, fomente la igualdad y proteja los derechos patrimoniales de todos los individuos, independientemente de su estado civil. En esa misma línea, la Resolución n.º 2523-2022-SUNARP-TR, del Tribunal Registral peruano, representa un avance en el tratamiento legal de las uniones de hecho al permitir la elección del régimen de separación de patrimonios, incluso antes de su reconocimiento formal. Esta medida

amplía la autonomía de los convivientes para definir sus relaciones patrimoniales, lo cual se considera acorde con los principios constitucionales de igualdad y libertad. Al posibilitar esta elección, la resolución busca brindar mayor seguridad jurídica y adaptar la regulación a las necesidades específicas de cada pareja en unión de hecho.

3.7. La igualdad de protección del concubino en la indignidad y la desheredación

La desheredación se concibe como una sanción testamentaria que priva de la legítima a los herederos forzosos, y debe fundamentarse en causas taxativamente establecidas en el Código Civil. Su justificación reside en sancionar el incumplimiento de deberes trascendentales hacia los familiares afectados. Este mecanismo busca proteger los valores y las obligaciones familiares fundamentales al permitir al testador sancionar conductas consideradas graves en el contexto de las relaciones familiares más cercanas (Páramo, 2023, p. 146). Por otro lado, Lohmann (2023, p. 124) indica que la indignidad, según el Código Civil peruano, es una sanción civil que excluye a un heredero o legatario de la sucesión, ya sea testamentaria o intestada, debido a inconductas o actos delictuosos previstos en la ley, que atentan contra el orden público y que afectan al causante o a sus parientes cercanos. Esta sanción se impone al heredero o legatario que incurre en actos delictuosos o reprobables hacia el causante, sus ascendientes, sus descendientes o su cónyuge, y de igual forma que la desheredación, la exclusión por indignidad debe ser declarada por un juez mediante una sentencia, en un juicio promovido contra el indigno.

La realidad problemática se desprende de la prescripción del artículo 667 de la indignidad, así como del 744 de la desheredación, en los que estas instituciones pueden aplicarse frente a la vulneración a la integridad de los ascendientes y/o cónyuge desde el causante; sin embargo, no se menciona a quien tuviera una relación análoga tal como la unión de hecho. Respecto a ello, se observa que la ausencia de regulación explícita sobre la desheredación en el Código Civil para los integrantes de las uniones de hecho crea una laguna legal. Dado que a estos integrantes se les han reconocido los derechos sucesorios, por lo tanto,

resulta necesaria una regulación específica sobre estas instituciones, pues la aplicación por extensión o analogía de las causales previstas para los cónyuges no es apropiada ni siempre justa. Esta falta de regulación genera incertidumbre jurídica y podría dar lugar a situaciones inequitativas, lo que justifica la necesidad de legislar al respecto (Rafael, 2020, p. 76).

Un ejemplo más integrador que el nuestro es el artículo 756 del Código Civil español, el cual establece la incapacidad para suceder por causa de indignidad a quien haya sido condenado por sentencia firme por atentar contra la vida, causar lesiones graves o ejercer violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar del causante, su cónyuge, persona con análoga relación afectiva, o sus descendientes o ascendientes. La doctrina interpreta que cualquier forma de autoría penal, incluso la complicidad, es suficiente para incurrir en esta causa de indignidad, lo que refleja una postura severa ante la violencia familiar y la protección del derecho a la vida y la integridad (Pérez, 2024, p. 23). Como vemos, esta disposición protege tanto a los cónyuges como a los concubinos como consecuencia de la violencia ejercida hacia ellos e impone como sanción la declaración de indignidad, medida coherente en el marco del reconocimiento de derechos en igualdad de los concubinos y los cónyuges.

Carrizales y Poma (2019, p. 99) argumentan la necesidad de regular la indignidad en el concubinato propio de manera análoga a como se regula en el matrimonio dentro del Código Civil peruano. La justificación reside en que la falta de regulación específica deja en estado de indefensión a los causa-habientes dentro de la unión de hecho, se genera así una situación de desamparo ante posibles transgresiones de las causales de indignidad. Una normativización adecuada permitiría una regulación más precisa y concreta, protegiendo los derechos y la seguridad jurídica de las partes involucradas en la unión convivencial. A su vez, Herrera (2024, p. 1094) señala que el Código Civil peruano necesita actualizarse para reflejar el reconocimiento de las uniones de hecho y proteger los derechos de sus miembros en materia de sucesiones, eliminando las disparidades legales existentes. La propuesta central es incluir al integrante de la unión de hecho en las disposiciones sobre indignidad para

sucedan, equiparándolo al cónyuge en diversas causales, como la violencia familiar. Se busca modificar el artículo 667 para extender la protección a un espectro más amplio de integrantes de la familia frente a situaciones que afecten sus derechos sucesorios, reconociendo así la validez legal de las uniones de hecho como una forma familiar merecedora de igual protección en la herencia.

En ese sentido, Romero (2019, p. 245) indica que el argumento central de la familia peruana sostiene que cualquier diferenciación entre cónyuges y uniones de hecho constituye discriminación y atenta contra la unidad familiar, por lo que las uniones de hecho deben gozar de los mismos derechos y obligaciones que el estatuto de las asociaciones concede a los cónyuges. Esta postura busca la equiparación legal completa, argumentando que las distinciones basadas en el estado civil son injustas y deben eliminarse para proteger la igualdad y la estabilidad de todas las formas de familia. Coincidiendo con lo anterior, Toralva (2022, p. 4783) indica que la unión de hecho permanente, continua e ininterrumpida entre un hombre y una mujer, que viven como casados sin estarlo, es una fuente generadora de familia que merece protección estatal. Se fundamenta en el artículo cuarto de la Constitución peruana, que establece el deber del Estado de proteger a la familia, por lo que el concubinato regular, que cumple con los requisitos legales, debe recibir dicha protección. Esta visión equipara la unión de hecho al matrimonio en su función de crear una familia, ello justifica la necesidad de extender las protecciones legales a estas uniones en todos los ámbitos reconocidos, lo que incluye el ámbito sucesorio.

4. CONCLUSIONES

En el derecho familiar peruano existen determinadas instituciones que se encuentran dispersas por todo el ordenamiento jurídico, las cuales deben ser revisadas para lograr una coherencia y correspondencia en torno a las tendencias actuales del derecho de familia y la concordancia con una sociedad que vive en un sistema altamente complejo pero necesitado de un derecho que responda ante sus particularidades.

Una de esas instituciones es el nombre como derecho en las casadas, quienes pueden optar por adquirir el apellido de su marido frente al matrimonio, pero no así los maridos el apellido de sus esposas, además de que dicha disposición trae consigo un fundamento histórico patriarcal altamente superado. Por otro lado, tenemos al derecho a la inscripción de los hijos por parte de sus padres, figura jurídica que posee un innegable sustento constitucional basado en el derecho a la igualdad y el interés superior, motivo por el cual en una eventual modificatoria debería permitir no solo a la madre inscribir a los hijos sin decir la identidad del padre, sino también a este en el mismo sentido.

Asimismo, la protección de las familias homoafectivas, homoparentales o de sexodisidentes se convierte en un vacío legal de cara al desconocimiento del principio de protección familiar reconocido en la Constitución, postura que el derecho peruano aún no decide, aunque debería integralmente regularla. Otra de las instituciones de necesaria revisión es el divorcio incausado, el cual viene a ser una opción más respetuosa con los derechos a la intimidad y la libertad de los cónyuges al momento de elegir su separación; además, ante su aparente conflicto con el principio de promoción del matrimonio, viene a ser una vía ineludiblemente beneficiosa para dar solución a casos que buscan un libre desarrollo personal.

Respecto al hijo alimentista esta figura también ha demostrado tener conflictos plenamente con el principio superior del niño y el derecho a la identidad, si bien su justificación radicaba en la difícil probanza de la identidad de un hijo, en la actualidad estas formas ya se han superado y por lo tanto su derogación también es inminente. En cuanto a la separación de bienes en el concubinato, esta institución se convertiría en un derecho conquistado más por el concubinato, el cual obedece en principio a la libertad del concubinato y la protección a cada uno en cuanto a sus bienes. Y, por último, la protección del concubino ante las figuras de la desheredación y la indignidad son muestras de una adecuación que aún debe hacer el legislador ante las vulneraciones a los miembros de una unión concubinaria y así reconocer plenamente su estatus de familia en el derecho sucesorio.

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2019). *Regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica.
- Álvarez, R. y Rueda, N. (2022). Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano. *Ius et Praxis*, 28(2), 124-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200124>
- Amado, E. (2022). *Derecho de familia. Doctrina, jurisprudencia, modelos*. Ediciones Legales.
- Araya, V. (2021). El principio de interpretación conforme a los derechos humanos en dos sentencias: filiación homoparental y matrimonio igualitario. *Opinión Jurídica*, 20(42), 255-274. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n42a10>
- Armas, E. y Piérola, V. de (2022). Visión normativa del derecho fundamental a la identidad del niño frente al orden de prelación de sus apellidos. *Fides et Ratio. Revista de Difusión Cultural y Científica*, 24(24), 81-98. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-081X2022000200006&lng=es&tlng=es.
- Avalos, B. (2024). Derecho de familia. *Temas polémicos*. LP.
- Baena, G. A., García, C. S., Duque, M. C. y Velásquez, D. S. (2020). Perspectivas investigativas en torno a las parejas sin hijos y su relación con el concepto de «familia»: un estado del arte. *Interdisciplinaria*, 37(2), 175-194. <https://dx.doi.org/10.16888/interd.2020.37.2.11>
- Betancur, J. (1982). Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación número: 1757. https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/providencias/13_CE-SC-EXP1982-N1757.pdf
- Calva, Y. G., Riofrio, M. E. y Prado, E. B. (2021). Derechos emergentes del matrimonio y de la unión de hecho: análisis jurídico comparativo. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 9(spe1), 1-28. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.2979>

- Carrizales, Y. y Poma, L. (2019). *Regulación de la indignidad en el concubinato propio* [Tesis de licenciatura, Universidad Peruana Los Andes]. Repositorio Universidad Peruana Los Andes. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/871>
- Castillo, M. (2023). *Derecho de familia* (t. I). Gaceta Jurídica.
- Chanamé, R. (2023). *La Constitución peruana comentada. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Instituto Pacífico.
- Chávez, S. (2023). El divorcio unilateral en Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(2), 5440-5464. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i2.5730
- Cipric, A., Štulhofer, A., Øverup, C. S., Strizzi, J. M., Lange, T., Sander, S. y Hald, G. M. (2021). Does one size fit all? Socioeconomic moderators of post-divorce health and the effects of a post-divorce digital intervention. *Psychosocial Intervention*, 30(3), 163-173. <https://dx.doi.org/10.5093/pi2021a6>
- Crespo, G. A. (2023). Divorcio incausado. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 2297-2319. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.4592
- De Piérola, V. M., Capcha, P., Ludeña, G. F. y Córdova, W. A. (2023). Visión latinoamericana del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú a partir de la interpretación de la Constitución política del Estado peruano desde el caso Susel Paredes. *Regunt*, 2(1), 60-73. <https://doi.org/10.18050/regunt.v2i1.06>
- Deere, C. D. y León, M. (2023). Identidad de las mujeres casadas: el uso del «de» en sus apellidos en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, 84, 19-39. <https://doi.org/10.7440/res84.2023.02>
- Fernández, W. H. (2021). El proceso de cambio de nombre y de reconocimiento de la identidad de género: propuestas para una reforma judicial y legislativa. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(15), 185-223. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.394>

- Gauché, X., Brevis, P., Barría, M. y Parodi, V. (2023). La heteronormatividad de la causal de divorcio por conducta homosexual en Chile: crónica de una derogación anunciada. *Jurídicas*, 20(1), 202-222. <https://doi.org/10.17151/jurid.2023.20.1.10>
- Girgis, S., George, R. P. y Anderson, R. T. (2020). ¿Qué es el matrimonio? *Ius Humani. Revista de Derecho*, 9(1), 87-137. <https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.226>
- Guadagnoli, R. (2015). Cuestiones sobre el nombre en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Actualidad. Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial*, (2), 148-161.
- Herrera, S. (2024). Desheredación e indignidad: hacia una inclusión de los concubinos en el derecho sucesorio peruano. *Clío. Revista de Historia, Ciencias Humanas y Pensamiento Crítico*, (9), 1067-1097. <https://doi.org/10.5281/zenodo.14567315>
- Llanes, R. A. y García, S. M. (2023). Movilización y contramovilización por el matrimonio igualitario en Yucatán. *Revista Mexicana de Sociología*, 85(3), 723-753. <https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2023.3.60778>
- Lohmann, J. (2023). *Derecho de sucesiones* (3.^a ed., t. I). Gaceta Jurídica.
- Macías, E. D., Guarnizo, J. Y. y Ramón, M. E. (2021). Análisis del régimen de bienes en el matrimonio y la unión de hecho. Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 449-463. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.163>
- Murillo, N. y Vásquez, R. (2023). *Necesidad de incorporar el régimen de separación de patrimonios en las uniones de hecho* [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. Universidad César Vallejo. Repositorio Digital Institucional. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/134742>
- Núñez, S. (2021). Divorcio incausado: una urgente actualización normativa. *USFQ Law Review*, 8(2), 157-181. <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i2.2280>
- Orellana, M. I. (2019). El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 103-121. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.6>

- Panta, V. (2024). *La Constitución Política del Perú y el régimen patrimonial concubinario en el Código Civil vigente* [Tesis de licenciatura, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/37871>
- Páramo, C. (2023). Desheredación del cónyuge y del hijo. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, (264), 145-151. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15767>
- Paredes, G. C. y Núñez, M. D. (2019). El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 61-81. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.4>
- Paucar, E. y Quispe, D. (2023). *La deontología kantiana y la figura jurídica del hijo alimentista en el Código Civil peruano* [Tesis de licenciatura]. Universidad Peruana Los Andes.
- Pedrosa, A. M. e S. P. (2024). A celeridade do processo no divórcio administrativo. *Revista Foco*, 17(5), e5028. <https://doi.org/10.54751/revistafoco.v17n5-015>
- Pérez, M. del P. (2024). Capacidad, incapacidad relativa e indignidad para suceder. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 1(49). <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/20131>
- Plácido, A. (2021). Los derechos a fundar una familia y a contraer matrimonio, con independencia de la orientación sexual. *Pólemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/los-derechos-a-fundar-una-familia-y-a-contraer-matrimonio-con-independencia-de-la-orientacion-sexual/>
- Portilla, M. A. y Castillejo, E. M. (2023). La evolución del derecho de familia en el caso «Hijos de Ricardo Morán». *ChornanCap Revista Jurídica*, 1(2), 211-223.
- Quispe, E., Gutiérrez, S. y Vásquez, A. (2024). Nuevas perspectivas sobre el derecho de la cónyuge a adicionar a su nombre el primer apellido de su esposo. *Actualidad Civil*, (125), 43-53.

- Rafael, R. (2020). *La regulación jurídica de la desheredación en las uniones de hecho* [Tesis de doctorado, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/6721>
- Rengifo, F. (2022). El hogar conyugal. Derecho, divorcio y violencia marital en el siglo XIX en Chile. *Latin American Legal Studies*, 10(2), 61-137. <https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol10n2a3>
- Reyes, S. E. y Oyola, M. S. (2022). Funcionalidad familiar y conductas de riesgo en estudiantes universitarios de ciencias de la salud. *Comuni@cción. Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo*, 13(2), 127-137. <https://doi.org/10.33595/2226-1478.13.2.687>
- Romero, M. (2019). Igualdad de derechos de las uniones de hecho y la familia matrimonial en asociaciones. *Lumen*, 2(15), 240-246.
- Romero, H. y Romero, S. (2022). Importancia del apego y las relaciones vinculares en la terapia familiar. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 39(2), 59-68. <https://doi.org/10.31766/revpsij.v39n2a6>
- Rossel, M. L. (2022). La necesaria constitucionalización de los derechos del niño. Propuestas para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de los niños y garantizar su efectividad en la nueva Constitución. *Estudios Constitucionales*, 20, 128-156. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300128>
- Salame, M. A., Cepeda, C. D. y López, A. S. (2023). Análisis de las relaciones poliamorosas en el contexto del derecho de familia ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 15(5), 625-631.
- Simental, V. y Ortega-Laurel, C. (2021). El nombre: derecho humano relacionado al interés superior de los infantes. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 6(18), 103-126. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i18.352>
- Tantaleán, R. (2022). *Derecho de familia*. Instituto Pacífico.
- Tay-Karapas, K., Guzmán-González, M. y Yáñez-Yaben, S. (2020). Evaluación de la adaptación al divorcio-separación: propiedades psicométricas del CAD-S en el contexto chileno. *Psykhé*, 29(2), 1-10. <https://doi.org/10.7764/psykhe.29.2.1484>

- Toralva, A. D. (2022). Evolución y conceptualización de la familia y su incidencia en la legislación peruana. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(4), 4769-4786. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2975
- Toralva, A. D. (2023). Desintegración familiar y la afectación al proyecto de vida de los menores alimentistas. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 9365-9386. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.5064
- Uribe, A. (1961). El nombre en el matrimonio. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 7(34), 56-75.
- Varsi, E. y Canales, C. (2022). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (4.ª ed., t. I). Gaceta Jurídica.
- Vasquez, Y. (2022). *Propuesta normativa para incorporar el régimen patrimonial de separación de bienes en las uniones de hecho del Perú* [Tesis de licenciatura]. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Vega, Y. (2019). *Las nuevas fronteras del derecho de familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*. Ediciones Olejnik.
- Vera, H. y Molinas, A. (2021). La comunidad ganancial en la unión de hecho. ¿Constituye o no un despropósito mantener esta institución en la actualidad? *Novapolis. Revista Paraguaya de Estudios Políticos Contemporáneos*, (19), 135-148. <https://pyglobal.com/ojs/index.php/novapolis/article/view/131>
- Vicuña, M. y Ávila, F. (2021). Los niños abandonados en el Ecuador, el ejercicio de su derecho a la identidad. *Revista Jurídica Derecho*, 10(14), 42-64.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 02771-2017-PA/TC (2019). Tribunal Constitucional (21 de agosto de 2019). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02771-2017-AA.pdf>

Pleno. Sentencia 423/2023. Expediente n.º 00882-2023-PA/TC (2023). Tribunal Constitucional (26 de septiembre de 2023). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>

Proyecto de Ley n.º 6183/2023-CR. «Ley que equipara el derecho del padre y madre a inscribir a sus hijos con sus apellidos». <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/PL-06183-2023-CR-LPDerecho.pdf>

Proyecto de Ley n.º 7114/2023-CR. Ley que modifica el Código Civil y equipara el derecho del padre a inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin develar el nombre de la madre, salvaguardando el derecho a la identidad del menor. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/proyecto-ley-7114-2023-CR-LPDerecho.pdf>

Resolución Ministerial n.º 0046-2020-JUS. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (5 de febrero de 2020). <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/436027-0046-2020-jus>

Resolución n.º 2523-2022-SUNARP-TR. Ministerio de Justicia (1 de julio de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/11/Resolucion-2523-2022-Sunarp-TR-LPDerecho.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha realizado el análisis de la información, la redacción, la revisión crítica y la aprobación de la versión que se publicará.

Biografía del autor

Eduardo Antonio Reyes Castillo es abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, egresado de la maestría en Gestión Pública por la Universidad César Vallejo y la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Alas Peruanas, doctor en Gestión Pública y Gobernabilidad por la Universidad César Vallejo. Dedicado en la actualidad exclusivamente a la docencia y a la investigación científica en temas de familia, género y diversidad sexual.

Correspondencia

c25931@utp.edu.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 419-460

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v17i23.786>

La prueba en el proceso penal ante las contradicciones jurisprudenciales: prueba ilícita, preclusión procesal y libertad probatoria

Evidence in criminal proceedings amid jurisprudential contradictions: illicit evidence, procedural preclusion, and evidentiary freedom

A prova no processo penal em face de contradições jurisprudenciais: prova ilícita, preclusão processual e liberdade probatória

ALEX ANTONIO VALDEZ MARROU
Corte Superior de Justicia de Loreto
(Iquitos, Perú)

Contacto: avaldezm@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0003-3690-3033>

RESUMEN

Este artículo se adentra en la compleja interacción entre la prueba ilícita, la preclusión procesal y la libertad probatoria en el sistema jurídico peruano, mediante un análisis de cómo estas facetas interactúan y a menudo entran en contradicción bajo el marco de la jurisprudencia actual. Iniciamos con el principio de contradicción, se destaca su rol fundamental en garantizar un juicio justo y equitativo, lo que permite a las partes conocer, debatir y refutar las pruebas y los argumentos en su contra. Esta dinámica se torna particularmente crítica cuando entran en juego pruebas ilícitas en las que el derecho a la defensa puede verse

comprometido. El principio de inmediación también juega un papel crucial al fomentar una relación directa entre el juez y las pruebas. Este principio se ve desafiado por la presencia de pruebas ilícitas, ya que el juez debe equilibrar la necesidad de obtener una visión clara de los hechos con la integridad del proceso judicial. Al explorar el derecho constitucional a probar, se considera cómo este derecho esencial se ve afectado por restricciones a la admisibilidad de pruebas ilícitas. La tensión entre el derecho a presentar pruebas y la exclusión de pruebas obtenidas de manera indebida refleja una compleja balanza entre la búsqueda de la verdad y el respeto a los derechos procesales. La preclusión procesal introduce otra capa de complejidad al delinear etapas procesales específicas que pueden limitar o facilitar la presentación de pruebas. Se examina cómo estas restricciones temporales pueden impactar el manejo de pruebas ilícitas al afectar potencialmente tanto a la defensa como a la acusación. En la sección sobre libertad probatoria, se aborda la amplitud y los límites de esta libertad dentro del marco legal peruano, y se destaca cómo permite una variedad en la presentación de pruebas, pero también cómo se ve restringida por la ilegalidad en la obtención de ciertas pruebas. Finalmente, la valoración de prueba ilícita presenta un desafío particular en el cual se equilibra el derecho a un juicio justo con la necesidad de mantener la integridad del proceso. Se discuten las implicaciones de la utilización de pruebas ilícitas y se resaltan casos y decisiones jurisprudenciales que ilustran estas tensiones. Este análisis exhaustivo no solo evidencia las contradicciones y los desafíos presentes en la jurisprudencia peruana, sino que también subraya la necesidad de un marco jurídico equilibrado que respete los derechos fundamentales y mantenga la integridad del proceso judicial.

Palabras clave: prueba ilícita; preclusión procesal; libertad probatoria; presunción de inocencia; revictimización.

ABSTRACT

This article delves into the complex interaction between illicit evidence, procedural preclusion, and evidentiary freedom within the Peruvian

legal system, through an analysis of how these facets interact and often contradict each other under the current jurisprudential framework. Beginning with the principle of contradiction, the article highlights its fundamental role in ensuring a fair and equitable trial, allowing parties to know, discuss, and challenge the evidence and arguments against them. This dynamic becomes particularly critical when illicit evidence is involved, where the right to defense may be compromised. The principle of immediacy also plays a crucial role by fostering a direct relationship between the judge and the evidence. This principle is challenged by the presence of illicit evidence, as the judge must balance the need to gain a clear view of the facts with preserving the integrity of the judicial process. Exploring the constitutional right to present evidence, the article considers how this essential right is affected by restrictions on the admissibility of illicit evidence. The tension between the right to present evidence and the exclusion of improperly obtained evidence reflects a complex balance between the search for truth and respect for procedural rights. Procedural preclusion introduces another layer of complexity by outlining specific procedural stages that may limit or enable the presentation of evidence. It examines how these temporal restrictions can impact the handling of illicit evidence, potentially affecting both the defense and the prosecution. The section on evidentiary freedom addresses the scope and limits of this freedom within the Peruvian legal framework, highlighting how it allows for a variety of forms in presenting evidence, while also being restricted by the illegality in obtaining certain pieces of evidence. Finally, the assessment of illicit evidence presents a particular challenge in balancing the right to a fair trial with the need to maintain the integrity of the process. The article discusses the implications of using illicit evidence and highlights cases and jurisprudential decisions that illustrate these tensions. This comprehensive analysis not only exposes the contradictions and challenges present in Peruvian jurisprudence but also underscores the need for a balanced legal framework that respects fundamental rights and upholds the integrity of the judicial process.

Key words: illicit evidence; procedural preclusion; evidentiary freedom; presumption of innocence; re-victimization.

RESUMO

Este artigo investiga a complexa interação entre a prova ilícita, preclusão processual e liberdade probatória no sistema jurídico peruano, por meio de uma análise de como essas facetas interagem e muitas vezes entram em contradição sob a estrutura da jurisprudência atual. Começamos com o princípio da contradição, destacando seu papel fundamental em garantir um julgamento justo e equitativo, permitindo que as partes conheçam, debatam e refutem as evidências e argumentos contra elas. Essa dinâmica se torna particularmente crítica quando surgem provas ilícitas nas quais o direito à defesa pode ser comprometido. O princípio da ação imediata também desempenha um papel crucial na promoção de uma relação direta entre o juiz e as provas. Esse princípio é desafiado pela presença de provas ilícitas, dado que o juiz deve equilibrar a necessidade de obter uma visão clara dos fatos com a integridade do processo judicial. Ao explorar o direito constitucional de provar, considera-se como esse direito essencial é afetado pelas restrições à admissibilidade de provas ilícitas. A tensão entre o direito de apresentar provas e a exclusão de provas obtidas indevidamente reflete um equilíbrio complexo entre a busca pela verdade e o respeito aos direitos processuais. A preclusão processual introduz outra capa de complexidade ao delinear etapas processuais específicas que podem limitar ou facilitar a apresentação de provas. Examina como essas restrições temporárias podem impactar o tratamento de provas ilícitas, afetando potencialmente a defesa e a acusação. A seção sobre liberdade probatória aborda a extensão e os limites dessa liberdade dentro da estrutura jurídica peruana e destaca como permite uma variedade na apresentação de provas, mas também como é restringida pela ilegalidade na obtenção de determinadas provas. Finalmente, a avaliação da prova ilícita apresenta um desafio particular no qual o direito a um julgamento justo é equilibrado com a necessidade de manter a integridade do processo. As implicações do uso de provas

ilícitas são discutidas e casos e decisões jurisprudenciais que ilustram essas tensões são destacadas. Essa análise abrangente não apenas destaca as contradicções e os desafios presentes na jurisprudência peruana, mas também destaca a necessidade de uma estrutura legal equilibrada que respeite os direitos fundamentais e mantenga a integridade do processo judicial.

Palavras-chave: prova ilícita; preclusão processual; liberdade probatória; presunção de inocência; revitimização.

Recibido: 8/6/2023

Revisado: 14/7/2023

Aceptado: 24/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

En el ámbito del proceso penal, la prueba se reconoce como el pilar fundamental para el esclarecimiento y la resolución de conflictos de intereses. Este rol preponderante se debe a su naturaleza heterocompositiva, en la que se enmarcan múltiples definiciones que buscan dilucidar su relevancia y su función interpretativa. En consecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional convergen en la perspectiva de que la prueba es la herramienta indispensable por medio de la cual el órgano jurisdiccional obtiene la claridad necesaria para dirimir controversias. Este proceso de esclarecimiento es vital para la emisión de un fallo judicial que no solo esté debidamente fundamentado y motivado, sino que también responde a los estándares exigidos por el principio de congruencia procesal. Dicho principio garantiza que las sentencias estén en estricta correspondencia con las pretensiones y los argumentos expuestos por las partes durante el litigio, asegurando así la legitimidad y la justicia en la resolución judicial.

El proceso penal no puede desvincularse de la exigencia de pruebas que sustenten cada acusación, esta es la única manera de salvaguardar la presunción de inocencia del imputado (Mir Puig, 2007).

Por esta razón, resulta crucial comprender a fondo el concepto de prueba, ya que en un proceso penal se alcanza una conclusión que puede afectar significativamente la libertad de una persona bajo investigación. Dicho individuo, a través de sus acciones, podría haber infringido una norma jurídica penal, activando así los mecanismos del poder coactivo y legítimo del Estado, conocido como *ius puniendi*. El entendimiento preciso de la prueba es, por tanto, un elemento clave en el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

El principio de congruencia procesal exige que toda decisión judicial esté fundamentada en pruebas sólidas y legítimas, lo que asegura una adecuada correlación entre los hechos juzgados y la sentencia emitida (Taruffo, 2010).

El proceso debe ser meticuloso y exhaustivo, y garantizar que cualquier decisión tomada esté firmemente anclada en pruebas sólidas y en una interpretación correcta de la ley, para evitar errores judiciales que podrían resultar en consecuencias irreparables para el acusado y para la integridad del sistema de justicia penal.

La finalidad principal del proceso penal es establecer la verdad material de los hechos, lo que solo es posible mediante un manejo adecuado y legítimo de las pruebas (Binder, 2000).

Debe entenderse la prueba como la actuación de las partes y los sujetos procesales cuyo objetivo es generar convicción en el juez respecto a los hechos o sucesos que desencadenaron la investigación penal. Tanto el fiscal como el abogado de la defensa trabajan para crear en el juzgado la certeza sobre la verdad material del evento en cuestión. Este esfuerzo se realiza a través de un debate en el que ambos actores presentan argumentos legítimos y evidencia probatoria. En este intercambio, se debe mantener un estricto respeto por el principio de igualdad y el debido proceso, entendiendo este último en su más amplia expresión jurídica. Por lo tanto, la admisión y la valoración de las pruebas debe conducirse de manera que se garantice la transparencia y la equidad procesal, asegurando que el resultado final sea el producto de un juicio justo y equilibrado que refleja fielmente los hechos probados.

La prueba es el eje del proceso penal, ya que permite garantizar la emisión de una resolución justa, basada en hechos probados y en el respeto a los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1995).

La prueba es esencial en el proceso penal, ya que facilita el acceso a la verdad material y proporciona los elementos necesarios para que el juez pueda, en su caso, dictar una sentencia con privación de libertad al acusado. Esta acción representa la ruptura del principio de presunción de inocencia, y solo se justifica cuando la credibilidad y el peso de la tesis acusatoria son suficientemente sólidos. En contraposición, si no se logra establecer la veracidad de la acusación, no habría más alternativa que la absolución del imputado. Es un proceso delicado que debe manejarse con la máxima cautela, ya que la libertad y la dignidad del individuo están en juego, lo cual exige una evaluación meticulosa y justa de las pruebas presentadas.

Se puede verificar en el R. N. n.º 1232-2011-Ayacucho, en el fundamento quinto, sobre la finalidad del proceso:

El proceso penal tiene por finalidad alcanzar la verdad concreta, para lo cual se debe establecer plena correspondencia entre la identidad del autor del ilícito y de la persona sometida a proceso, y evaluar los medios probatorios acopiados con la finalidad de establecer la comisión o no del delito y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del encausado.

La prueba es esencial en el proceso penal, ya que facilita el acceso a la verdad material y proporciona los elementos necesarios para que el juez pueda, en su caso, dictar una sentencia con privación de libertad al acusado. Esta acción representa la ruptura del principio de presunción de inocencia, y solo se justifica cuando la credibilidad y el peso de la tesis acusatoria son suficientemente sólidos. En contraposición, si no se logra establecer la veracidad de la acusación, no habría más alternativa que la absolución del imputado. Es un proceso delicado que debe manejarse con la máxima cautela, ya que la libertad y la dignidad del individuo están en juego, lo cual exige una evaluación meticulosa y justa de las pruebas presentadas.

En el R. N. n.º 1346-2011-Puno, fundamento quinto, se indica lo siguiente:

El acopio de los medios de prueba tiene como natural correlato o consecuencia el debate y valoración de las mismas para conocer si el objeto del procedimiento es real, si la imputación es verdadera, falsa o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad y finalmente adquirir la certeza de haber esclarecido el caso, todo ello dentro del debido proceso para infundirle legitimidad; que, en este orden de ideas, una resolución de carácter final debe estar precedida de una actividad probatoria razonable que permita establecer de manera concreta la culpabilidad o inocencia del encausado.

Mientras que teóricamente los criterios de oportunidad, legitimidad y licitud probatoria son conceptos claros, en la práctica judicial y jurisprudencial surgen complejidades. Es posible que se objete o contradiga la licitud y la oportunidad de las pruebas presentadas, debido a que en ciertas fases del proceso, como en el control del requerimiento acusatorio, la admisión de pruebas es sumamente restringida, mientras que en el juicio oral se permite una libertad probatoria más amplia. Por esta razón, es imperativo definir y comprender principios fundamentales como el de contradicción y el de inmediación, para asimilar el consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la constitucionalidad de la prueba. Esto garantiza que los principios constitucionalmente reconocidos se mantengan presentes, permitiendo abordar y resolver las controversias que surgen entre el principio de preclusión probatoria y la libertad probatoria. Estos principios son esenciales para equilibrar la rigurosidad procesal con la flexibilidad necesaria para descubrir la verdad en el proceso penal.

La legitimidad del sistema judicial descansa en su capacidad para resolver conflictos mediante la valoración transparente y objetiva de las pruebas presentadas (Langer, 2011).

2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción constituye una garantía fundamental para el procesado en la salvaguarda de su derecho al debido proceso, así como en el reforzamiento del principio de presunción de inocencia. Este principio se manifiesta de manera crítica en el momento en que el juez emite una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria. Bajo este principio, se asegura que el acusado tenga la oportunidad de confrontar y refutar las pruebas y los argumentos presentados en su contra, lo que es esencial para mantener la equidad y la justicia del proceso.

El principio de contradicción garantiza la igualdad de armas entre las partes procesales, asegurando que toda prueba y argumento sean sometidos a debate antes de ser valorados por el juez (Ferrajoli, 1995).

De esta manera, el principio de contradicción no solo protege los derechos del acusado, sino que también contribuye a la integridad y la legitimidad del proceso judicial, garantizando que las decisiones se tomen tras un examen exhaustivo y equitativo de todas las evidencias y las perspectivas involucradas.

La contradicción es el núcleo de un juicio justo, ya que permite la confrontación entre acusación y defensa al promover un proceso equilibrado y transparente (Mir Puig, 2007).

En el derecho procesal, se reconoce la facultad de los sujetos procesales de presentar pruebas con el fin de refutar las afirmaciones de la parte contraria. Este derecho se utiliza con mayor frecuencia en la defensa del investigado o acusado. El individuo adquiere la condición de investigado desde la apertura de las diligencias preliminares, momento en el cual se le informa de las sospechas delictivas que pesan sobre él. Posteriormente, se convierte en acusado cuando el fiscal, tras concluir el plazo de formalización y continuación de la investigación preparatoria y emitir la disposición fiscal de conclusión de investigación, decide presentar un requerimiento acusatorio. Este paso se da tras haber reunido suficientes elementos de convicción que respalden una sospecha suficiente para llevar el caso a juicio oral. En esta etapa, el ya acusado dispone de un plazo procesal para presentar observaciones al requerimiento fiscal, así como para aportar pruebas que busquen desvirtuar la tesis acusatoria. De

esta manera, se garantiza el ejercicio del derecho a la defensa y se asegura la equidad en el proceso judicial, se permite así al acusado confrontar de manera efectiva las acusaciones en su contra.

El principio de contradicción adquiere su máximo esplendor en el juicio oral, donde las partes pueden debatir directamente ante el juez, garantizando la inmediación y la imparcialidad (Binder, 2000).

Este principio, que antecede al de igualdad de armas, establece que los puntos controvertidos deben ser presentados a los sujetos procesales, tanto acusadores como defensores, para garantizar, en primera instancia, el conocimiento cabal de la imputación contra el procesado, imputado o acusado. Este procedimiento es esencial para que la defensa pueda prepararse adecuadamente y abordar de manera efectiva la clarificación de los hechos de naturaleza criminal. Al asegurar que todas las partes involucradas tengan acceso a la misma información y la oportunidad de responder a ella, se refuerza el proceso judicial, haciendo hincapié en la transparencia y la equidad, lo que es fundamental para la integridad del sistema de justicia penal y la protección de los derechos fundamentales del acusado.

En términos prácticos, este principio se evidencia cuando el órgano jurisdiccional notifica a la defensa sobre la acusación contenida en el requerimiento fiscal. Esta acción permite al abogado defensor conocer todos los fundamentos y los elementos de convicción presentados en el proceso penal, habilitándolo así para preparar una defensa adecuada. La validez de la notificación dentro de un plazo razonable es esencial para garantizar la legitimidad del proceso penal. Dicha notificación no solo cumple con un requisito formal, sino que también es un aspecto crítico para asegurar que el acusado tenga una oportunidad justa y efectiva de defenderse. Esta práctica subraya la importancia de un proceso equitativo, donde se respetan los derechos del acusado y se mantiene la integridad del sistema de justicia penal.

La contradicción no es solo una regla procesal, sino un derecho fundamental que asegura a las partes la posibilidad de refutar pruebas y argumentos adversos (Gómez Colomer, 2012).

Se encuentra reconocido este principio en la Constitución Política del Perú en el artículo 139, numeral 3, que señala: «Son principios y

derechos de la función jurisdiccional: [...] 3) La observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional», lo que presenta un requerimiento esencial en la constitucionalización de la actuación probatoria en el proceso penal.

En el Código Procesal Penal se puede encontrar en el artículo I, numeral 2: «Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este código». Este principio se sustenta en la necesidad de la prueba en el proceso penal debido a que el juicio previo se da con la actuación y el debate de la prueba en juicio oral, la oralidad de la prueba es importante porque permite el legítimo debate entre las partes procesales y la inmediación del juez ante las partes y la prueba que se está actuando, la audiencia de juicio oral es pública siempre y cuando no vulnere la dignidad de los participantes, como en el caso de violación sexual de menores de edad, y se entiende que es contradictorio por el mismo debate que se da en audiencia, lo que crea una verdad material.

El principio de contradicción es inseparable de la presunción de inocencia, pues es a través del debate probatorio que se evalúa la validez de la acusación (Chiavario, 2009).

3. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Este principio subraya la necesidad de que el juez encargado del caso tenga acceso directo y completo a todos los elementos de convicción. En el contexto del juez de investigación preparatoria, esto implica la capacidad de evaluar si los medios probatorios presentados por el fiscal, el acusado y, en su caso, el actor civil, deben ser admitidos para su consideración en el juicio oral. Asimismo, es crucial que el juez penal, al valorar las pruebas admitidas, tenga la posibilidad de examinar en detalle el conjunto de pruebas, incluyendo testimonios, evidencias periciales y documentales, durante el debate. Esto le permitirá determinar, con un grado de certeza mayor a toda duda razonable, si procede emitir una sentencia condenatoria o, por el contrario, si no hay suficiente convicción para proceder a una absolución. En esencia, el juez debe tener un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del proceso

penal para poder emitir una resolución judicial debidamente motivada y fundamentada, ya sea para resolver un pedido o un requerimiento. Este principio es fundamental para garantizar la objetividad y la justicia en el proceso penal, asegurando que las decisiones judiciales se basen en una valoración directa y minuciosa de las pruebas disponibles. El principio de inmediación asegura que el juez tenga contacto directo con los elementos probatorios, garantizando una valoración objetiva y fundada (Ferrajoli, 1995).

En la etapa de investigación preparatoria, es una norma que los elementos de convicción presentados por el fiscal deben estar debidamente fundamentados. Asimismo, es crucial que la defensa del imputado tenga la oportunidad de presentar observaciones, emplear medios técnicos de defensa o plantear excepciones. Posteriormente, en la etapa de juicio oral, el juez de juicio oral tiene una mayor proximidad e interacción directa con los elementos de convicción, los cuales se han transformado en pruebas y se especifican en el auto de enjuiciamiento. Resulta esencial comprender la relevancia de la actuación de la prueba y la posibilidad de plantear la admisión de nuevas pruebas, siempre siguiendo los parámetros establecidos para su aceptación. Este proceso destaca la importancia de un análisis detallado y una valoración cuidadosa por parte del juez, asegurando que cada prueba sea considerada de manera justa y objetiva, contribuyendo así a la integridad y la equidad del proceso penal.

La inmediación refuerza la credibilidad del proceso penal al permitir al juez observar personalmente las pruebas, los testimonios y la dinámica procesal (Binder, 2000).

En la Casación n.º 09-2007, fundamento de derecho dos, se advierte:

Que el nuevo Código Procesal Penal establece que el juicio es la etapa principal del proceso, rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones —por capaz que sea— de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además,

tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin intermediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí que debe protegerse la intermediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.

El principio de intermediación complementa el de contradicción, al garantizar que el debate probatorio sea presenciado directamente por el juzgador (Gómez Colomer, 2012).

4. DERECHO CONSTITUCIONAL A PROBAR

El derecho a probar está consagrado en la Constitución Política, enmarcado dentro del derecho al debido proceso y a la debida tutela jurisdiccional. Este derecho implica que el órgano jurisdiccional debe valorar cuidadosamente las pruebas postuladas y admitidas en el proceso para determinar la responsabilidad del procesado. La valoración de estas pruebas es fundamental para decidir si son suficientemente convincentes como para superar la presunción de inocencia e imponer una sentencia condenatoria. Sin embargo, si las pruebas no alcanzan un grado de claridad y fuerza esclarecedora, el juez debe mantener la presunción de inocencia del acusado. Esto implica que, en caso de una sentencia absoluta, se ha reconocido la insuficiencia de pruebas para refutar esta presunción. Por lo tanto, en el proceso penal es esencial la eficacia constitucional de la prueba para el esclarecimiento de los hechos y la verdad material, fundamentales en la formación del convencimiento del juez. Este enfoque asegura que las decisiones judiciales se basen en una comprensión completa y justa de los hechos, respetando los principios constitucionales y los derechos del acusado.

El derecho a probar es una garantía procesal y constitucional que asegura que las partes puedan presentar los medios necesarios para sostener su posición, respetando siempre los principios de pertinencia y legalidad (Ferrajoli, 1995).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. n.º 6712-2005, menciona que el medio probatorio debe contar con:

- *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias. (Fundamento 26)

La constitucionalidad de la prueba se puede observar en el artículo 2, numeral 24, literal e: «Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Este artículo se sustenta en la constitucionalidad de la prueba, en relación con la desvirtualización de la inocencia que tiene todo ciudadano cuando es sujeto, desde el primer momento, en un proceso penal, pues debe existir actuación de prueba en juicio oral. En dicha actuación las partes deben sustentar sus pretensiones, pero siempre teniendo bien en claro, y en primera instancia, que se le debe tratar como inocente y solamente desaparece cuando existe una sentencia condenatoria.

A la luz de todo lo expuesto, queda claro que en el proceso penal no debe permitirse ninguna vulneración de los derechos constitucionales, como el derecho a la defensa y el debido proceso. Esto implica que nadie debe verse sometido a un proceso penal en el cual no pueda ejercer su derecho a la presunción de inocencia. Se deben cumplir rigurosamente los parámetros que garantizan la dignidad de la persona y el derecho a un proceso penal legítimo. En este contexto, se protegen de manera integral los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en el proceso, asegurando que las decisiones judiciales se tomen de manera justa y respetando los principios constitucionales y legales establecidos.

El derecho constitucional a probar no es absoluto; está limitado por la licitud de los medios ofrecidos y su compatibilidad con los principios de legalidad y respeto a los derechos fundamentales (Gómez Colomer, 2012).

5. LA PRECLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL

La preclusión procesal se entiende como la pérdida de una etapa procedimental ya actuada. Esta ocurre cuando se cumple con lo requerido

o solicitado, o se agota el período o plazo estipulado para cierta etapa procedimental. Así, el proceso queda listo para avanzar a la siguiente fase. Por ejemplo, en el proceso penal, una vez que el fiscal presenta la formalización o continuación de la investigación preparatoria, no puede retrotraer el caso a la etapa de diligencias preliminares. En esta línea, si la investigación ya ha sido formalizada, el fiscal no puede disponer un archivo preliminar del caso. En cambio, deberá solicitar al juez el sobreseimiento de la causa, presentando un requerimiento de sobreseimiento para que el juez verifique la legalidad y la fundamentación adecuada de dicho archivo. Esto es crucial, puesto que el proceso ya se ha judicializado. Por tanto, cualquier acto que realice el juez y que comprometa la libertad del acusado o el desarrollo del proceso, debe ser verificado o confirmado por el juez de investigación preparatoria. Esta práctica asegura el cumplimiento de los procedimientos legales y protege los derechos de todas las partes involucradas en el proceso.

La preclusión procesal asegura la eficiencia del proceso penal al delimitar con claridad las etapas y los actos procesales, evitando retrocesos y asegurando un avance ordenado (Ferrajoli, 1995).

Durante un juicio oral, la presencia de la preclusión procesal es evidente. En este contexto, el juez de juicio oral no está autorizado a permitir que el fiscal lleve a cabo actos de investigación adicionales. Tampoco puede consentir que, una vez instalado el juicio oral, se retrotraiga el proceso para que el fiscal extienda la investigación preparatoria con el fin de recolectar más elementos de convicción y, posteriormente, presentar una nueva acusación en la etapa intermedia. Permitir tales acciones constituiría una grave violación al debido proceso. El principio de preclusión procesal exige que las partes procesales actúen con diligencia en cada etapa del proceso. Este principio es fundamental para asegurar la conducción adecuada del proceso y para salvaguardar los principios constitucionales previamente mencionados. De esta manera, se garantiza la integridad y la eficiencia del proceso judicial, respetando los derechos de todas las partes involucradas y asegurando que se sigan los procedimientos establecidos por la ley.

En la Constitución se tiene, en el artículo 139, numeral 3, primer párrafo: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...]». Se entiende como debido proceso cuando en un proceso judicial se advierte que, en cada procedimiento, se cumpla con los principios fundamentales que la misma Constitución reconoce. En relación con la prueba en el proceso penal, debe haber una correcta postulación probatoria, respetando los plazos de presentación probatoria, como la correcta notificación en plazo razonable en la preparación de la defensa del acusado; se entiende que no puede existir admisión ni valoración de prueba ilícita.

En la Casación n.º 413-2014, en el fundamento trigésimo cuarto, se señala:

Admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes en un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por los otros sujetos procesales.

La preclusión es un instrumento esencial para garantizar el debido proceso, ya que previene la dilación indebida y asegura que cada etapa se cumpla en los términos establecidos por la ley (Acuerdo n.º 14-2018-SPSP-CSJLL; Mir Puig, 2007).

La preclusión procesal está estrechamente vinculada al concepto de plazo razonable en el proceso penal. Constituye una exigencia imperativa para el aparato de justicia estatal resolver las controversias judiciales de manera expedita, evitando dilaciones innecesarias y sin transgredir derechos fundamentales. Esto implica emitir un pronunciamiento definitivo sobre la continuación o la conclusión del proceso, respetando los requisitos procesales establecidos, incluido el tiempo asignado para realizar diligencias tanto por parte del fiscal como del juzgado. Este enfoque garantiza la eficiencia y la justicia en el proceso penal, asegurando que los procedimientos no solo sean justos y transparentes, sino también oportunos. De esta manera, se protege el derecho de todas las partes a un juicio justo dentro de un marco temporal razonable, respetando así

el equilibrio entre la administración eficaz de la justicia y el respeto a los derechos procesales.

En jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. n.º 00042-2015, se tiene:

el derecho al plazo razonable del proceso constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Este se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3.c) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1). Busca proteger a las personas procesadas de las dilaciones indebidas y también garantizar a los justiciables frente a procesos excesivamente breves [...]. En esa línea, se ha precisado que el plazo de un proceso o un procedimiento será razonable solo si es que aquel comprende un lapso que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes. (Antecedente 4)

En el Código Procesal Penal existe como ejemplo lo señalado en el artículo 350, numeral 1:

La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días estas podrán:

- a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;
- b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;
- d) Pedir el sobreseimiento;

- e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;
- f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;
- g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,
- h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

Todo lo antes mencionado en el artículo señala que las partes, al correrse traslado, no podrán presentar observaciones u otros más si pasa el plazo solicitado, por lo que se debe verificar correctamente la debida notificación. Esta es una oportunidad en la cual no puede retrotraerse, salvo existan vicios de nulidad, pero se da cuando es gravemente vulneradora al debido proceso y no subsanable.

Esta dinámica permite que el juez de investigación preparatoria ejecute un control de legalidad sobre los medios de prueba ofrecidos para su admisión en el juicio oral. Funciona como un filtro para determinar cuáles pruebas serán presentadas ante el juez penal y cuáles serán susceptibles de valoración. Este proceso incluye la notificación válida que el órgano jurisdiccional debe realizar. De esta manera, se garantiza que solo las pruebas que cumplen con los criterios legales y procedimentales pertinentes sean consideradas durante el juicio. Este control de legalidad es esencial para asegurar la integridad y la equidad del proceso penal, permitiendo que el juez tome decisiones informadas y justas basadas en evidencias pertinentes y legítimamente obtenidas, en consonancia con los derechos procesales y los principios de justicia.

6. LIBERTAD PROBATORIA

La libertad probatoria es un concepto clave en la etapa de juicio oral, donde el juez penal posee la facultad de determinar, actuar y valorar los

medios probatorios que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos materia del juicio. Esto significa que si durante el proceso el juez identifica una incidencia, testimonial o documental que revela la existencia de un medio probatorio relevante, útil y conducente para el caso, tiene la libertad de admitirlo como tal y proceder con su actuación. Esta libertad probatoria es fundamental para asegurar que el juez tenga acceso a toda la información relevante y necesaria para llegar a una conclusión justa y fundamentada. Permite una evaluación completa y exhaustiva del caso, facilitando que el juez tome decisiones basadas en la más amplia gama posible de evidencias disponibles, respetando siempre los principios del debido proceso y los derechos de las partes involucradas.

El propósito de esta libertad es permitir al juzgador disponer la actuación de una prueba que, posiblemente, no fue incluida en un inicio en el proceso. Durante el debate puede surgir la necesidad de esta actuación probatoria para alcanzar la certeza acerca de un criterio condenatorio o absolutorio. Por lo tanto, la facultad del juez va más allá del criterio de oportunidad postulatoria probatoria y de la preclusión probatoria. Esto implica que el juez puede introducir pruebas nuevas y relevantes, identificadas como cruciales en el curso del juicio, incluso si estas no fueron consideradas inicialmente. Esta capacidad asegura que el proceso sea lo más exhaustivo y justo posible, y que proporcione al juez los medios para formar un juicio completo y bien fundamentado, basado en todas las evidencias pertinentes disponibles, tanto las presentadas inicialmente como las emergentes durante el juicio.

Un artículo que se puede verificar es el 373, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal, donde se señala:

1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden **ofrecer nuevos medios de prueba**. Solo se admitirán aquellos que las partes han tenido **conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación** [énfasis añadido].
2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo

cual se requiere **especial argumentación de las partes** [énfasis añadido]. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.

En el numeral primero señala los medios de prueba que se conocieron con prioridad y en el segundo los que no fueron admitidos en la etapa intermedia por el juez de investigación preparatoria.

Este enfoque subraya un aspecto fundamental: la etapa de investigación preparatoria debería actuar como un filtro de legalidad en las actuaciones procesales. Es durante esta etapa donde se establecen los puntos controvertidos del proceso, los cuales quedan plasmados en el auto de enjuiciamiento, considerado como la «partida de nacimiento» del juicio oral. El primer numeral del artículo 373 puede interpretarse como una medida que se aplica posteriormente en el proceso. Sin embargo, el segundo numeral presenta controversias en la práctica judicial. Aunque una declaración o un elemento documental pueda no parecer relevante para el juez de investigación preparatoria, para el juez de juicio oral sí puede ser necesaria dicha actuación, debido a la facultad otorgada por la libertad probatoria. Esto implica que, aunque una prueba no haya sido considerada significativa en las etapas iniciales, puede adquirir relevancia en la etapa del juicio oral. Esta situación destaca la importancia de un análisis exhaustivo y flexible en cada etapa del proceso, asegurando que todas las pruebas pertinentes sean consideradas para garantizar un juicio justo y completo.

7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

En lo desarrollado anteriormente, se identifican ciertas contradicciones, particularmente en relación con la constitucionalidad de la prueba. Es un principio fundamental que no se puede admitir ni valorar una prueba ilícita, entendida como aquella obtenida vulnerando derechos fundamentales como la libertad, la dignidad, la intimidad, entre otros. La valoración de una prueba ilícita no es constitucionalmente válida y su utilización conlleva graves implicaciones. Cualquier acto procesal, incluyendo el juicio oral en sí, puede ser declarado nulo si se basa en

la valoración de pruebas ilícitas. Además, el magistrado que valora una prueba obtenida de manera ilícita podría enfrentar sanciones disciplinarias. Este enfoque subraya la importancia de adherirse estrictamente a los principios de legalidad y constitucionalidad en todas las fases del proceso judicial, garantizando así la protección de los derechos fundamentales y la integridad del proceso legal.

Si bien la regla general prohíbe la utilización de pruebas ilícitas, existen excepciones importantes. Específicamente, la valoración probatoria de una prueba ilícita se vuelve viable cuando esta contribuye a sustentar la absolución del procesado. En otras palabras, aunque el Código Procesal Penal prohíbe en primera instancia el uso de pruebas obtenidas de manera ilícita, si el análisis y la valoración de dicha prueba ilícita apuntan a confirmar la inocencia del acusado, su fundamentación se considera válida. Esta excepción representa un delicado equilibrio entre el respeto a los principios de legalidad y la necesidad de asegurar que un inocente no sea condenado injustamente. Subraya la importancia primordial de la justicia y la equidad en el proceso penal, incluso en situaciones donde los métodos de obtención de pruebas entran en conflicto con las normativas legales y éticas establecidas.

Esto se puede sustentar en el Exp. n.º 2009-00215-91-280 I-JR-PE-01, del 7 de febrero de 2012, fundamento 6, en el que se indica: «Respecto a los actos de reconocimiento fotográfico practicados por el agraviado, por MMH, por RCM, por IPCM, y por EMPP, que constituyen prueba ilícita, si bien no pueden usarse para condenar, pueden valorarse para absolver».

Como también se puede apreciar en el pleno jurisdiccional de Trujillo de 2004 en el que trataron sobre la prueba ilícita y la prueba prohibida:

Tercero. Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, **siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado** [énfasis añadido], pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra. (Poder Judicial del Perú, 2010)

Esto muestra contradicción en los criterios constitucionales con lo plasmado en el Código Procesal Penal desarrollado en el ámbito jurisdiccional, puesto que en el mismo código se indica que toda interpretación que se tenga en el código se realizará en lo más favorable al imputado. El artículo VII, numeral 3, del Código Procesal Penal, precisa al respecto:

La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales será interpretada restrictivamente. **La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos** [énfasis añadido].

Es legítimo que un juez pueda valorar una prueba obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, pero únicamente si esta contribuye a la absolución del acusado. Sin embargo, surge una crítica importante: ¿en qué momento procesal se debería admitir tal medio de prueba? Es poco probable que una prueba así haya pasado el filtro del juez de investigación preparatoria. Además, es cuestionable en qué momento del debate del juicio oral el juez penal se percató de este medio de prueba, que, observado o no por la defensa del acusado, fue admitido tras un debate de fondo y que al final resultó crucial para absolver al acusado.

En este contexto, cuando el fiscal presenta un requerimiento acusatorio, el juez en la audiencia debe verificar si los elementos de convicción mostrados por el fiscal, la defensa del acusado o el actor civil cumplen con el filtro de legalidad, así como con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba que se va a postular. No se debería conceder como legítima una prueba admitida si esta implica la vulneración de un derecho constitucional o tiene carácter ilícito. Este enfoque destaca la necesidad de un juicio justo y equitativo, asegurando que todas las pruebas sean consideradas bajo estrictos estándares de legalidad procesal.

Esta situación plantea dudas significativas en un contexto práctico. Imaginemos una escena en un debate judicial donde el juez penal

advierte la existencia de una prueba que, aunque viola la intimidad del acusado, podría ser crucial para su absolución. Amparándose en la libertad probatoria, el juez decide admitir esta prueba en el juicio oral, argumentando su importancia para el esclarecimiento del proceso. Esta decisión se basa en la premisa de que la prueba podría alterar el curso del juicio, ofreciendo una nueva perspectiva sobre los hechos, en especial cuando previamente existían dudas sobre la absolución o la condena del acusado.

Sin embargo, al practicar dicha prueba, el juez descubre que el acusado es, de hecho, culpable. Este resultado plantea un dilema ético y legal significativo: ¿justifica el fin de obtener un veredicto justo el medio de utilizar una prueba conseguida mediante la violación de los derechos del acusado? Este escenario destaca la complejidad inherente a la toma de decisiones judiciales y la importancia de equilibrar la búsqueda de la verdad con el respeto a los derechos fundamentales y los principios del debido proceso.

Otro problema surge cuando, en segunda instancia, se declara nula la sentencia original, aunque esta tuviera un sustento razonable para condenar. El incidente clave aquí es la admisión de un documento inconstitucionalmente, una prueba ilícita, lo cual socava la validez del juicio. Esta situación sugiere que el juez penal admitió dicha prueba con la intención de buscar argumentos que sustentaran la absolución del acusado. Tal acción genera una controversia considerable, ya que implica la posibilidad de parcialización por parte del juez.

El análisis previo, centrado en la legitimidad constitucional de la prueba y la pertinencia postulatoria probatoria, apunta hacia una conclusión simple en teoría pero compleja en la práctica. A pesar del debate sobre la admisibilidad y la valoración de pruebas en el juicio penal, la realidad práctica es que la inclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionales conlleva a menudo la nulidad del juicio en una instancia superior. El juzgado de segunda instancia, al observar una incorrecta aplicación del proceso penal, puede disponer la realización de un nuevo juicio oral, subrayando así la importancia del estricto cumplimiento de los procedimientos legales y la protección de los derechos constitucionales en el proceso judicial.

Por lo que el mismo Tribunal Constitucional, en el Exp. n.º 00655-2010, fundamento 7, señala:

En consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, **que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida [sic] en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona** [énfasis añadido], o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada.

La valoración de una prueba ilícita, independientemente de si esclarece los hechos, puede generar un conflicto entre el criterio jurisprudencial del Poder Judicial y el del Tribunal Constitucional. Esta contradicción gira en torno a la libertad probatoria: el juez penal puede estar convencido de la necesidad de una prueba para esclarecer los hechos, pero su inclusión, si se considera ilícita, puede llevar a un manejo incorrecto del proceso y resultar en una nulidad procesal. Este es un dilema entre la búsqueda de la verdad y el estricto cumplimiento de los principios legales y constitucionales.

8. LIBERTAD PROBATORIA VS. PRECLUSIÓN PROCESAL

Como se mencionó anteriormente, la preclusión procesal se refiere a la oportunidad de presentar un medio probatorio, siempre respetando los plazos procesales y la pertinencia postulatoria de cada etapa del proceso penal. Queda claro que no es una facultad libre para los sujetos procesales el presentar medios de prueba en cualquier momento. Esta limitación asegura que el proceso se desarrolle de manera ordenada y coherente, respetando el marco legal y evitando sorpresas procesales que puedan afectar la equidad del juicio.

En la discusión sobre la libertad probatoria, se destacó que esta otorga al juez la libertad de ingresar cualquier medio de prueba, ya sea que este haya sido previamente rechazado o sea incorporado por iniciativa del propio juez. Un ejemplo claro es la admisión de prueba nueva en

el juicio oral, que no fue advertida por el juez de investigación preparatoria en el requerimiento acusatorio o en la carpeta fiscal. Estas pruebas pueden ser incorporadas siempre que se demuestre su desconocimiento posterior al auto de enjuiciamiento. Otro caso es cuando los medios de prueba, no admitidos inicialmente por el juez de investigación preparatoria, son luego aceptados en el juicio oral si el juez penal los considera pertinentes. Además, un caso más amplio de libertad probatoria se da en la prueba de oficio, donde el juez tiene aún mayor autonomía para determinar la admisión de pruebas, señalada en el artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal:

El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

El artículo en cuestión establece que el juez tiene la autoridad para determinar la inclusión de medios de prueba, ya sean testimonios, documentos, pericias, entre otros. Una particularidad importante de este proceso es que las resoluciones del juez respecto a la admisión de estas pruebas son inapelables. Esto significa que no se puede recurrir o impugnar dichas resoluciones, dejando a los sujetos procesales sometidos únicamente a lo decidido por el juez penal. Este aspecto subraya la relevancia y la autoridad decisiva del juez en el manejo de las pruebas dentro del proceso penal.

Un escenario contradictorio en el marco de la libertad probatoria puede surgir cuando, durante la declaración de un testigo, se menciona un documento que no fue incluido en la carpeta fiscal, no fue presentado en el requerimiento acusatorio, ni mencionado en el auto de enjuiciamiento. En tal caso, el juez penal podría decidir admitir este documento como prueba, siempre que se realice un breve debate sobre la admisión de dicho medio probatorio. Lo notable aquí es que, una vez que el juez

decida admitir la prueba, su resolución es inapelable, lo que implica que los sujetos procesales deben aceptar dicha decisión sin posibilidad de recurso. Esto destaca la discrecionalidad del juez en la gestión de las pruebas, aunque también plantea cuestiones sobre la equidad y la coherencia en el proceso judicial.

Esto lo podemos verificar en el Acuerdo Plenario de La Libertad:

Para hacer memoria o evidenciar contradicciones excepcionalmente puede utilizarse cualquier documento que contenga la declaración del órgano de prueba brindada en otros procesos judiciales y/o procedimientos administrativos, **el cual puede ser incorporado al juicio** [énfasis añadido], a petición de parte y en el momento mismo del examen del órgano de prueba, para cuyo efecto, el Juez generará debate sobre su pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad, debiendo en ese momento disponer la salida de la sala de audiencias del declarante por breve término hasta emitir pronunciamiento sobre su admisibilidad. En caso sea admitido el documento por el Juez, se ordenará el reingreso a la sala del declarante, se procederá a su previo reconocimiento a efectos de ser utilizado por el sujeto procesal en el examen del mismo. (Acuerdo n.º 14-2018-SPS-CSJLL)

Los acuerdos de las salas penales de La Libertad han ampliado el criterio jurisprudencial en lo que respecta a la libertad probatoria por parte del juez penal. Esto significa que las restricciones sobre la admisión de pruebas establecidas en el código no son absolutas, ello proporciona al juez la autonomía para incorporar, incluso de oficio, medios de prueba que pueden no ser de interés para las partes, pero sí para el juez. Esta flexibilidad se sustenta en la capacidad que tiene el juez de recabar toda la información posible para obtener un mejor entendimiento del caso en proceso, destacando la importancia de una evaluación exhaustiva y detallada para garantizar la justicia y la precisión en el proceso judicial.

Por todas estas razones, es crucial que exista un criterio uniforme en la admisión y la valoración de las pruebas en el proceso penal. Esto es

necesario para evitar contradicciones entre lo establecido en el Código Procesal Penal y la Constitución respecto a la prueba ilícita, así como entre la libertad probatoria y el principio de preclusión procesal. No es coherente que la etapa de investigación preparatoria sea estricta en la admisión de pruebas mientras que, en el juicio oral, predomine la convicción del juez, socavando el papel del filtro de la etapa intermedia. Establecer una consistencia en estos procesos es fundamental para mantener la integridad y la justicia en el sistema penal, asegurando que todas las etapas del proceso se alineen con los principios legales.

9. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA VS. DERECHO A LA NO REVICTIMIZACIÓN COMO PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEY N.º 30364

El principio de inocencia lo podemos encontrar en el artículo II del Código Procesal Penal, que determina:

1) Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

Esto nos indica que para que el juez emita una sentencia condenatoria a un acusado debe existir la «certeza» de la comisión de un delito, y el acusado debe ser autor o partícipe de él; asimismo, no debe haber alguna duda razonable sobre la responsabilidad penal del acusado. No existe ninguna fórmula arbitraria de condenar a una persona en la valoración de una prueba, se respeta el principio constitucional de interdicción.

En lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia:

Este dispositivo constitucional supone, en *primer lugar*, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es

considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en *segundo lugar*, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal. (Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 36)

10. PRINCIPIO DE NO REVICTIMIZACIÓN

Es comprensible que una persona que ha sido víctima de un delito grave, especialmente en casos de violación sexual a menores de edad, pueda enfrentar un estrés significativo al tener que participar como parte procesal y relatar su experiencia ante personas desconocidas. El principio de no revictimización busca proteger la integridad y el desarrollo personal del menor afectado por una agresión sexual. Este principio subraya la responsabilidad del Estado de salvaguardar a estas víctimas, asegurando que se les brinde la protección necesaria y se les apoye en su intento de recuperar su indemnidad sexual y continuar su desarrollo de manera sana y segura. Este enfoque es esencial para evitar la victimización secundaria y garantizar un proceso judicial sensible y respetuoso con las víctimas de tales delitos.

La «estigmatización secundaria», entendida como la situación en donde un menor de edad, víctima de violación sexual, debe repetir, indiscriminadamente, de forma narrativa su agresión, produciría una afectación psíquica y psicológica grave para dicho menor. Por eso el Estado, mediante sus instituciones, deberá elaborar políticas de gobierno que permitan realizar la reserva de las actuaciones judiciales, reserva de la identidad de la víctima menor agraviada y promover una **única declaración** ejecutando las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la **cámara Gesell**.

Esto lo encontramos en el Acuerdo Plenario n.º 1-2011:

El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia. (Antecedente 37)

11. PRUEBA ANTICIPADA

El Código Procesal Penal establece la figura de la prueba preconstituida, que se refiere a los elementos de convicción presentados durante la formalización y la continuación de la investigación preparatoria y que están destinados a ser admitidos en el juicio oral tras pasar por un filtro de legalidad. Estos elementos concluyen con la presentación de un requerimiento acusatorio en la etapa intermedia y pueden convertirse en prueba mediante el auto de enjuiciamiento. La prueba anticipada, por otro lado, es una excepción a la prueba preconstituida. Esta se utiliza cuando es urgente valorar cierta prueba de forma anticipada, por ejemplo, en situaciones donde el testimonio de peritos o testigos se vea amenazado por enfermedad grave, amenazas u otros impedimentos que puedan afectar su disponibilidad o integridad en la audiencia de juicio oral. Esta actuación anticipada de las declaraciones debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 242 del Código Procesal Penal.

Cuando el representante del Ministerio Público presenta una solicitud ante el juez de investigación preparatoria debe detallar las diligencias que necesita realizar y justificar su urgencia. El juez de investigación

preparatoria, a su vez, es responsable de evaluar la admisibilidad de estas diligencias. Es importante señalar que estas diligencias también pueden llevarse a cabo durante la etapa intermedia del proceso. Este procedimiento asegura que se atiendan adecuadamente las necesidades urgentes del caso, manteniendo al mismo tiempo el debido proceso y la integridad de la investigación.

12. PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA, LEY N.º 30364

Como ya se explicó una idea corta de la prueba anticipada, existe la obligatoriedad de la declaración en cámara Gesell de los menores agraviados en los delitos contra la libertad sexual o afines, como lo señala la Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, del 23 de noviembre de 2015, cuyo fin es proteger a mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad.

En el artículo 23 de la señalada ley, cuando la víctima sea niño, niña y adolescente o mujer, la declaración «debe» practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como «prueba anticipada». Ello implica que en forma imperativa las declaraciones de dichas personas señaladas deben actuarse obligatoriamente mediante la prueba anticipada, lo que en contrario de dicho acto procesal se invalidará.

Esta ley es de vital importancia en el ámbito del derecho penal, ya que su objetivo principal es proteger a las víctimas de delitos particularmente graves. Al evitar la revictimización, la ley se convierte en un componente esencial de una política criminal enfocada en apoyar a la parte más vulnerable en un proceso penal: la víctima. Al proporcionar esta protección, la ley no solo busca salvaguardar la integridad y el bienestar de las víctimas, sino también asegurar un proceso judicial más justo y humano, reconociendo y atendiendo las necesidades específicas de quienes han sufrido a causa de actos delictivos graves.

La problemática surge cuando, en la mayoría de los casos, las declaraciones de menores de edad realizadas en cámara Gesell no son valoradas en la audiencia de juicio oral. Esto ocurre a pesar de que los menores están representados de manera válida y legal por abogados, ya

sean públicos o privados. La razón principal es que estas declaraciones frecuentemente no se tratan como prueba anticipada. Como resultado, los jueces se ven obligados a emitir sentencias, que en su mayoría son absolutorias, sin tomar en cuenta o sin actuar sobre estos medios de prueba. Este escenario plantea un serio desafío para la justicia penal, ya que se omite una evidencia crucial, afectando potencialmente la equidad y la efectividad de los juicios en casos que involucran menores de edad.

La política criminal orientada a proteger a menores de edad en delitos de violación sexual inicia con buenas intenciones, pero una revisión de los procesos penales revela ciertas complejidades. Antes de la vigencia de la ley, los jueces tenían la posibilidad de visualizar los videos de cámara Gesell, lo que les proporcionaba una mejor comprensión del caso para emitir una sentencia informada. Sin embargo, la implementación de la ley, aunque previene la revictimización de la víctima, ha complicado la manera en que se maneja la prueba más crítica en estos delitos, especialmente cuando el menor es la única víctima. Este cambio legislativo ha generado un dilema: proteger a la víctima de la revictimización al costo de presentar desafíos en la valoración efectiva de la prueba en los juicios por violación sexual.

Aunque se reconoce la importancia de la Ley n.º 30364 en la protección de la víctima, la parte más vulnerable en el proceso penal, también es crucial destacar otro aspecto fundamental del proceso penal: la averiguación de la verdad probable y jurídica. Para que un juez pueda emitir un fallo informado y justo, es esencial que esté lo más informado posible. En este contexto, el papel del representante del Ministerio Público es demostrar su acusación, mientras que la defensa busca desacreditar esta tesis imputadora.

13. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA VS. DERECHO A LA NO REVICTIMIZACIÓN

Se debe tener siempre presente que el principio de «no revictimización» no es un derecho absoluto, por lo que no puede sobreponerse ante el derecho a la presunción de inocencia que tiene todo imputado o acusado, esto lo encontramos en el R. N. n.º 3303-2015-Lima, y que dicho derecho

no puede obstaculizar la averiguación de la verdad, en especial si se debate la calidad de víctima de la declarante, es decir: «La “no revictimización” no es un principio absoluto y, por tanto, no puede estar por encima del derecho constitucional a la presunción de inocencia» (considerando décimo primero).

La posibilidad de anular una sentencia bajo el recurso de nulidad revela dos aspectos cruciales en relación con el principio de no revictimización. Primero, este principio no es absoluto y puede tener excepciones, especialmente considerando que la averiguación de la verdad es fundamental en un proceso penal. Segundo, la Ley n.º 30364, en su artículo 23, segundo párrafo, contempla la posibilidad de declarar al menor de edad en el juicio oral si el juzgado colegiado encuentra dudas visibles o razonables en la prueba. Esta disposición sugiere que, bajo ciertas circunstancias, la presencia del menor agraviado en el juicio es permisible y necesaria, lo que podría interpretarse como una contradicción técnica y normativa en la aplicación de la ley, equilibrando la protección de la víctima con la necesidad de esclarecer los hechos en el proceso penal.

La obligatoriedad de utilizar el material de la cámara Gesell, ya sea el video o el acta, en el juicio oral, representa un gran impedimento si este no se aplicó o presentó durante la etapa intermedia del proceso penal. Esto significa que si la prueba obtenida a través de la cámara Gesell no se incorporó adecuadamente en las etapas previas del proceso, su inclusión en la etapa del juicio oral puede ser problemática. Este requisito procesal puede limitar la capacidad del tribunal de considerar todas las pruebas relevantes, especialmente en casos donde la declaración de un menor en la cámara Gesell es crucial para el esclarecimiento de los hechos.

14. PRECLUSIÓN PROCESAL Y PRUEBA ANTICIPADA EN CÁMARA GESELL

Durante la audiencia de control de acusación en casos de violación sexual a menores o en aquellos donde el agraviado es un menor, la declaración se realiza mediante cámara Gesell. En este proceso, el juez de investigación preparatoria tiene la responsabilidad de verificar la legalidad de

la declaración del menor. Este procedimiento incluye la participación de diversos actores clave: el fiscal responsable del caso, un fiscal de familia, el abogado defensor de la parte agraviada, un representante del menor que otorga el consentimiento, un perito psicólogo, así como el emplazamiento adecuado del imputado y su abogado defensor. Este método garantiza una evaluación completa y legal de la declaración del menor, y asegura que se respetan sus derechos y se mantiene la integridad del proceso judicial.

Para que el juez de investigación preparatoria pueda admitir la declaración obtenida a través de la cámara Gesell durante la audiencia de control de requerimiento acusatorio, es necesario cumplir con los requisitos previamente mencionados. Una vez admitida esta declaración, se incluirá en el auto de enjuiciamiento. Posteriormente, esta prueba será evaluada por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente en el caso que se esté procesando. Este procedimiento asegura que todas las pruebas admitidas y evaluadas en el proceso judicial sean recogidas y analizadas de acuerdo con los estándares legales y procesales establecidos, garantizando así la justicia y la equidad en el tratamiento de casos especialmente sensibles como los que involucran a menores de edad.

La excepcionalidad se plantea entre la formalidad que tiene la norma en la exigencia de la actuación de la prueba anticipada en cámara Gesell en la declaración del menor agraviado y la Casación n.º 33-2014-Ucayali, de 28 de octubre de 2015, que establece como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos 14 y 15:

Décimo cuarto. Es claro que estas reglas deben considerar la edad de la víctima, mientras menor sea, mayor será la restricción para que declaren en el juicio oral. Por ende, será obligatorio que sobre esta base, en la etapa intermedia, el Fiscal, en casos de delitos sexuales, solicite que se escuche el audio, se visione el video o se oralice el acta donde se registra esta primera declaración, la cual se debe constar en un soporte que permita su incorporación como medio de prueba completo.

Décimo quinto. Si, por error, el Fiscal no lo hiciera, sobre la base del interés superior del niño, el papel de garante del juez de los derechos de los ciudadanos y el artículo 385 del Código Procesal Penal, este lo incorporará de oficio en la etapa respectiva.

De acuerdo con este procedimiento, si el representante del Ministerio Público no presenta la declaración de un menor agraviado en un delito sexual durante el control de acusación, pero dicha declaración figura en la carpeta fiscal, el juez de investigación preparatoria tiene la obligación de incorporarla de oficio. Esto implica que, jurídicamente, no existe impedimento para la inclusión de la declaración realizada en cámara Gesell, independientemente de si se trata como prueba anticipada o no. Esta interpretación subraya la responsabilidad del juez de asegurar que todas las pruebas pertinentes y disponibles, en especial las que involucran a menores agraviados en delitos sexuales, sean consideradas en el proceso judicial para una evaluación completa y justa del caso.

La problemática radica en la actuación probatoria de la cámara Gesell en casos de violación sexual a menores, cuando esta no es admitida o accionada como prueba anticipada. A pesar de que la Ley n.º 30364 pone un gran énfasis en la protección de menores, mujeres y otros grupos vulnerables, existe una necesidad de modificar el artículo 23 de esta ley para obligar al fiscal a aplicar la prueba anticipada. Esta modificación es especialmente relevante en lugares donde existen mecanismos técnicos y entidades de apoyo que facilitan estos ambientes de declaración, o en juzgados con menor carga procesal que permitan actuar con la celeridad requerida. Tal enmienda garantizaría la aplicación oportuna y efectiva de declaraciones críticas en casos de urgencia, contribuiría así a una administración de justicia más eficiente y sensible a las necesidades de las víctimas.

Un problema significativo surge en las regiones donde no hay disponibilidad de peritos forenses, médicos o psicólogos. Esta falta de recursos especializados puede conducir a una ventaja inapropiada para la defensa del acusado. Se percibe que, al actuar menos diligencias probatorias, se protege mejor el derecho a la presunción de inocencia.

Sin embargo, esta situación puede resultar en una valoración incompleta o sesgada de las evidencias, especialmente en casos delicados como los delitos sexuales contra menores. La ausencia de peritos especializados impide una evaluación adecuada y completa del caso, lo que puede comprometer la justicia del proceso penal y afectar negativamente la búsqueda de la verdad en el juicio.

En la práctica judicial, es común que los defensores, tanto públicos como privados, utilicen argumentos legales para evitar la actuación de diligencias y pruebas con el fin de desacreditar la posición del fiscal, creyendo que así protegen mejor el derecho de defensa del acusado. Sin embargo, esta estrategia puede ser malinterpretada como una salvaguarda del principio de inocencia, lo cual contradice el verdadero espíritu del artículo VII, numeral 3, del Código Procesal Penal. La finalidad del proceso penal no debe ser el actuar o no pruebas para limitar la información del juez, sino asegurar que este se encuentre plenamente informado para poder emitir un fallo bien fundamentado, sea condenatorio o absoluto. Este enfoque no atenta contra el principio de inocencia; al contrario, un proceso transparente y completo beneficia a quienes son verdaderamente inocentes, ya que no se necesita evitar que el juez conozca y valore todas las pruebas admitidas en el juicio oral.

La propuesta legislativa sugiere eliminar la obligatoriedad de la prueba anticipada de la cámara Gesell en los procesos penales. El argumento principal es que esta obligatoriedad no es necesaria para evitar la revictimización de la víctima, ya que la propia naturaleza de la cámara Gesell está diseñada para prevenir dicha revictimización. Al eliminar este requisito, se confiaría en la capacidad y el juicio de los jueces penales para determinar cuándo es apropiado y necesario involucrar a la víctima en el proceso. Esta modificación legislativa reconocería la sensibilidad requerida en casos que involucran a víctimas de delitos, especialmente menores, y confiaría en la discreción judicial para manejar estas situaciones con el cuidado adecuado.

La incoherencia señalada en la legislación actual radica en que, mientras el artículo pertinente sugiere la posibilidad de que el agraviado declare nuevamente en caso de que existan dudas, implica también que si el juez no tiene dudas, no sería necesario que el agraviado participe

en el juicio oral o en la audiencia. Sin embargo, al otorgar a los jueces la facultad de solicitar una nueva declaración en caso de dudas, la ley parece contradecir su propia lógica al respecto de la prueba anticipada. Esta contradicción revela un conflicto entre la intención de proteger a la víctima de la revictimización y la necesidad de aclarar posibles incertidumbres en el proceso penal, lo que plantea un desafío en la aplicación coherente de la ley y en la protección efectiva de los derechos de las víctimas.

15. CONCLUSIÓN

El análisis exhaustivo de la legislación y las prácticas judiciales en casos penales, especialmente aquellos que involucran delitos sexuales contra menores, revela una serie de complejidades y desafíos. La Ley n.º 30364, centrada en la protección de víctimas vulnerables, busca proteger a las víctimas, en especial a los menores, de la revictimización, su aplicación práctica ha generado dilemas, como la valoración de las declaraciones en cámara Gesell y la admisión de pruebas anticipadas.

Se observa una tensión entre la necesidad de proteger los derechos de las víctimas y la búsqueda de la verdad en el proceso judicial. La práctica de excluir ciertas pruebas o de limitar la participación de las víctimas en el juicio oral puede, paradójicamente, obstaculizar una evaluación completa y justa del caso.

Esta revisión sugiere la necesidad de una mayor claridad y coherencia en la legislación y en las prácticas judiciales. Los jueces enfrentan el reto de equilibrar la protección de las víctimas con la necesidad de una comprensión completa del caso para emitir fallos justos. Por lo tanto, se propone considerar ajustes legislativos que permitan una mayor flexibilidad en la admisión y la evaluación de pruebas, sin comprometer la integridad y el bienestar de las víctimas.

Aunque la normativa procesal penal establece la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas en contravención a derechos fundamentales, la jurisprudencia admite su valoración en casos donde su análisis pueda favorecer la absolución del imputado. Esto revela una tensión no resuelta entre el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y la búsqueda

de la verdad material; combatir las debilidades en el filtro procesal es el papel del juez de investigación preparatoria como garante del filtro de legalidad, pero ello no siempre es efectivo, lo que permite que pruebas ilícitas lleguen al juicio oral. Esto debilita la integridad procesal y genera riesgos de nulidad en instancias superiores, lo cual afecta la predictibilidad del sistema penal. Una interpretación pragmática del principio de legalidad es que la práctica judicial ha evidenciado un uso flexible del principio de legalidad en la admisión de pruebas ilícitas cuando benefician al procesado. Este pragmatismo, aunque justificado desde un enfoque garantista, desafía los límites del principio de exclusión probatoria establecido en el Código Procesal Penal; la admisión de pruebas prohibidas plantea preguntas sobre su rol en procesos restaurativos, donde la prioridad debería centrarse en equilibrar los derechos del imputado y de las víctimas. Esto sugiere la necesidad de reformular el marco de la prueba ilícita en casos con dinámicas especialmente sensibles, como los delitos contra menores.

En conclusión, este análisis subraya la importancia de un enfoque judicial que sea a la vez sensible a las necesidades de las víctimas y riguroso en la búsqueda de la verdad y la justicia.

16. RECOMENDACIONES

Modificación legislativa. Es recomendable revisar y posiblemente modificar la Ley n.º 30364 para aclarar y armonizar sus disposiciones sobre la prueba anticipada y la declaración de menores en cámara Gesell. Esta revisión debería enfocarse en evitar la revictimización sin comprometer la búsqueda de la verdad en el proceso judicial.

Capacitación judicial y de fiscales. Se sugiere una capacitación continua para jueces y fiscales en temas de sensibilidad hacia las víctimas, especialmente menores, y en la interpretación coherente de la legislación vigente. Esto incluiría formación en técnicas de interrogatorio adecuadas para menores y en la valoración de pruebas sensibles.

Mejora de infraestructura y recursos. En regiones donde falten peritos forenses, médicos, psicólogos, o instalaciones adecuadas para la cámara

Gesell, se debe priorizar la inversión para asegurar que estos recursos estén disponibles. Esto permitirá una evaluación más completa y precisa en casos de delitos sexuales contra menores.

Claridad en la admisión de pruebas. Debe establecerse un criterio más claro y coherente para la admisión y la valoración de pruebas en el proceso penal, a fin de asegurar que todas las pruebas pertinentes sean consideradas por los jueces.

Protección y apoyo a las víctimas. Fortalecer los mecanismos de protección y apoyo a las víctimas durante todo el proceso judicial. Esto incluye servicios de asesoramiento, asistencia legal y medidas para minimizar el estrés de la participación en el proceso judicial.

Revisión del principio de inocencia y su aplicación. Es esencial recalibrar la aplicación del principio de inocencia para garantizar que no se utilice como una estrategia para obviar la consideración de pruebas cruciales.

Transparencia y comunicación. Mejorar la transparencia en los procesos judiciales y la comunicación entre todas las partes involucradas. Esto ayudará a garantizar que todas las partes tengan una comprensión clara de los procedimientos y las decisiones judiciales.

Estas recomendaciones buscan equilibrar la protección efectiva de las víctimas, especialmente los menores, con una administración de justicia imparcial y exhaustiva. La implementación de estas sugerencias podría contribuir de modo significativo a mejorar la eficacia y la equidad del sistema judicial en casos de violencia sexual contra menores.

REFERENCIAS

Binder, A. (2000). *The criminal process*. Oxford University Press.

Chiavario, M. (2009). *Evidencia y exclusión: principios y debates en el derecho penal contemporáneo*. Trotta.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta.

- Gómez Colomer, J.-L. (2012). *Derecho procesal penal: principios y fundamentos*. Tirant lo Blanch.
- Langer, M. (2011). *The rise of managerial judging in international criminal law*. American Journal of Comparative Law.
- Mir Puig, S. (2007). *La prueba en el proceso penal: conceptos y desafíos*. Marcial Pons.
- Poder Judicial del Perú. (2010). *Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal «Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria»*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c279a0043eb780c9375d34684c6236a/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c279a0043eb780c9375d34684c6236a
- Taruffo, M. (2010). *La prueba en el derecho*. Civitas.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Acuerdo n.º 14-2018-SPSP-CSJLL. Acuerdo de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (19 de octubre de 2018).
- Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116 (2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2011).
- Casación n.º 09-2007-Huaura (2008). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de febrero de 2008).
- Casación n.º 413-2014 Lambayeque (2015). Corte Suprema de Justicia de la República (7 de abril de 2015).
- Casación n.º 33-2014-Ucayali (2015). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de octubre de 2015).
- Expediente n.º 6712-2005-HC/TC Lima (2005). Tribunal Constitucional (17 de octubre de 2005).
- Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC Lima (2008). Tribunal Constitucional (13 de octubre de 2008).

Expediente n.º 00655-2010-PHC/TC Lima (2010). Tribunal Constitucional (27 de octubre de 2010).

Expediente n.º 2009-00215-91-280 I-JR-PE-01 (2012). Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua (7 de febrero de 2012).

Expediente n.º 00042-2015-PHC/TC Lima (2017). Tribunal Constitucional (26 de abril de 2017).

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo (11 de diciembre de 2004).

Recurso de Nulidad n.º 1232-2011-Ayacucho (2012). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de marzo de 2012).

Recurso de Nulidad n.º 1346-2011-Puno (2012). Corte Suprema de Justicia de la República (29 de marzo de 2012).

Recurso de Nulidad n.º 3303-2015-Lima (2017). Corte Suprema de Justicia de la República (24 de febrero de 2017).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Análisis de la normativa y la jurisprudencia peruana sobre la prueba ilícita, la preclusión procesal y la libertad probatoria; revisión de doctrinas nacionales e internacionales, contrastando diferentes posturas sobre la admisibilidad y la valoración de pruebas obtenidas de manera ilícita; examen de casos relevantes y criterios jurisprudenciales que evidencian las contradicciones y los desafíos en la aplicación de estas reglas procesales; estructuración del artículo y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

El autor agradece los alcances brindados por quien en vida fue mi padre, Marco Antonio Valdez Hirene, por su enseñanza en materia penal. También es oportuno señalar un agradecimiento a mi esposa Liza Valeria Arirama Pinedo por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Alex Antonio Valdez Marrou es abogado por la Universidad Científica del Perú, con colegiatura del Ilustre Colegio de Abogados de Loreto. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales. Ha laborado en el cargo de apoyo administrativo en Mesa de Partes, como técnico judicial en los juzgados de paz letrado de Loreto, asistente judicial, especialista de audiencia del Módulo Penal de Loreto, así como secretario de actas en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal en el 2021. Asimismo, ha publicado diversos artículos en materia penal y procesal penal en revistas indexadas.

Correspondencia

avaldezm@pj.gob.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 23, enero-junio, 2025, 461-487

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u17i23.1013>

¿Justicia automatizada? Estudio de la interdisciplinariedad de la inteligencia artificial y el derecho en la administración de justicia y recomendaciones para su desarrollo y su regulación

Automated justice? A study on the interdisciplinarity between artificial intelligence and law in the administration of justice and recommendations for its development and regulation

Justiça automática? Estudo da natureza interdisciplinar da inteligência artificial e do direito na administração da justiça e recomendações para seu desenvolvimento e regulamentação

ALEX DAVID BEDREGAL AGUILAR
Universidad Nacional de San Agustín
(Arequipa, Perú)
Contacto: abedregala@unsa.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0007-7104-4114>

RESUMEN

El objeto de la presente investigación es sistematizar los avances de la interdisciplinariedad entre el derecho en la administración de justicia y la inteligencia artificial, a fin de establecer lineamientos para su estudio, su desarrollo normativo y su regulación. En primera instancia, se procederá a delimitar el concepto de inteligencia artificial, sus alcances y las

inquietudes que suscita su incorporación en el ámbito jurídico. Posteriormente, se examinarán los progresos alcanzados a partir de la sinergia entre la ciencia jurídica y la informática, evidenciando su impacto en la administración de justicia. Finalmente, se esbozarán directrices para el abordaje metodológico de esta interdisciplinariedad, con miras a su adecuada estructuración y cuadro normativo.

Palabras clave: derecho; inteligencia artificial; interdisciplinariedad; administración de justicia; regulación.

ABSTRACT

The purpose of this research is to systematize the progress made in the interdisciplinary interaction between law in the administration of justice and artificial intelligence, in order to establish guidelines for its study, legal development, and regulation. First, the concept of artificial intelligence will be defined, along with its scope and the concerns raised by its incorporation into the legal field. Subsequently, the advances resulting from the synergy between legal science and computer science will be examined, highlighting their impact on the administration of justice. Finally, methodological guidelines for addressing this interdisciplinarity will be outlined, aiming for proper structuring and legal framing.

Key words: law; artificial intelligence; interdisciplinarity; administration of justice; regulation.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é sistematizar os avanços na interdisciplinaridade entre direito na administração da justiça e a inteligência artificial, a fim de estabelecer diretrizes para seu estudo, desenvolvimento regulatório e regulamentação. Em primeiro lugar, procederemos à delimitação do conceito de inteligência artificial, seu escopo e as preocupações levantadas por sua incorporação ao campo jurídico. Posteriormente, serão examinados os progressos alcançados com base na sinergia entre ciência jurídica e tecnologia da informação, evidenciando seu impacto

na administração da justiça. Finalmente, serão delineadas diretrizes para a abordagem metodológica dessa interdisciplinaridade, com vistas à sua estrutura e marco regulatório adequados.

Palavras-chave: direito; inteligência artificial; interdisciplinaridade; administração da justiça; regulação.

Recibido: 30/6/2024

Revisado: 10/9/2024

Aceptado: 13/6/2025

Publicado en línea: 15/7/2025

1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial ha recuperado el interés de la comunidad académica jurídica desde el año 2017. Según Bex (2024), los avances en procesamiento de lenguaje natural (NLP) han generado una transformación paradigmática en el campo del derecho digital al abrir nuevas perspectivas y promover la incorporación de tecnologías innovadoras en la gestión jurídica. Dicha interconexión no se ha quedado únicamente en el fuero académico, sino que a la fecha hay varios casos alrededor del mundo en donde profesionales del derecho se han valido de algún tipo de inteligencia artificial para el ejercicio de la profesión. Tal ha sido el revuelo que ha generado alrededor del mundo que los eruditos de la informática y el derecho se han congregado y han venido desarrollando tecnologías para la aplicación de ciencias jurídicas con mecanismos óptimos para que el uso de inteligencia artificial sea razonable, estable y proporcional en este campo específico; ahora bien, deviene en imperante la necesidad de llegar a un consenso en la academia a fin de establecer un punto de partida para el uso de inteligencia artificial en la administración de justicia.

Tal como hemos anticipado al inicio, desde hace un par de años no es ajeno el estudio del derecho e inteligencia artificial de manera conjunta, Bex (2024) plantea tres puntos sobre los cuales debe trabajarse la interdisciplinariedad del derecho y la inteligencia artificial: converger el

conocimiento y los datos en IA, evaluar cómo se utiliza la IA y el derecho en la práctica, y combinar múltiples disciplinas con la IA y el derecho. Por su parte, Jamal (2023) hace un estudio del uso de ChatGPT en el campo del derecho y establece que esta es una herramienta incapaz de reemplazar a la experiencia jurídica humana. De otro lado, López (2024) nos narra el caso de un abogado que fue suspendido por haber usado de forma negligente la inteligencia artificial, en el extremo que la IA le brindó información inexistente, lo cual demuestra el peligro que puede representar para el ejercicio de la profesión el emplear una herramienta que no llegamos a entender.

El objeto de la presente investigación consiste en analizar de forma rigurosa y sistemática los avances derivados del estudio conjunto del derecho y la inteligencia artificial, con el propósito de establecer directrices y parámetros que orienten su desarrollo, su indagación y su investigación. En el contexto del acelerado auge de la inteligencia artificial, es esencial que los juristas se inserten activamente en este proceso de transformación digital e identifiquen de manera precisa la realidad, las potencialidades y las limitaciones inherentes a la cada vez más prominente convergencia entre la normatividad jurídica y la programación. Dado el desconocimiento generalizado sobre el ecosistema que rodea a la inteligencia artificial, esta investigación pretende, en definitiva, aportar un marco conceptual que facilite la integración de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico, así como fomentar la participación de más juristas interesados en la modernización del sistema jurídico, al incentivar su involucramiento en este proceso de transformación sin vulnerar los derechos fundamentales.

En primer término, se procederá a definir qué se entiende por inteligencia artificial, se abarcará desde sus orígenes hasta las definiciones más contemporáneas, considerando que resulta fundamental contar con una conceptualización actualizada en un estudio que aborda la intersección entre el derecho y las tecnologías emergentes. En segundo lugar, se recopilan y se examinan los avances académicos que evidencian la interdisciplinariedad entre ambas áreas, se destacan las investigaciones que han contribuido tanto al desarrollo de tecnologías jurídicas aplicadas

como a la elaboración de mecanismos para evaluar la idoneidad y la conformidad de estas herramientas con los principios del derecho. Por último, se presentan una serie de recomendaciones orientadas a definir, de forma consistente y normativa, los parámetros que garanticen que la inteligencia artificial aplicada al derecho se ajuste a los cánones legales vigentes, convirtiéndose en una oportunidad para detectar y subsanar deficiencias en nuestros sistemas de justicia. En particular, se destacan los progresos alcanzados en el contexto peruano y se ponen en relieve los logros obtenidos hasta la fecha, así como aquellos ámbitos que, pese a su relevancia, aún no han recibido la debida atención y cuya consideración resulta indispensable para el desarrollo integral y ético de la inteligencia artificial en la administración de justicia del país.

2. ¿QUÉ ES LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL? DELIMITANDO ALCANCES E IDENTIFICANDO MITOS

Para establecer una definición de inteligencia artificial, partimos ineludiblemente de la contribución de Alan Turing, quien, aunque no acuñó el término «inteligencia artificial», propuso un test que permite evaluar la capacidad de una máquina para emular el pensamiento humano de forma eficaz. ¿Cómo sabemos que una máquina es útil? Para el autor la determinación de esta utilidad se encuentra vinculada directamente con la imitación: una máquina será eficiente en la medida que pueda suplir a un ser humano en una tarea específica, pero siempre y cuando dicha tarea sea realizada tal y como lo haría un ser humano; y, por último, que una persona no pueda identificar si dicha tarea ha sido realizada por el ser humano o por un ser de naturaleza artificial. Con el fin de ejemplificar de una manera más didáctica para el lector, digamos que usted quiere realizar un reclamo a su operadora de teléfono y se contacta con los números brindados por esta para la atención al usuario a través de WhatsApp. ¿Cómo podría usted darse cuenta de si está hablando con una persona de carne y hueso o con mensajes predeterminados? Usted podría intentar resolver dicha pregunta identificando qué tan espontánea es la respuesta del operador o si el mensaje parece predeterminado;

si a pesar de valerse de dichos recursos para develar el misterio, no logra diferenciar, la máquina pasó el test de Turing y, por lo tanto, es una IA eficiente.

Turing (1950) propone dejar de lado el dilema de identificar las diferencias entre la inteligencia humana y la inteligencia de una máquina, más bien, propone preguntarnos hasta qué punto una máquina puede suplir al ser humano en tareas o trabajos que realizaría este último. Aunado a ello, no plantea únicamente programar máquinas para obtener un resultado predecible y repetitivo, por el contrario, propone crear «máquinas niño». ¿Qué significa esto? Un niño es un ser humano que, al estar atravesando la génesis de su vida, es curioso y quiere saber y aprender todo; entonces, una máquina niño sería aquella que tiene funciones predeterminadas, pero que adicionalmente puede aprender otras y que, una vez sistematizada la información previa y la nueva, pueda resolver de tal forma que podría parecer espontánea frente a los problemas que el usuario le plantee. Es bajo estos conceptos que se cimentan los primeros alcances de la inteligencia artificial.

Años más tarde, en la Conferencia de Dartmouth¹, los autores John McCarthy *et al.* (2006), quienes acuñaron el término «inteligencia artificial», siguiendo el correlato de las «máquinas niño» de Turing, plantean una posibilidad donde la inteligencia artificial pueda igualar al proceso cognitivo del ser humano, establecen que el problema no es la incapacidad de la máquina para asemejar a un cerebro humano, sino la incapacidad del ser humano de no poder crear una máquina que lo equipare cognitivamente hablando; aunado a lo anterior, indicaron otros tópicos colindantes como la posibilidad de creación de redes neuronales y el factor de aleatoriedad, característica propia del pensamiento creativo del ser humano.

Adicionalmente, el mismo McCarthy (2007) plantea cuestionamientos sobre qué es inteligencia artificial, menciona los límites que

1 La Conferencia de Dartmouth se llevó a cabo en el verano de 1956 en la Dartmouth College, en el estado de New Hampshire, Estados Unidos. Dicha conferencia fue organizada por John McCarthy para homogeneizar los cada vez más impetuosos ánimos por el estudio de máquinas que pudieran pensar.

tiene esta en función de su nivel de programación o hasta qué punto podríamos asignar la cualidad de «inteligente» a procesos que son realizados por una máquina para resolver problemas. Bajo esta premisa, podríamos definir a la inteligencia artificial como aquel sistema digital que, sobre la base de su programación y sus límites, puede dar una respuesta tomando en cuenta una serie de variables que procesa con el objetivo de responder a un problema de razonamiento lógico. Ahora bien, dependerá de la complejidad de su programación si puede emular o incluso superar al ser humano en la resolución de problemas cognitivos.

Es sobre estos cimientos antes expuestos que se planteará la posibilidad de crear inteligencia artificial con un nivel de complejidad tal que sea suficiente para homologar o superar al razonamiento lógico del ser humano. Ahora, transcurridos setenta años, programas de inteligencia artificial como GPT-4o permiten al usuario ingresar cualquier tipo de combinación de texto, audio o video, lo cual genera una respuesta también con estas mismas variables y permite que la comunicación entre la persona y la máquina sea más natural (OpenAI, 2024); asimismo, Hassabis (2024), CEO de Google DeepMind, describe a Flash 1.5 como una inteligencia artificial capaz de realizar tareas de forma eficiente, con razonamiento multimodal y su novedosa ventana de contexto larga. Es de esta forma que podemos demostrar que las premisas establecidas por los pioneros de la inteligencia artificial se vienen desarrollando a pasos cada vez más agigantados, desarrollando IA que, al pretender emular al ser humano, son capaces de interactuar con el usuario para brindarle respuestas basándose en la data que posean y adicionalmente teniendo la capacidad de receptar información nueva y sobre esta ofrecer respuestas complejas y servibles para las necesidades del ser humano.

En contraste, si bien hemos señalado que los postulados de Turing y McCarthy se han visto logrados en los últimos años con la creación de programas de inteligencia artificial basados en los parámetros establecidos por los dos recurrentes, es preciso indicar en primer término las limitaciones de la inteligencia artificial y hacia dónde se proyectan los desarrolladores de esta, para que podamos establecer de manera clara la principal diferencia entre inteligencia artificial e inteligencia humana. En ese sentido, Segura (2023) apunta una diferenciación que, al ser

propuesta por profesionales de la informática, logró clasificar a la inteligencia artificial en función de su alcance: IA débil e IA fuerte. Las inteligencias artificiales denominadas débiles son las que se han podido crear hasta la fecha de la presente redacción, sistemas de inteligencia artificial que permiten realizar labores específicas conforme a su base de datos, y adicionalmente información que puedan receptor producto de la interacción con el usuario; y, en segundo término, una inteligencia artificial fuerte es aquella que logrará equipararse al cerebro humano e incluso superarlo en el ámbito del razonamiento lógico. Cabe recalcar que hasta la fecha las denominadas IA fuertes no existen, como diría McCarty *et al.* (2006), el problema radicaría en la incapacidad del ser humano de poder desarrollar programas similares a las redes neuronales del ser humano.

Bajo esta proposición, la existencia de esta diferenciación radica en que hasta el día de hoy se tiene una serie de avances tecnológicos que han permitido la creación de programas como GPT-4o o Gemini, pero que estos programas siguen siendo IA débiles, toda vez que una IA fuerte será una máquina similar o superior al cerebro humano. Según lo expuesto previamente, aseveramos que, en este momento, podemos definir a la inteligencia artificial dentro de los parámetros de una IA débil, acorde a lo señalado por Segura (2023), porque si bien a la fecha una inteligencia artificial tiene la capacidad de interactuar con el usuario y que su conocimiento se cimente en su base de datos e interacción con una persona, tiene la limitación de estar programada para cumplir dicha función, que a pesar de tener cierto factor de aleatoriedad, no cuenta con las características para ser una inteligencia artificial fuerte. Por ende, la diferencia entre la inteligencia artificial y la humana es que la primera es, hasta la fecha, una imitadora de la segunda, ya que busca responder, actuar y desarrollar actividades como lo haría un ser humano, pero si bien puede ser hasta incluso similar en unos aspectos, no deja de ser programación de alto nivel, creando una red neuronal digital que no termina de imitar a la humana, y que, tal como señala Segura (2023), una inteligencia artificial fuerte es hasta el día de hoy únicamente especulación.

Por otro lado, es menester plantear los miedos, justificados o no, respecto del uso de la inteligencia artificial, el más presente en el ideario de todos aquellos que tienen nociones sobre inteligencia artificial es el problema de la «caja negra» (Brozek *et al.*, 2024, citado por Castelvechchi, 2016; Rudin, 2019), referido al desconocimiento por parte de una persona sobre el procedimiento que utilizó la inteligencia artificial para llegar a un resultado específico; Brozek *et al.* (2024) señalan que el problema de la «caja negra» tiene cuatro dimensiones: el problema de la opacidad, la extrañeza, la imprevisibilidad y el de la justificación. En otros términos, si usamos un aplicativo con IA generativa con el objetivo de encontrar algún dato, la IA te responderá; sin embargo, por sí sola no te explicará de dónde ha conseguido dicha información. Por ejemplo, si le preguntas la fecha de un acontecimiento histórico, te proporcionará una respuesta, aunque no conocerás la fuente bibliográfica que consultó para llegar a esa conclusión. Es en este punto que podríamos cuestionar el nivel de ética que hay en los parámetros de programación de una inteligencia artificial, o hasta qué punto podemos obtener una respuesta de la IA y garantizar que dicha información no ha sido basada en datos confidenciales de una persona, o peor aún, y quizás siendo utópico, si desarrollan un sistema de inteligencia artificial que tenga el objetivo de solucionar el problema medioambiental del planeta, y que, con toda la información que tiene, llegue a la conclusión de que para solucionar dicho conflicto es preciso exterminar a la humanidad, todas estas son premisas que derivan del problema de la «caja negra». Como usuario puedo servirme de una inteligencia artificial, pero muy probablemente me quedaré con la incógnita de cómo ha conseguido dicha información.

El autor también señala que el dilema de la «caja negra» se podría aplicar en determinados puntos respecto del cerebro humano porque la inteligencia artificial busca parecerse a este y, por tanto, tiene características similares, quizás más complejas, que la ciencia no ha logrado a la fecha escudriñar y darle una explicación sólida al proceso cognitivo. Pero, a diferencia de la inteligencia artificial, el ser humano se encuentra más familiarizado con el cerebro humano, razón por la cual una persona se podría sentir más tranquila frente a una decisión que es tomada por una persona y no por una máquina. A causa de estos dilemas es que se

viene desarrollando una corriente de inteligencia artificial explicada o XAI (Brozek *et al.*, 2024, citado por Gunning y Aha, 2019), que propone una inteligencia artificial de «cajas blancas», en donde el procedimiento de razonamiento de una inteligencia artificial debe ser de conocimiento y fácil entendimiento no solo para el experto en programación, sino que, además, lo sea para una persona que desconozca sobre los alcances de una inteligencia artificial, de tal forma que el usuario se vea inmerso en ella producto de la automatización de un área específica del conocimiento del ser humano.

Desde una aproximación preliminar en lo que respecta al uso de inteligencia artificial en la administración de justicia, Barysé y Sarel (2024) realizaron una investigación exploratoria en Lituania para identificar cuáles son los principales miedos y preocupaciones que una persona pueda tener en los fueros judiciales si le plantean que una inteligencia artificial tendrá injerencia, ¿mucho o poca?, en una decisión judicial. Los resultados de la investigación sugieren que, según los encuestados, un nivel reducido de automatización en el proceso judicial permitiría tomar decisiones más acertadas en relación con el recurrente, a la vez que se considera que la automatización puede funcionar y resultaría justa únicamente en la etapa de recolección de información. En esta investigación se logró identificar la percepción de las personas sobre la inteligencia artificial aplicada en los tribunales, que manifestaron creer más en el criterio humano del juez por encima de la objetividad absoluta que podría tener un sistema de inteligencia artificial. La encuesta refleja también lo que se ha concluido hasta la fecha respecto del uso de inteligencia artificial, dado que, por las limitaciones propias de estas, como de la «caja negra», si una IA tomara decisiones judiciales emulando a la autoridad convencional del sistema de justicia, quizás el sistema llegaría a determinada conclusión de una forma diferente a como lo haría un juez; intentará imitarlo, pero sería mera pantomima con los avances que se tienen hasta la fecha. En suma, es crucial tomar con pinzas este asunto, entendiendo qué es una IA e identificando cuáles son estas limitaciones para no caer en el error de querer atribuirle características que no son sino remotas y utópicas.

3. AVANCES EN LA INTERDISCIPLINARIEDAD DEL DERECHO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para desarrollar este extremo de la investigación, es necesario hacer una clasificación de la interdisciplinariedad que existe entre el derecho en la administración de justicia y la inteligencia artificial, dicha clasificación debe cimentarse sobre aquello que es relevante en el estudio de lo jurídico y lo informático. Como primer extremo, reconocer a la inteligencia artificial como una herramienta para la administración de justicia, toda vez que la inteligencia artificial le permite al jurista desempeñar su profesión de forma sistematizada. La predictibilidad de situaciones jurídicas y la sistematización de información legal son los aspectos que más se han desarrollado en esta interdisciplinariedad, ello ha permitido identificar fallas dentro de la ley; asimismo, el cómo regular a la inteligencia artificial para que no sea contraria a lo establecido por el derecho.

3.1. La National Police Lab AI de Países Bajos

Esta entidad tiene su origen en el trabajo conjunto de la Policía Nacional holandesa, la Universidad de Utrecht y la Universidad de Ámsterdam, con el objetivo de disminuir los niveles de criminalidad en los Países Bajos (Utrecht University, s. f.), y para lograr tales objetivos han estado enfocados en el estudio de la interdisciplinariedad del derecho con la inteligencia artificial a través de la creación de programas informáticos. Bex (2024) realiza precisiones sobre el desarrollo de una inteligencia artificial para el ingreso de denuncias ciudadanas que a día de hoy es utilizado por la Policía Nacional de Países Bajos, y el desarrollo de «Explabox», base de datos para medir la eficacia de una inteligencia artificial aplicada al derecho.

El sistema de ingreso de denuncias ciudadanas de la Policía Nacional de Países Bajos permite a la entidad pública filtrar de manera eficiente los cientos de denuncias que son ingresadas diariamente referentes a fraudes comerciales, dicha actividad es realizada por medio de inteligencia artificial basada en conocimientos y en datos. Respecto de esta clasificación, Russel y Norvig (2010) definen a una inteligencia artificial que se fundamenta en conocimientos como aquella que está cimentada en

símbolos y reglas lógicas debidamente estructuradas, mientras que una inteligencia artificial basada en datos está cimentada en la identificación de patrones a raíz de haber procesado información cuantiosa, de esta forma no depende de reglas preestablecidas. Bajo estas dos bases se cimienta la inteligencia artificial de la recepción de denuncias, debido a que es una inteligencia artificial fundamentada en conocimientos que está delimitada a lo que establezca el artículo enésimo de la ley respecto a defraudaciones; y, además, será una inteligencia artificial basada en datos al tener un apartado en su sistema en el cual los usuarios puedan detallar singularidades personales. Podemos identificar hasta este punto cómo la inteligencia artificial suple algunas labores del trabajador de justicia, en este caso, determinar si el hecho concreto contenido en la denuncia es típico y antijurídico. El programa recurrente identifica si el contenido de la denuncia tiene relación con el supuesto de hecho contemplado en la ley, y que dicha información le permita resolver de una manera más eficiente un caso penal posterior.

Adicionalmente, dentro de la entidad se desarrolla una investigación de trabajo policial basado en datos. Odekerken *et al.* (2023) presentan avances en el razonamiento que parte del análisis de casos, que servirán de herramienta para llegar a conclusiones de un caso en desarrollo con información incompleta. Sobre esta investigación se precisan puntos que deberán ser de estudio a la hora de querer crear una inteligencia artificial de predictibilidad de casos: la justificación, la estabilidad y la relevancia:

- a) *Justificación.* Se entiende como la argumentación jurídica obligatoria derivada del razonamiento basado en casos precedentes para resolver la controversia actual. Por ilustración, si un caso penal entra en un programa de inteligencia artificial con características específicas, el sistema debería ofrecer una respuesta conforme a la legislación vigente, jurisprudencia aplicable y casos anteriores comparables.
- b) *Estabilidad.* Define la situación del caso donde la información incompleta no afecta el resultado. Por ejemplo, si en un proceso de responsabilidad civil se impacta a alguien con un automóvil y no se captura la placa, pero se confirma el conductor, el caso es determinado como estable por el sistema.

- c) *Relevancia*. Se refiere a los elementos cruciales para la decisión judicial. Por ejemplo, en un caso de homicidio, un sistema de inteligencia artificial debe identificar los puntos controvertidos clave para el proceso penal.

De esta forma, se evidencia que la National Police Lab AI ha concentrado sus esfuerzos en desarrollar la interdisciplinariedad entre la inteligencia artificial y el derecho a través del programa de inteligencia artificial de recepción de denuncias y su proceso de admisión, mientras que también se trabaja en regular estos programas usando avances en razonamiento predictivo jurídico, con el fin de prevenir sesgos en las respuestas, resolviendo, quizás de manera óptima, el problema de la «caja negra» e inclusive el test de Turing (1950). Esta cooperación gubernamental logra hasta cierto punto ser eficiente o buscar serlo en una labor que realiza convencionalmente una autoridad judicial al desarrollar inteligencia artificial con un algoritmo que posea no solo la información con la que fue programada, sino darle dotes de aprendizaje para que pueda servir al usuario de una manera mucho más orgánica.

Los esfuerzos de los Países Bajos en el desarrollo de la inteligencia artificial se han encontrado inmersos en las dos aristas planteadas: en primer término, la inteligencia artificial como herramienta a través del desarrollo de un sistema de ingreso de denuncias, así como el perfeccionar el uso de la inteligencia artificial aplicada al derecho, y que no sea contrario a él, al plantear lo que debe ser tomado en cuenta para desarrollar un programa de predictibilidad de casos en un conflicto judicial.

3.2. La oposición entre el uso de jurisprudencia en el sistema de justicia chino y la evidencia empírica demostrada por IA

Chen *et al.* (2024) nos demuestran de qué modo la inteligencia artificial sirve como una herramienta para identificar falencias en un sistema de administración de justicia. Se desarrolla una investigación experimental respecto al uso implícito de casos guía en el sistema de justicia chino contrario a su tradición socialista de no considerar fuente de derecho a los precedentes judiciales, ya que la administración de justicia de este país oriental al estar fuertemente marcada por el autoritarismo considera

solo al poder legislativo como ente creador de derecho². Pero en la época reciente se implementaron casos guía, que si bien no tienen el estatus de fuente de derecho, la Corte Suprema de China les dio el nivel de fuente de consulta facultativo a la hora de resolver conflictos judiciales. Ahora bien, contradictoriamente, el uso de estos casos guía ha sido reducido, demostrando supuestamente la imposición de la tradición socialista contraria al *common law*, es en este punto que por medio del algoritmo BLAST³, tras tomar una muestra de resoluciones judiciales de un tema relacionado con uno de los casos guía, que se identificó una serie de similitudes entre ambos elementos y se dejó en evidencia que si bien los magistrados del país chino tomaban en cuenta el caso guía a la hora de decidir, estos no invocaban dicho caso.

La inteligencia artificial nos ha permitido identificar las falencias dentro del sistema judicial chino, y en consecuencia plantearnos un abanico de soluciones que deberá traducirse en una reforma legislativa que parta o de la transición del sistema judicial chino a uno parecido al del *common law* propio del hemisferio occidental o la eliminación de los casos guía para preservar el formato tradicional de la nación China. Así, encontramos la funcionalidad de nuestro punto respecto a la primera característica a tomar en cuenta porque a través del algoritmo BLAST se consiguió sistematizar información tomando resoluciones judiciales que fueron comparadas posteriormente con estos casos guía y se encontraron similitudes entre ambos elementos. En resumen, la IA halló ciertos patrones que permiten a sus legisladores tomar una decisión en pro de la eficiencia de su sistema judicial.

-
- 2 En contraste con el sistema judicial de China, el sistema judicial peruano aplica los precedentes vinculantes derivados de la autoridad judicial, en virtud de la tradición del *common law*. De esta forma, en el sistema peruano, el juez tiene la potestad de crear derecho, mientras que en el sistema chino dicha facultad recae exclusivamente en la cámara legislativa.
 - 3 Basic Local Alignment Search Tool o BLAST es un algoritmo usado principalmente en el sector de la bioinformática, que cumple la función de identificar similitudes dentro de una base de datos.

3.3. Pautas para el desarrollo de las IA aplicadas al derecho

Dado lo señalado anteriormente, el principal problema de aplicar inteligencia artificial en el campo jurídico es por el sesgo que pueda tener una inteligencia artificial en sus respuestas a la hora de predecir una situación jurídica idónea. Witt *et al.* (2024) identifican el problema de una eventual falta de precisión y congruencia al momento de transformar una ley a código ejecutable, en tanto que lo ofrecido por la inteligencia artificial no debe ser contrario a la ley ni a ninguna de las fuentes del derecho, a esto lo denominan *legal alignment* o alineamiento legal. Es crucial la intervención del razonamiento humano en la programación de la IA para la codificación de la ley respectiva, debido a que la ley puede presentar ambigüedades e imprecisiones que son sometidas a la interpretación y solo un profesional del derecho puede resolver dichas incógnitas. Por ejemplo, si nosotros le preguntamos a una IA generativa por una solución óptima a determinado problema jurídico, esta podrá brindarnos una solución tomando en cuenta lo señalado textualmente en algún código o reglamento que se encuentre dentro de su base de datos, pero por problemas como el dilema de la «caja negra» y por la imprevisibilidad de una IA a la hora de llegar a una conclusión, quizás esta no se encontrará ajustada a derecho. Aplicaciones como ChatGPT no se especializan en otorgar respuestas óptimas en el campo del derecho, resulta estrictamente necesaria una cooperación entre profesionales de la informática y el derecho si se pretende cumplir los objetivos que pretendemos señalar en la conjunción de ambos saberes.

En consonancia, queda demostrada la necesidad imperante de regular el uso de la inteligencia artificial en lo jurídico, dado que la naturaleza del derecho radica en la interpretación de las normas por parte de todos aquellos que interactúan en el sistema jurídico. Por lo que, de usarse la IA en lo jurídico, se requiere determinar sus alcances y arriesgarse a implementarla dentro del sistema de justicia⁴, limitarla a labores

4 Entendemos la palabra arriesgarse como la toma de decisión de la autoridad legislativa competente para darle atribuciones decisorias a la inteligencia artificial a la hora de administrar justicia y asumir las consecuencias que pueda conllevar su uso.

de sistematización de información y similares, o dotarla de herramientas necesarias para suplir funciones mucho más complejas.

3.4. Prometea: la asistente judicial tecnológica

Corvalán (2018) nos presenta a Prometea, una inteligencia artificial desarrollada por el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que plantea ser un sistema que pueda atender a los usuarios como una base de datos interactiva. Por ejemplo, si alguien quiere saber respecto a derecho inmobiliario, puede solicitarle a Prometea la información legal disponible de la rama solicitada, entonces le brindará todo el ordenamiento jurídico vigente acerca de ese tema, tal como leyes, precedentes vinculantes, reglamentos, ordenanzas de municipalidades, etc. Resulta interesante que la herramienta sea una gran base de datos que ha sistematizado información legal para ser otorgada al usuario de manera óptima. En este extremo quedan demostrados los esfuerzos del Ministerio Público de Argentina por optimizar la administración de justicia por medio del uso de inteligencia artificial, al desarrollar una herramienta de almacenamiento que permita al profesional del derecho o a la persona de a pie conocer las leyes que giran alrededor de determinada materia.

3.5. Algunas precisiones sobre predictibilidad desde el aspecto jurídico

Como se ha expuesto anteriormente, existen precedentes significativos del uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la administración de justicia, especialmente en su rol como herramienta de apoyo. Estos desarrollos han permitido ciertos avances en la predictibilidad de decisiones judiciales; no obstante, persisten importantes limitaciones en su aplicación práctica y conceptual. En este marco, se aborda la noción de predictibilidad desde una perspectiva estrictamente jurídica. Al respecto, Gometz (2005) introduce el concepto de «certeza del derecho», entendida como la capacidad de los ciudadanos de prever las consecuencias jurídicas de sus actos con base en los hechos cometidos, lo cual implica distintos niveles de certeza jurídica.

En esa línea, Espinosa (2005), al realizar un análisis comparativo de resoluciones emitidas por tribunales peruanos en casos de responsabilidad civil, específicamente en cuanto a la fijación de montos resarcitorios, evidenció una notable disparidad en los criterios aplicados. Esta falta de uniformidad revela una profunda debilidad estructural del sistema judicial peruano, particularmente en cuanto a la predictibilidad de sus decisiones. La imposibilidad de anticipar con razonable certeza el contenido de una resolución judicial mina la confianza ciudadana en la justicia.

Sobre este punto, Belaunde (1997) sostuvo que una de las principales causas de la baja predictibilidad en el Perú radica en la autopercepción del operador de justicia como un ejecutor mecánico del derecho, sin asumir el ejercicio interpretativo y valorativo que este conlleva. En complemento, Rubio Correa (2009) señala que, dada la ambigüedad y la imprecisión de muchas disposiciones normativas, el operador jurídico no puede limitarse a la sola aplicación literal de la ley, sino que debe acudir a la doctrina, los principios constitucionales y la jurisprudencia para resolver las incertidumbres jurídicas y garantizar así un mínimo de coherencia y previsibilidad en las decisiones judiciales.

Aunque la inteligencia artificial ha demostrado importantes avances en el desarrollo técnico de modelos de predicción, su incorporación en el ámbito jurídico exige una especial cautela. Pretender trasladar mecánicamente estas herramientas al contexto peruano, caracterizado por una baja homogeneidad y escasa sistematización en la toma de decisiones judiciales, constituye un desafío de alta complejidad.

4. AHORA, ¿QUÉ DEBEMOS HACER NOSOTROS?

Ahora bien, una vez hemos detallado algunas aristas del trabajo referente a la interdisciplinariedad del derecho en la administración de justicia y la inteligencia artificial, sería irresponsable por parte de la comunidad científica jurídica no participar en esta transformación digital. Tal como lo señala Segura (2023), la IA ha logrado equiparar en algunas cosas al ser humano, y dentro de estas ser parte del sistema de administración de justicia y de lo jurídico en general. Por su lado, Corvalán (2018) destaca las ventajas de la inteligencia artificial en el ámbito de aplicación

del derecho y, a su vez, las desventajas y las complicaciones ocasionadas por esta misma; Jalón *et al.* (2021) plantean una serie de limitaciones de la inteligencia artificial en lo jurídico y las acciones que deberíamos tomar, partiendo de conocer la inteligencia artificial si queremos pretender usarla o regularla. Sobre este último punto Kaplan (2024), de CNN, enumera observaciones referentes al proyecto de ley aprobado por la Unión Europea en la regulación que tendrá la inteligencia artificial, destaca la protección de datos personales y que esté etiquetado todo aquello que ha sido generado o creado por alguna inteligencia artificial, este es un avance trascendental en la interdisciplinariedad entre derecho e inteligencia artificial. Nuevamente establecemos que la congregación de lo jurídico y lo tecnológico debe ser estudiado, creado y regulado sobre la base de dos grandes grupos: en primer lugar, la inteligencia artificial como herramienta y, en segundo lugar, mecanismos para regular la inteligencia artificial.

4.1. La inteligencia artificial como herramienta

Tal como lo señala Segura (2023), postura que nosotros respaldamos, es totalmente ingenuo ignorar este proceso de transición en el cual nos encontramos sobre la digitalización del derecho por medio de la inteligencia artificial, es por esto que resulta imperante lo siguiente:

- a) Entender a la inteligencia artificial como una disciplina de la informática que busca a través de la programación y el desarrollo de algoritmos suplir el trabajo del ser humano en algunos aspectos. Debemos comprender que la interdisciplinariedad de la inteligencia artificial y el derecho es solo la aplicación de sistemas de IA en el campo jurídico, y que dicha disciplina solo avanzará en la medida que la inteligencia artificial pueda extender sus posibilidades. Tal como está planteada ahora la diferencia entre IA débil y fuerte, al existir solo la primera, las labores de la inteligencia artificial en el mundo de los abogados se resumen en la sistematización de información para brindarle atención al usuario sobre alguna rama, como Prometea en el caso argentino; o para distribuir el ingreso de denuncias policiales, como es el

caso de la IA desarrollada por Países Bajos. Y si posteriormente logran cumplirse algunos parámetros de idoneidad como el de solución al dilema de la «caja negra», brindando al profesional del derecho y a todos aquellos que interactúan dentro del mundo del derecho la certeza en las respuestas de una IA generativa en funciones complejas, podrá dársele mayores responsabilidades.

- b) Congregar a los profesionales del derecho y la informática. A la fecha, Bex (2024) nos detalla a profundidad los logros que ha conseguido el NPAI, entidad que congrega a universidades de Países Bajos con la policía para la creación de inteligencia artificial al servicio de la administración de justicia. Sobre esto solo podemos sugerir que sea política de cada Gobierno el estudio interdisciplinario del derecho y la inteligencia artificial. ¿Se imaginan que cada Estado tenga la política gubernamental de modernizar su sistema de justicia? Un sistema de inteligencia artificial podría ayudar a sistematizar la reglamentación relacionada con los problemas judiciales, planteando alternativas basadas en la información obtenida, siempre que pueda explicar cómo se obtuvo cada dato, la fuente y el porqué. Además, debe garantizar que no se utilice información privada ni se contradigan las normativas nacionales e internacionales. En síntesis, el abogado necesita del informático para el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial que le permitan optimizar el trabajo dentro del campo del derecho, y el informático que desarrolla inteligencia artificial necesita del abogado para que este pueda determinar si la IA desarrollada es acorde al derecho o no.

4.2. ¿Cómo regular la inteligencia artificial?

De no controlar a la inteligencia artificial, esta podrá ser, muy probablemente, contraria a lo establecido por el derecho. El problema de la «caja negra» se comprobará y ocasionará percepciones negativas sobre los administrados referente al uso de la inteligencia artificial, para mitigar eso es necesaria una regulación que debe ser tomada por los siguientes puntos:

- a) Como se ha reiterado a lo largo de esta investigación, entendemos la interdisciplinariedad entre el derecho y la inteligencia artificial como la aplicación de herramientas informáticas en el ámbito jurídico, lo que requiere que dicha tecnología se regule conforme a lo justo y a lo establecido por las normas. Por ello, es imperativo regular la inteligencia artificial desde dos perspectivas: objetiva y subjetiva. Desde el enfoque objetivo, es esencial considerar el campo específico de aplicación. Por ejemplo, un sistema de ingreso de denuncias de modo que la IA integre en su base de datos todo lo relativo al derecho penal, procesal penal, las leyes orgánicas del Ministerio Público e incluso la normativa constitucional y supranacional. Esto garantizará que el usuario reciba una atención personalizada acorde con la situación particular. En la perspectiva subjetiva, la IA debe fundamentar sus funciones colocando a la persona como eje central de las situaciones jurídicas.
- b) Deben oponerse el principio de legalidad y el uso de inteligencia artificial si es preciso que sea así. Chen *et al.* (2024) nos demostraron la contradicción presente en el sistema judicial chino referente al uso o no de precedentes judiciales. Ahora, ¿qué sucedería si una inteligencia artificial basada en datos logra identificar un patrón que nos permite concluir que la aplicación de una norma es contraria al principio de constitucionalidad o a los derechos fundamentales? De la misma forma que las IA no deben vulnerar las garantías constitucionales, si la IA nos permite identificar normas que se oponen entre sí o que vulneran derechos fundamentales, entonces deberíamos concebir la posibilidad de desarrollar un programa de inteligencia artificial con la función de identificar la constitucionalidad de las leyes y la labor legislativa.

4.3. Los avances de la inteligencia artificial en el caso peruano, ¿qué mejorar?

Una vez abordados los principales conceptos relativos a la inteligencia artificial y su aplicación en el ámbito de la administración de justicia,

así como delineadas algunas pautas que podrían contribuir al desarrollo de este estudio de carácter interdisciplinario, resulta pertinente examinar el reciente caso peruano, a propósito de la promulgación de la Ley n.º 31814. Este cuerpo normativo, conforme a lo señalado en su exposición de motivos (2024), se propone impulsar el uso de la inteligencia artificial como herramienta para fomentar el desarrollo social y económico del país.

En lo que respecta a su aplicación en el sistema de justicia, si bien dicha ley presenta avances importantes como el reconocimiento del rol de toda la ciudadanía en el proceso de implementación de la inteligencia artificial (artículo único del Título Preliminar), así como la promoción de principios como la transparencia y la explicabilidad en el desarrollo de estas tecnologías (Proyecto de Reglamento de la Ley n.º 31814, artículo 4; Nuevo Proyecto de Reglamento, artículo 3), subsiste la necesidad de una regulación específica orientada a su utilización dentro del sistema jurisdiccional. Lo anterior se justifica, además, por cuanto la propia exposición de motivos de la norma identifica como actividades de alto riesgo aquellas vinculadas con la toma de decisiones jurisdiccionales y el análisis de infracciones penales.

La incorporación de inteligencia artificial en el ámbito judicial no solo implica un componente técnico u objetivo, relativo a la eficiencia del aparato judicial, sino también un componente subjetivo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales del justiciable. En efecto, cualquier herramienta tecnológica implementada debe ser útil y accesible para los usuarios del sistema de justicia, sin comprometer en modo alguno sus garantías constitucionales.

Asimismo, corresponde poner en valor los esfuerzos previos realizados por el sistema judicial peruano en la materia, incluso antes del auge contemporáneo de la inteligencia artificial, lo que Bex (2024) ha denominado su «resurgimiento», considerando que el debate público actual tiende a enfocarse únicamente en las aplicaciones generativas. En tal sentido, es pertinente recordar el planteamiento formulado por Turing (1950), quien sostenía que una inteligencia artificial debe ser entendida como tal en la medida en que logre resolver problemas humanos con el fin de optimizar la eficiencia en la ejecución de tareas.

Alineado con esta visión, el Poder Judicial del Perú, en su Plan Estratégico Institucional 2021, estableció entre sus objetivos la modernización del sistema de justicia (p. 9), lo cual ha conllevado al desarrollo de herramientas tecnológicas como el Expediente Judicial Electrónico. Si bien este instrumento no constituye una forma de inteligencia artificial generativa, cumple con una función esencial en la mejora de la eficiencia del sistema, al facilitar a los usuarios el acceso a sus procesos judiciales y a servicios conexos.

Se debe resaltar, de igual manera, la iniciativa de la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, que ha desarrollado la herramienta de inteligencia artificial denominada CURIA. Esta innovación busca asistir a los jueces en la tramitación ágil de los procesos judiciales, así como en la mejora de la predictibilidad en la emisión de resoluciones (Plataforma del Estado Peruano, 2025). Este ejemplo, junto con los previamente citados, da cuenta del compromiso institucional del sistema de justicia peruano en aprovechar las potencialidades de la inteligencia artificial como instrumento de apoyo al trabajo jurisdiccional, en beneficio de una justicia más eficiente.

Puede afirmarse que en el contexto peruano se ha iniciado un proceso concreto de incorporación de tecnologías de inteligencia artificial en la administración de justicia. No obstante, resulta imperativo avanzar hacia un marco normativo específico que regule esta interacción tecnológica y jurídica, garantizando que su desarrollo se enmarque en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales. Solo así se asegurará que estas herramientas, lejos de constituir una amenaza, se conviertan en mecanismos accesibles, confiables y legítimos.

5. CONCLUSIONES

El análisis de la interrelación entre la inteligencia artificial y el derecho ha adquirido una creciente importancia en el ordenamiento jurídico contemporáneo. En nuestro entendimiento, esta interdisciplina persigue incorporar la tecnología de inteligencia artificial como instrumento funcional para los operadores jurídicos, con el objetivo de optimizar los sistemas de administración de justicia sin que ello se transforme en un obstáculo para su adecuada aplicación.

En este contexto, resulta imperativo que los profesionales del derecho se integren activamente en el proceso de modernización digital del ámbito jurídico. Como operadores del derecho, tenemos la obligación de comprender en profundidad la naturaleza y los alcances de la inteligencia artificial, definida en la presente investigación como aquella tecnología que, mediante algoritmos de aprendizaje y procesos aleatorios, presta una atención personalizada al usuario y suplanta determinadas funciones tradicionalmente realizadas por el ser humano, cuyas capacidades y limitaciones deben ser evaluadas con rigor técnico.

Los hallazgos empíricos indican que la incorporación de la inteligencia artificial en el campo jurídico ha propiciado el desarrollo de herramientas tecnológicas que redundan en beneficio de la administración de justicia. En consecuencia, se impone la adopción de políticas públicas que promueven el estudio interdisciplinario de la inteligencia artificial en el ejercicio del derecho, en beneficio tanto del ámbito académico como de la sociedad en general. Asimismo, es fundamental fomentar una estrecha colaboración entre los especialistas del derecho y los expertos en informática, a fin de garantizar que los sistemas de IA desarrollados cumplan con los estándares normativos exigidos y eviten incurrir en errores interpretativos o contravenir la legislación vigente.

En definitiva, la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico se configura como una herramienta con el potencial de optimizar la labor de los operadores jurídicos en diversas áreas profesionales, más aún en el caso peruano que ha presentado problemas, como la predictibilidad jurídica, y que la inteligencia artificial ha venido como una alternativa de solución a esta y otras falencias. No obstante, es crucial reconocer que si bien la IA puede asumir determinadas funciones, aquellas tareas que requieren interpretación y discernimiento de carácter puramente humano deben seguir siendo competencia exclusiva de los operadores del derecho. Por ello, el uso de la inteligencia artificial debe realizarse con la debida responsabilidad y dentro de límites claramente definidos.

REFERENCIAS

- Barysè, D. y Sarel, R. (2022). Algorithms in the court: does it matter which part of the judicial decision-making is automated? *Artificial Intelligence and Law*, 32, 117-146. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4208203>
- Belaunde, J. de (1997). Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997). *Ius et Veritas*, 8(15), 103-127. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15735>
- Bex, F. J. (2024). AI, law and beyond. A transdisciplinary ecosystem for the future of AI & law. *Artificial Intelligence and Law*, 33, 253-270. <https://doi.org/10.1007/s10506-024-09404-y>
- Brozek, B., Furman, M., Jakubiec, M. y Kucharyzk, B. (2024). The black box problem revisited. Real and imaginary challenges for automated legal decision making. *Artificial Intelligence and Law*, 32, 427-440. <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09356-9>
- Castelvecchi, D. (2016). Can we open the black box of AI? *Nature*, 538(7623), 20-23. <https://doi.org/10.1038/538020a>
- Chen, B. M., Li, Z., Cai, D. y Ash, E. (2024). Detecting the influence of the Chinese guiding cases: a text reuse approach. *Artificial Intelligence and Law*, 32, 463-486. <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09358-7>
- Corvalán, J. (2018). Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 295-316. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>
- Espinoza, J. (2005). Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano. *Advocatus*, (013), 89-110.
- Gometz, G. (2005). *La certezza giuridica come prevedibilità*. G. Giappichelli Editore.
- Gunning, D. y Aha, D. W. (2019). DARPA's explainable Artificial Intelligence Program. *AI Magazine*, 40(2), 44-58. <https://doi.org/10.1609/aimag.v40i2.2850>

- Hassabis, D. (2024, 14 de mayo). Gemini breaks new ground with a faster model, longer context, AI agents and more. *The Keyword*. https://blog.google/technology/ai/google-gemini-update-flash-ai-assistant-io-2024/?utm_source=gdm&utm_medium=referral&utm_campaign=io24
- Jalón, E., Ponce, D., Arandia, J. C. y Arrias, J. C. (2021). Las limitaciones de la aplicación de la inteligencia artificial al derecho y el futuro de la educación jurídica. *Conrado*, 17(83), 439-450. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442021000600439&lng=es&tlng=es
- Jamal, S. (2023, 13 de abril). Pakistani judge uses ChatGPT to make court decision. *Gulf News*. <https://gulfnews.com/world/asia/pakistan/pakistani-judge-uses-chatgpt-to-make-court-decision-1.95104528>
- Kaplan, P. (2024). *La Unión Europea aprueba una histórica ley sobre inteligencia artificial* [Video]. CNN. <https://cnnespanol.cnn.com/video/union-europea-nueva-ley-inteligencia-artificial-cnn-dinero-tv/>
- López, K. (2024, 11 de abril). Abogado fue suspendido por usar IA para inventar precedentes en documento judicial. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/abogado-fue-suspendido-por-usar-ia-para-inventar-precedentes-en-documento-judicial-3332846#:~:text=El%20abogado%20y%20periodista%20Robert,de%20la%20inteligencia%20artificial%20generativa>
- McCarthy, J. (2007). *What is artificial intelligence?* Stanford University. <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>
- McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N. y Shannon, C. E. (2006). A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine*, 27(4), 12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>
- Odekerken, D., Bex, F. y Prakken, H. (2023). Justification, stability and relevance for case-based reasoning with incomplete focus cases. En *ICAIL '23: Proceedings of the Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law* (pp. 177-186). Association for Computing Machinery.

- OpenAI. (2024). *Hello GPT-4o*. <https://openai.com/index/hello-gpt-4o/>
- Plataforma del Estado Peruano. (2025, 14 de marzo). *Poder Judicial presenta asistente de inteligencia artificial «CURIA» que optimizará servicio de justicia* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/1126720-poder-judicial-presenta-asistente-de-inteligencia-artificial-curia-que-optimizara-servicio-de-justicia>
- Poder Judicial del Perú. (2021). *Plan Estratégico Institucional Poder Judicial 2021-2030*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9768f78048fcb5a1a112f59026c349a4/Plan+Estratgico+Institucional+del+Poder+Judicial+20212030_compressed.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9768f78048fcb5a1a112f59026c349a4
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2024a). *Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 31814*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6273071/5516872-exposicion-de-motivos.pdf?v=1732028538>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2024b). *Nuevo Proyecto de Reglamento de Ley n.º 31814*. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/6197119-nuevo-proyecto-de-reglamento-de-la-ley-de-inteligencia-artificial>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2024c). *Proyecto del Reglamento de Ley n.º 31814*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6273073/5516872-proyecto-de-reglamento-ley-31814%282%29.pdf?v=1732029752>
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rudin, C. (2019). Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead. *Nature Machine Intelligence*, 1, 206-215. <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0048-x>
- Rusell, S. y Norvig, P. (2010). *Artificial intelligence: a modern approach*. (3.ª ed.). Pearson Education. <https://people.engr.tamu.edu/guni/csce625/slides/AI.pdf>

- Segura, R. (2023). Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, (58), 45-72. <https://doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>
- Turing, A. M. (1950). Computing machinery and intelligence. *Mind*, 59(236), 433-460. <http://www.jstor.org/stable/2251299>
- Utrecht University. (s. f.). *National Police Lab AI*. <https://www.uu.nl/en/research/ai-labs/our-labs/national-police-lab-ai>
- Witt, A., Huggins, A., Governatori, G. y Buckley, J. (2024). Encoding legislation: a methodology for enhancing technical validation, legal alignment and interdisciplinarity. *Artificial Intelligence and Law*, 32, 293-324. <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09350-1>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

El autor extiende un agradecimiento a Dennis José Almanza Torres, María Isabel Aguilar y a Kety Ariane Hurtado Acosta por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Alex David Bedregal Aguilar es estudiante de pregrado de la carrera profesional de Derecho en la Universidad Nacional de San Agustín, ha sido representante del tercio estudiantil ante el Consejo de Facultad durante el período 2021-2023. Adicionalmente, ha participado en actividades académicas en calidad de organizador, tales como «El 38 aniversario de promulgación del Código Civil» y «Reflexiones desde una perspectiva internacional sobre la transversalidad de los derechos humanos».

Correspondencia

abedregala@unsa.edu.pe



200
AÑOS

DE INSTALACIÓN
DE LA
CORTE SUPREMA

8 DE FEB / 1825-2025



PODER JUDICIAL DEL PERÚ