PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

ISSN: 2663-9130 (En línea)

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25
enero-junio
2026
Lima, Perú

25



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026
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/0009-0003-9077-0876
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

COORDINADORES EDITORIALES

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

Jessica Natalí Ramírez Cárdenas
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4085-3510
E-mail: jnramirez@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

ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25
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

Scopus SciELO

DOAJ	Dimensions	LatinREV
Google Scholar	Lens.org	WorldCat
Latindex 2.0	SCilit	ROAD
ERIH PLUS	BASE	
REDIB	MIAR	

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 REPÚBLICA[1]

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Presidenta

Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arenas
Elvia Barrios Alvarado
Martín Alejandro Hurtado Reyes
Carlos Giovani Arias Lazarte
Aldo Martín Figueroa Navarro
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
Augusto Ruidias Farfán

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 neccesary 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. 18, n.º 25, enero-junio, 2026
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25

TABLA DE CONTENIDO

Editorial

Jessie Liliana Trevejo Núñez 17

Artículos de investigación

Camilo Suárez López de Castilla y Guillermo Martín Mardon Zárate 25
Los límites del control jurisdiccional de las cuestiones políticas en América Latina: un estudio comparado

Jean Paul Meneses Ochoa 71
Uso indebido de la inteligencia artificial en la difusión de imágenes sexuales: análisis del artículo 154-B del Código Penal peruano frente a los *deepfakes* y los *deepnudes*

Juan Alejandro Espinoza Espinoza 113
Los contratos alienos contratacan: las cláusulas de fuerza mayor, *hardship*, la *impracticability* y otras incomprensiones

Camilo Arancibia Hurtado 199
Derecho y literatura: entre la superficie y la profundidad

William Homer Fernández Espinoza 215
El impacto de las Reglas de Brasilia en la interpretación judicial de la Corte Suprema

Olga Alejandra Alcántara Francia, Jennifer Guiselle Rojas Alvarado y Enrico Marcel Huarag Guerrero 251
Explicabilidad algorítmica en IA genómica desde una perspectiva comparada con propuestas para América Latina

Gabriel Ravelo-Franco, Erik Francesc Obiol Anaya y Jorge Abel Cabrejos Mejía 291
Hacia estándares reforzados de confidencialidad: análisis del tratamiento de datos personales de niñas, niños y adolescentes en sentencias casatorias peruanas

Jainor Avellaneda-Vásquez 333
Derecho y literatura: positivismo jurídico y memoria histórica en los legados Orwell

Alicia Liceth Miñano Donayre y Saturnino Fidel Felipe Monroy 371
Enfoque jurídico de la contabilidad: una mirada desde el paradigma de la complejidad

Sherly Tania Bustamante Maita y Edwin Wilson Villanueva Altamirano 419
Ética y factores que afectan las decisiones judiciales

Carlos Alberto Pinedo Sandoval 445
La prueba de la pertenencia a una organización criminal en la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

Edwin Adolfo Morocco Colque y José Manuel Romero Pardo 469
Sentencias exhortativas y autonomía legislativa: el conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Congreso en el Perú

Enrique Mendoza Vásquez 507
El procedimiento de desalojo con intervención notarial en el Perú (Ley n.º 30933): observaciones y propuestas para un modelo eficiente

Elian Mauricio Camere Figueroa y Luis Fernando Armendariz Ochoa 537
La omisión impropia en el delito de violación sexual

Diego San Martín Villaverde 573
La delimitación entre infracción administrativa y delito ambiental en el ordenamiento jurídico peruano: criterios dogmáticos y problemas de aplicación

Este editorial se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 17-21
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1798

Editorial

Una de las interrogantes que emergen ante el auge de los sistemas de inteligencia artificial (IA) es el impacto de esta tecnología en el ecosistema de las publicaciones científicas. El panorama académico se ha modificado y ahora las preocupaciones giran en torno a las ventajas y las desventajas del empleo de la llamada IA generativa que, desde el 2023, ha dado un salto significativo hacia el uso masivo y generalizado de herramientas conversacionales, integración que supone una serie de desafíos, principalmente éticos, en el marco del desarrollo y la divulgación de la ciencia.

Las herramientas de IA generativa se están utilizando para la formulación de hipótesis de estudio, el diseño metodológico, la redacción de manuscritos, la colocación de citas y la mejora del estilo, entre otras aplicaciones, lo que en principio favorecería un mayor acceso al conocimiento. No obstante, de acuerdo con Lo (2025), su uso en la creación y el análisis de contenidos involucra cuestiones respecto a la autoría, la responsabilidad y la posibilidad de sesgos, así como disyuntivas en la gestión de la información, la cual demanda ingentes cantidades de datos para su entrenamiento y su funcionamiento, lo que a su vez acarrea inquietudes en cuanto a la privacidad de los datos, los derechos de autor y el riesgo de uso indebido de los contenidos académicos (p. 167).

Dicha problemática también ha dado paso a una marcada preocupación por los aspectos regulatorios de la IA. El incremento exponencial de su uso ha derivado en la emisión de una legislación diversa en

sucesivos y reiterados intentos por normarla, lo que ha tenido como efecto una notable dispersión normativa. A decir de Spinak (2023), «cada país busca tener su propio conjunto de reglas, lo que podría conducir a una mayor fragmentación del mercado digital global» (párr. 10).

Ya la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) había adoptado en noviembre de 2021 la *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, primer marco normativo universal sobre ética de la IA donde si bien reconocía que estas tecnologías podían ser de enorme utilidad para la sociedad, consideraba que «también suscitan preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión» (Unesco, 2022, p. 5). Concretamente, en el Ámbito de actuación 9: comunicación e información, la recomendación 112 sanciona el empleo de los sistemas de IA con miras a optimizar el acceso a la información y el conocimiento, para lo cual los Estados pueden «apoyar a los investigadores, las universidades, los periodistas, el público en general y los desarrolladores, a fin de mejorar la libertad de expresión, las libertades académicas y científicas y el acceso a la información» (p. 36).

Se reconoce, entonces, que las herramientas basadas en IA permiten mejorar la calidad de la escritura y el desarrollo de contenidos, y al mismo tiempo se es consciente de que la comunicación científica enfrenta enormes retos por la masificación de la IA, transformación que es evidente en las ciencias sociales, «donde los algoritmos de aprendizaje automático y profundo están redefiniendo los límites del conocimiento científico» (Guerrero-Solís et al., 2025, p. 635). Entre las principales aplicaciones en materia de escritura científica están la generación de contenido estructurado, la traducción científica y la síntesis de literatura; a su vez, presenta ventajas como la reducción de sesgos lingüísticos y la aceleración del proceso editorial, ámbitos en los que enfrenta críticas en temas como autoría y plagio, alucinaciones y falsas referencias, así como la homogenización del discurso (Guerrero-Solís et al., 2025, pp. 633-634); finalmente, se plantean inquietudes sobre su uso sin acreditar o fraudulento (Else, citado por Ali, 2024, p. 113).

En ese escenario, las revistas vienen actualizando sus políticas editoriales y adoptan nuevas pautas dirigidas a los autores en materia de uso de IA en la redacción académica, las cuales se sustentan en que los chatbots no pueden ser autores, en el deber de actuar con transparencia y de declarar cómo han sido utilizadas las herramientas de IA en el artículo; así como proporcionar el *prompt* utilizado para generar los resultados de la investigación, reconocer la responsabilidad por el material proporcionado por la IA, asegurar el correcto citado de las fuentes que respalden las afirmaciones así obtenidas, velar por la exactitud de la información generada, la inexistencia de plagio y especificar lo hecho para mitigar dicho riesgo (Zielinski et al., 2024, pp. 12-13). En cuanto a la exigencia de revelar el *prompt* utilizado, se explica en que «el uso inadecuado de IA puede llevar a conclusiones erradas si es que se indican instrucciones equivocadas» (Ramos-Castillo, 2024, p. 394). Sobre el particular, la revista *Educare* ha elaborado para Latinoamérica la «Declaración de Heredia», donde entre otros requerimientos figura el «citar y referenciar el modelo empleado, comprendiendo la diversidad y potencial complejidad de las interacciones y combinaciones que se pueden articular al emplear esta herramienta» (Penabad-Camacho et al., 2024, p. 4).

Importante es también destacar que similares pautas resultan aplicables al proceso editorial en general. Zielinski et al. (2024) recomiendan que los editores y los revisores por pares deben especificar, tanto a los autores como entre ellos, cualquier uso de chatbots en la evaluación del manuscrito, en la generación de revisiones y en la correspondencia (p. 13); o como ya se adelantara líneas arriba, en la aceleración del proceso editorial, por ejemplo, «para preseleccionar manuscritos mediante el análisis de estructura y claridad, optimizando el trabajo de revisores humanos» (Else, citado por Ali, 2024, pp. 633-634). Por último, se recomienda que las herramientas de detección de IA deben estar disponibles para los editores —sin considerar su capacidad de pago—, por el bien de la ciencia y del público (Zielinski et al., 2024, p. 13).

En suma, los riesgos generados por el uso de la IA han de ser mitigados con la supervisión humana como parte de un ejercicio ético y responsable en el proceso de creación de contenidos académicos. Esto es igualmente válido para las ciencias en general, como en el ámbito de

las ciencias sociales, de las que el derecho forma parte como disciplina relacionada con la promoción y la vigencia de los derechos humanos; máxime si, como ya advirtiera en su oportunidad la Unesco (2023), «los abogados están utilizando la IA para la investigación jurídica» (p. 55).

En esa línea de pensamiento, la *Revista Oficial del Poder Judicial* se hace eco de las voces que propugnan el empleo ético, supervisado y responsable de las herramientas de IA en la elaboración, la presentación, la evaluación y la edición de contenidos académicos, y viene implementado las directrices que garanticen, con transparencia, el uso adecuado de las herramientas de IA en el proceso editorial.

Jessie Liliana Trevejo Núñez
Directora de la *Revista Oficial del Poder Judicial*
Directora del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

REFERENCIAS

Ali, S. (2024). Locating the Intersection of Generative Artificial Intelligence and Human English Writing Skills: A Comparative Study. *Arab World English Journal (AWEJ) Special Issue on ChatGPT*, 112-123. https://dx.doi.org/10.24093/awej/ChatGPT.7

Guerrero-Solís, A. K., Ruiz-Muñoz, G. F., Yépez-González, D. A., y Sánchez-Lascano, M. N. (2025). El impacto de la inteligencia artificial en la producción científica. *Multidisciplinary Latin American Journal*, *3*(1), 629-649. https://doi.org/10.62131/MLAJ-V3-N1-031

Lo, L. S. (2025). Generative AI and Open Access Publishing: A New Economic Paradigm. *Library Trends*, *73*(3), 160-176. https://dx.doi.org/10.1353/lib.2025.a96119

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2022). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2023). *Kit de herramientas global sobre IA y el Estado de derecho para el poder judicial*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387331_spa

Penabad-Camacho, L., Penabad-Camacho, M. A., Mora-Campos, A., Cerdas-Vega, G., Morales-López, Y., Ulate-Segura, M., Méndez-Solano, A., Nova-Bustos, N., Vega-Solano, M. F., y Castro-Solano, M. M. (2024). Declaración de Heredia: Principios sobre el uso de inteligencia artificial en la edición científica. *Revista Electrónica Educare, 28*, 1-10. https://doi.org/10.15359/ree.28-S.19967

Ramos-Castillo, J. (2024). Inteligencia artificial en publicaciones científicas. Ética e integridad ante un desafío emergente. *Anales de la Facultad de Medicina*, *85*(4), 393-397. https://doi.org/10.15381/anales.v85i4.16129

Spinak, E. (2023). Investigación y comunicación científica, la IA y la legislación que se avecina. *SciELO en Perspectiva*. https://blog.scielo.org/es/2023/11/24/investigacion-y-comunicacion-cientifica-la-ia-y-la-legislacion-que-se-avecina/

Zielinski, C., Winker, M. A., Aggarwal, R., Ferris, L. E., Heinemann, M., Lapeña, J. F., Pai, S. A., Ing, E., Citrome, L., Alam, M., Voight, M., Habibzadeh, F., y on behalf of the WAME Board (2024). Chatbots, Generative AI, and Scholarly Manuscripts: WAME Recommendations on Chatbots and Generative Artificial Intelligence in Relation to Scholarly Publications. *Current Medical Research and Opinion, 40*(1), 11-13. https://doi.org/10.1080/03007995.2023.2286102

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026
ISSN: 2663-9130 (En línea)

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 25-69
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1228

Los límites del control jurisdiccional de las cuestiones políticas en América Latina: un estudio comparado

The Limits of Judicial Review of Political Issues in Latin America: A Comparative Study

Os limites do controle judicial sobre questões políticas na América Latina: um estudo comparativo

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA
Universidad de Lima
(Lima, Perú)
Contacto: csuarezl@ulima.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1562-6124

GUILLERMO MARTÍN MARDON ZÁRATE
Universidad de Lima
(Lima, Perú)
Contacto: gmardon@ulima.edu.pe
https://orcid.org/0009-0006-5397-5620

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo mostrar las distintas formas de interpretación que han tenido las altas cortes constitucionales de América Latina respecto al control jurisdiccional de los actos políticos.

Dentro de un Estado constitucional de derecho, un aspecto crucial que se deriva de este es que toda actuación del poder público puede ser objeto de control jurisdiccional a fin de hacer frente a cualquier acto

contrario a la Constitución. Sin embargo, resulta problemático determinar en qué medida resultan justiciables las decisiones discrecionales de los órganos políticos. Al respecto, diversos conceptos, tales como *political questions* o *interna corporis acta*, han servido para limitar el accionar de la justicia constitucional frente a este tipo de actos.

Luego de una revisión de los criterios adoptados por diversas altas cortes de América Latina respecto del control de actos discrecionales de naturaleza política, se advierte que no existe un criterio unívoco sobre la justiciabilidad de tales actos. En efecto, algunos aspectos que en un país son considerados una *political question*, en otros constituyen actos plenamente justiciables.

De esta manera, actos o decisiones de índole política, como el indulto, la declaración de un estado de excepción, la organización interna de las cámaras, entre otros, presentan consideraciones disímiles en cuanto a su justiciabilidad. Al respecto, se realiza un análisis sobre cuáles son los criterios que se adoptan en uno u otro país; si existen elementos convergentes o divergentes que permitan aproximarnos al límite del control judicial en los referidos actos.

Palabras clave: cuestiones políticas no justiciables; separación de poderes; *interna corporis acta*; control judicial; actos políticos.

ABSTRACT

This article aims to present the different approaches adopted by the highest constitutional courts in Latin America regarding the judicial review of political acts.

Within a constitutional state governed by the rule of law, a crucial implication is that every act of public authority may be subject to judicial review in order to address any action contrary to the Constitution. However, determining the extent to which discretionary decisions of political bodies are justiciable remains problematic. In this regard, concepts such as *political questions* and *interna corporis acta* have been used to limit the intervention of constitutional courts in relation to such acts.

Following a review of the criteria adopted by various high courts in Latin America concerning the review of discretionary acts of a political

nature, it becomes evident that there is no uniform standard regarding the justiciability of such acts. Indeed, matters that are considered a *political question* in one country may be regarded as fully justiciable acts in another.

Accordingly, political acts or decisions—such as pardons, declarations of a state of emergency, and the internal organization of legislative chambers, among others—are subject to differing assessments regarding their justiciability. In this context, the article analyzes the criteria adopted in different countries and examines whether convergent or divergent elements exist that may help define the limits of judicial review over such acts.

Keywords: non-justiciable political questions; separation of powers; *interna corporis acta*; judicial review; political acts.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar as distintas formas de interpretação adotadas pelas altas cortes constitucionais da América Latina em relação ao controle jurisdicional dos atos políticos.

Dentro de um Estado Constitucional de Direito, um aspecto crucial dele decorrente é que toda atuação do poder público pode ser objeto de controle jurisdicional, a fim de fazer frente a qualquer ato contrário à Constituição. No entanto, revela-se problemático determinar em que medida as decisões discricionárias dos órgãos políticos são passíveis de controle jurisdicional. Nesse sentido, diversos conceitos, como *questões políticas* ou *interna corporis acta*, têm servido para limitar as ações da justiça constitucional diante desse tipo de atos.

Após uma revisão dos critérios adotados por diversas altas cortes da América Latina em relação ao controle de atos discricionários de natureza política, verifica-se que não existe um critério unívoco quanto à justiciabilidade de tais atos. De fato, alguns aspectos que em um país são considerados uma *questão política*, em outros constituem atos plenamente justiçáveis.

Assim, atos ou decisões de natureza política, como indultos, a declaração de estado de exceção, a organização interna das câmaras, entre

outros, apresentam considerações distintas quanto à sua justiciabilidade. A esse respeito, realiza-se uma análise dos critérios adotados em um ou outro país, bem como da existência de elementos convergentes ou divergentes que permitam aproximar-nos do limite do controle jurisdicional sobre os referidos atos.

Palavras-chave: questões políticas não justiçáveis; separação de poderes; *interna corporis acta*; controle judicial; atos políticos.

Recibido: 2/5/2025 **Revisado:** 24/10/2025
Aceptado: 20/2/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

Un tema especialmente relevante del derecho procesal constitucional es el relativo a los límites de la justicia constitucional, concretamente en cuanto a la línea divisoria entre derecho y política. En este sentido, cabe preguntarse acerca de si en el marco de un Estado constitucional existen actos de los poderes públicos de naturaleza intrínsecamente política que no pueden ser dilucidados por órganos jurisdiccionales.

Desde hace algunos años se ha venido discutiendo la posibilidad de cuestionar a nivel jurisdiccional actos u omisiones del poder público. Por un lado, no son pocos los que alegan, en virtud del principio de separación de poderes, que deben protegerse esferas de autonomía respecto a la forma en que los poderes del Estado ejercen sus funciones.

Por otra parte, existen posiciones a favor de que se permita penetrar en esferas de cuestiones políticas cuando estas inciden en la afectación de derechos constitucionales.

A través de estos dos grandes bloques de posturas se han desarrollado conceptos que son comprendidos desde el estudio de los términos, cuestiones políticas no justiciables, *interna corporis acta*, entre otros. Queda claro que no hay una definición inequívoca sobre estos, por lo que el interés en nuestra investigación recae en abordar desde una

perspectiva transversal en el ámbito regional latinoamericano cómo han sido tratadas tales figuras.

Por ello, la presente investigación se enmarca en la siguiente interrogante: ¿cuáles han sido los criterios de los más altos órganos jurisdiccionales de América Latina respecto del control constitucional de actos políticos?

Este artículo se torna relevante toda vez que aborda, en un ámbito comparativo, los distintos criterios adoptados por las altas cortes de justicia de América Latina sobre las cuestiones políticas no justiciables.

De esta manera, se muestran los distintos matices en la concepción de lo que se entiende por actos no justiciables, lo que hace enriquecedor el entendimiento de distintos criterios sobre similares figuras jurídicas.

Así, la comunidad jurídica podrá apreciar que no existe una fórmula inequívoca para determinar la justiciabilidad de los actos discrecionales emitidos por órganos políticos.

El objetivo del presente artículo consiste en identificar los criterios de los más altos órganos jurisdiccionales de América Latina a fin de evaluar la justiciabilidad de los actos políticos discrecionales, y determinar en qué casos estos son considerados *political questions* y en qué otros son plenamente justiciables.

La presente investigación consta de tres capítulos. El primero se enfoca en la importancia de la justicia constitucional en el Estado constitucional, así como la problemática de controlar jurisdiccionalmente actos políticos. El segundo capítulo desarrolla los conceptos de *interna corporis acta* y *political questions*. Finalmente, el tercer capítulo presenta los principales desarrollos jurisprudenciales de distintos países de América Latina.

Asimismo, nos basamos en un análisis del tipo cualitativo, en el que se analizarán pronunciamientos de órganos jurisdiccionales (jurisprudencia) de las más altas cortes de los países de la región latinoamericana, así como doctrina especializada en la que se sistematizan los criterios de «cuestión política no justiciable» e «interna corporis acta». En este artículo se comparan criterios jurisprudenciales de algunos países de América Latina con líneas jurisprudenciales consolidadas sobre tópicos comunes.

El estudio, siguiendo la metodología propuesta por Hirschl (2005, pp. 133-139), utiliza el principio de *most similar cases*; en esa medida, se ha elegido países con variables independientes similares: misma tradición jurídica, sistema de gobierno presidencialista, contextos socioculturales e históricos semejantes. De esta forma, se podrá identificar con mayor precisión qué factor jurídico o político específico (como una reforma constitucional o la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) marca la diferencia, sin que el resultado se vea «contaminado» por diferencias sistémicas mayores. Otro criterio que se ha tenido en consideración es la existencia de jurisprudencia relevante.

Se han tomado en cuenta, para el análisis en general, las experiencias jurisprudenciales de Perú, Argentina, Brasil y Chile, aunque con ciertas variaciones. Por ejemplo, para el caso de estado de excepción se ha incluido a Ecuador, a fin de establecer un término de comparación. Ello en razón a que en el análisis de la jurisprudencia se determinó que el control abstracto del estado de excepción, a diferencia de los demás países analizados, solo se daba en Colombia; de esta manera, se incluyó a Ecuador, cuya Corte Constitucional no se encuentra tan relacionada con el activismo judicial. Para el caso del control judicial de la organización interna de las cámaras se ha incorporado también a México y Costa Rica, pues cuentan con importante jurisprudencia. Mientras que se ha omitido a Chile por falta de jurisprudencia relevante en la referida materia.

2. POLÍTICA Y DERECHO: LOS LÍMITES AL CONTROL JURISDICCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1. La importancia del control judicial en el Estado constitucional

El Estado constitucional encuentra un sentido en la supremacía constitucional, a través de un cuerpo normativo superior, entendido como Constitución, por el que se respetan los derechos de las personas, se limita el uso de la fuerza y, a su vez, se llega a limitar el poder encontrando mecanismos de control y cooperación entre los órganos del Estado.

La nota distintiva del Estado constitucional reside en la fuerza vinculante de la Constitución, la cual deja de ser una declaración de intenciones para constituirse en una norma jurídica de aplicación directa.

La caracterización del Estado constitucional gravita sobre tres pilares: los instrumentos de defensa judicial de la Constitución, la rematerialización del ordenamiento y su dimensión sustantiva como orden de valores. Este concepto ha tenido diversas aproximaciones desde la doctrina, pero coinciden en considerar que este concepto se compone de un denso contenido axiológico, la rigidez constitucional y la imperatividad de garantías jurisdiccionales frente a posibles transgresiones a la Constitución.

Así, por ejemplo, Prieto (2003) expone que existen criterios que definen al Estado constitucional de derecho: (i) la Constitución termina siendo vinculante en todo sentido; (ii) la existencia de una supremacía constitucional; (iii) la eficacia de la Constitución no precisa de un desarrollo legal; (iv) mecanismos jurisdiccionales que garantizan la vigencia de la Constitución; (v) la existencia de un denso contenido normativo (principios, derechos, directrices); (vi) la rigidez constitucional (pp. 116-117).

Por su parte, Guastini (2001) identifica una serie de presupuestos que determinan la constitucionalización del ordenamiento: «[1] constitución rígida […] [2] garantía jurisdiccional de la Constitución […] [3] fuerza vinculante de la Constitución […] [4] sobreinterpretación de la Constitución […] [5] aplicación directa de las normas constitucionales […] [6] interpretación conforme de las leyes […] [7] influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas […]» (pp. 154-164).

Además, es preciso señalar que para el citado autor los dos primeros rasgos (rigidez y garantía judicial) constituyen presupuestos *sine qua non* del referido concepto (Guastini, 2001, p. 154).

Por otro lado, partiendo de que el Estado constitucional protege a los individuos que forman parte de la comunidad, es necesario asignar mecanismos de protección para los derechos que se les reconocen. Y es que, de conformidad con lo que señala Aragón (1999), las decisiones que adopten los órganos del Estado, al ser potencialmente lesivas y abusivas a intereses particulares o incluso de una colectividad en sociedad, deberán ser limitadas. Los límites aplicados a las decisiones que adopten entes estatales en detrimento de los derechos de las personas se encuentran sujetos a un control judicial.

Se torna imprescindible que los actos de los gobernantes sean controlados cuando incurran en algún tipo de exceso en la función que desempeñan.

Un elemento constitutivo del Estado constitucional es la garantía jurisdiccional de la Constitución. Esto se justifica en la teoría que plantea Kelsen (2001) acerca de que una Constitución no podrá ser obligatoria si es que no cuenta con herramientas que terminen con la nulidad de actos que la contravengan. «Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico» (p. 95).

Ello se condice con lo señalado por Prieto (2004) en el sentido de que, en este modelo de Estado constitucional, la protección de la supremacía y la vigencia de la Constitución es encomendada a la jurisdicción (p. 50).

2.2. Aspectos problemáticos del control judicial

También es preciso anotar que el modelo descrito en el anterior acápite no ha estado exento de críticas, como la denominada objeción contramayoritaria, según la cual en caso de que los jueces determinen que una ley o un acto del Poder Ejecutivo es contrario a la Constitución, ello contraviene la voluntad de los representantes de la población (Bickel 1986, pp. 16-17). En tal sentido, se plantea que el control constitucional de las leyes constituye un factor que debilita el proceso democrático (Bickel, 1986, p. 21).

Resulta relevante citar las críticas formuladas por Waldron y Bellamy al modelo de Estado constitucional descrito en el acápite anterior. Así, por ejemplo, Waldron (2005) cuestiona que los tribunales sean el mejor lugar para deliberar asuntos relativos a derechos, aspectos en los que existen profundos desacuerdos, y duda de que el proceso judicial constituya un procedimiento materialmente superior (pp. 23-25), incluso advierte que los tribunales colegiados toman sus decisiones mediante una votación y por decisión mayoritaria, al igual que los legisladores, de manera tal que la diferencia no está en el método de decisión sino en cómo fueron elegidos (p. 110). Para este autor existe una congruencia natural entre derechos y democracia, dado que el requisito

principal para participar de una democracia es la aptitud para razonar responsablemente sobre la relación entre los intereses propios y los de los demás, lo que se denomina «capacidad moral» y a su vez ello constituye una característica de quiénes son considerados portadores de derechos (Waldron, 2005, p. 337).

Por su parte, Bellamy (2010) considera que la legislación tiene mejores perspectivas que la judicatura para resolver cuestiones relativas a derechos. Sostiene que el sistema un-hombre-un-voto genera un equilibrio de poder que facilita a todas las partes escucharse y tomarse en consideración, lo que promueve el reconocimiento mutuo (pp. 20-21). En este sentido, argumenta que los sistemas de representación propios del legislador permiten que este órgano político exprese o represente las opiniones de las personas. En cambio, los jueces no tienen esa representación. No obstante, advierte que ambos utilizan la regla de la mayoría para resolver las causas (pp. 51-54).

En suma, quienes critican este modelo de estado constitucional lo hacen considerando que el mejor foro para discutir sobre el significado de la Constitución no es la judicatura, y más bien rescatan el rol de los órganos representativos. Se pone en cuestión, entonces, quién debe tener la última palabra respecto de la interpretación de la Constitución.

La doctrina de las *political questions* también se erige como un punto de vista crítico, pero desde otra perspectiva. El punto sobre el que enfila sus críticas es el referido a si existen aspectos previstos en la Constitución que no pueden ser evaluados por la judicatura por ser asuntos que les corresponde resolver de forma discrecional a los órganos políticos.

Según Dalla Vía (2005), el Poder Judicial se caracteriza por actuar conforme a un orden legal y en función de una lógica jurídica que explica sus propias decisiones de no ser así, las cuales devienen en ilegales e inconstitucionales. Mientras que el factor de discrecionalidad es la forma en la cual se desenvuelve el poder político. Ello coincide con lo señalado por Silva (2016) en el sentido de que mientras lo político se rige por «criterios de conveniencia y oportunidad», el ámbito judicial, en cambio, «se rige por criterios de justicia» (p. 253).

Por ello, se torna dificultoso aplicar parámetros propios de una labor reglada y diseñada bajo el cumplimiento de la legalidad, a la actividad política, la cual obedece a otro tipo de criterios, con un amplio margen de discrecionalidad. De este modo, existen supuestos en los cuales la intervención judicial puede ser considerada una posible invasión de competencias asignadas a un órgano político.

Hasta aquí, queda claro que el control judicial es una pieza valiosa del Estado constitucional. Sin embargo, debemos cuestionarnos hasta qué punto se transforma en un arma política que obstaculizaría las competencias asignadas por la propia norma fundamental a órganos revestidos de poder que buscan cumplir con sus funciones.

Frente a ello, debemos comprender cuáles serían los métodos para limitar el control judicial de los actos políticos, lo cual será abordado a continuación.

3. MÉTODOS PARA LIMITAR EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS

3.1. Cuestiones políticas no justiciables

A través de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables o *political questions*, los órganos jurisdiccionales se abstienen de efectuar un control constitucional de determinados actos que se consideran de índole estrictamente política.

Se suele identificar el nacimiento de la doctrina de las *political questions* en la sentencia del caso Marbury vs. Madison (1803) en la que, a la par de estatuir la *judicial review*, marca sus límites, pues señala que no le corresponde evaluar la forma en que el Poder Ejecutivo realiza sus funciones políticas:

> The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court. (p. 170)

La explicación que se suele dar está relacionada con el contexto en que se dio este pronunciamiento. Así, Sagüés (2008) entiende que esta doctrina se formuló en la citada sentencia como una concesión de la propia Corte Suprema norteamericana en un caso en el que esta se estaba arrogando una competencia que la Constitución no le reconocía expresamente (*judicial review*). En tal sentido, señalaba de forma evidente que esta nueva facultad no iba a perjudicar al Ejecutivo en el ejercicio de sus competencias (p. 75).

En realidad, no se puede afirmar que la doctrina de las *political questions* haya surgido con la sentencia del caso Marbury vs. Madison, sino que esta sentencia constituye una manifestación de cómo se comprendía la separación de poderes en ese tiempo.

Al respecto, Barkow (2002) señala que Alexander Hamilton ya había reconocido, en *El Federalista* (específicamente en el número 78 y otros escritos), que la resolución de ciertas cuestiones constitucionales corresponde por su naturaleza a las ramas políticamente responsables y no al Poder Judicial (p. 250).

Es por ello que hay casos anteriores a Marbury vs. Madison en los que el mismo tribunal se niega a controlar actos de índole estrictamente política, aunque sin llegar a enunciar una afirmación general. Al respecto, Mesquita (2007, p. 293) señala que en el caso Jonathan Robbins (1801) se terminó ratificando la decisión del presidente John Adams de extraditar hacia el Reino Unido a una persona que había sido condenada por asesinato sobre la base de considerar que solo el presidente era quien debía tomar decisiones en materia de extradición.

Esta doctrina ha experimentado una evolución desde su surgimiento hasta nuestros días. Al respecto Grove (2015) señala, haciendo un contrapunto entre la concepción original de la doctrina de las *political questions* y la visión actual, que mientras en su versión primigenia (siglo XIX) los jueces asumían que había aspectos que, desde la propia Constitución le eran vedados a la judicatura por ser no justiciables, en la actual doctrina de las cuestiones políticas dicha doctrina constituye un reflejo de la actual concepción de la Corte Suprema como intérprete final (pp. 1967-1968).

Como lo señala Barkow (2002), esta doctrina ha transitado varias etapas. En un primer período, denominado clásico, su manifestación más notable la constituye la referida sentencia Marbury vs. Madison, en donde se reconocía que existen materias de la Constitución que por su naturaleza política no debían ser resueltas por los tribunales, sino por los poderes políticos (pp. 248-249). Es decir, en esta primera etapa se consideraba que era el texto de la Constitución el que determina que en ciertos aspectos los órganos políticos tienen espacios de discrecionalidad no controlable judicialmente.

En una segunda etapa, que va desde la década de 1940 del siglo pasado, se adopta la denominada variante *prudencial* de la doctrina, que no se basa estrictamente en el texto constitucional, sino en criterios establecidos por los propios jueces para proteger la legitimidad del Tribunal y evitar conflictos con los demás poderes (Barkow, 2002, p. 253). Uno de los propulsores de esta versión de la doctrina de las *political questions* fue Alexander Bickel y sus «virtudes pasivas».

Bickel argumentaba que el Tribunal tiene un triple poder: anular leyes, legitimarlas o abstenerse de decidir sobre los méritos. A esta tercera opción la llamó la «virtud pasiva». Para este autor, el fundamento de la doctrina de las *political questions* se basaba en (i) la naturaleza insólita del asunto a decidir y su imposibilidad de ser resuelto sobre la base de principios; (ii) su absoluta trascendencia, que tiende a desequilibrar la sentencia judicial; (iii) la ansiedad no de que se ignore la sentencia, sino de que debería ignorarse; (iv) la vulnerabilidad intrínseca de la judicatura al tratarse de una institución que no tiene respaldo electoral (Bickel, 1986, p. 184).

Una tercera etapa comienza con la sentencia Baker vs. Carr (Barkow, 2002, p. 263) y llega hasta nuestros días. En la sentencia Baker vs. Carr (1962) se establecieron los siguientes criterios para determinar en qué situaciones nos encontramos ante una cuestión política no justiciable.

> (1) "textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;" (2) "a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it;" (3) "the impossibility of deciding without an initial policy determination of

> a kind clearly for nonjudicial discretion;" (4) "the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;" (5) "an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made," sometimes described as the need for "finality;" and (6) "the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question," or the need of the United States to speak with one voice. (p. 217)

Como bien lo señala Barkow (2002, p. 265), los dos primeros factores son propios de la doctrina clásica de la *political question*, mientras que del 3 al 6 son afines a la doctrina prudencial. No obstante, la Suprema Corte de Estados Unidos solía señalar que ningún factor se cumplía en el caso concreto.

Grove (2015) anota que cuando se emitió la sentencia del caso Baker vs. Carr la comunidad jurídica asumió que estos criterios iban a servir para constreñir a la Corte Suprema, no obstante, la autorrestricción judicial no es compatible con la visión del colegiado que emitió la sentencia, la denominada Corte Warren (p. 1959).

Según la doctrina mayoritaria, esta tercera etapa ha estado caracterizada por el debilitamiento progresivo de la doctrina de las *political questions*, y se identifica como un punto relevante el caso Gore vs. Bush (Barkow, 2002, p. 276), que fue resuelto sin siquiera haber analizado si se estaba ante un supuesto de cuestión política no justiciable.

En efecto, aunque Baker vs. Carr daba en el papel criterios bastante flexibles para determinar que algo era una cuestión política no justiciable, lo cierto es que en cuarenta años desde la emisión de dicho precedente la Corte Suprema norteamericana solo determinó que se estaba ante una cuestión no justiciable en dos casos (Barkow, 2002, pp. 267-268).

Conforme a lo expuesto, se describe un debilitamiento de la doctrina de las *political questions*. Esto es lo que describe la doctrina mayoritaria. No obstante, Bradley y Posner (2023) ofrecen una visión discordante. Estos autores advierten que si bien la doctrina de las *political questions* ha sido muy poco utilizada por la Corte Suprema, las cortes más bajas la han usado sostenidamente (p. 1047).

Ello tiene una explicación, a decir de Bradley y Posner, en que los jueces de la Corte Suprema tienen un capital político y una visibilidad que les otorga más confianza para confrontar al Ejecutivo que un juez de distrito o de circuito.

Además, la Corte Suprema tiene las herramientas para evitar casos políticamente sensibles a través del *certiorari*. Los tribunales inferiores, al tener jurisdicción obligatoria, necesitan la doctrina de las *political questions* como un filtro para descartar casos que no pueden o no deben resolver. Se ha creado un equilibrio donde la Corte Suprema permite que los tribunales inferiores usen la doctrina para «limpiar» el sistema de casos problemáticos, manteniendo la doctrina disponible, pero sin usarla ella misma con frecuencia (Bradley y Posner, 2023, pp. 1084-1088).

Si bien esta doctrina tiene su origen y mayor desarrollo en los Estados Unidos, también ha tenido recepción en América Latina. El primer país en adoptar la doctrina fue Argentina a través de la sentencia de la causa Cullen vs. Llerena (1893). El contexto del pronunciamiento judicial es una revuelta en la provincia de Santa Fe que termina con la destitución del gobernador y la designación de un gobierno provisional. El gobierno designó a un interventor (Llerena), que destituyó al gobernador interino de Santa Fe. Se presentó una demanda ante la Corte Suprema exigiendo la restitución del gobernador provisional. La Corte Suprema rechazó el pedido porque (i) el demandante carecía de legitimación para representar a la provincia de Santa Fe; y, (ii) se trata de una cuestión política (Bianchi, 1992, p. 156).

En cuanto al fundamento de las cuestiones políticas, como lo ha señalado Reyes-Torres (2017, p. 5), se basa sobre todo en las siguientes ideas-fuerza: (i) el principio de separación de poderes; (ii) que el permitir la participación de órganos jurisdiccionales en cuestiones políticas pone en entredicho las competencias de los órganos políticos; (iii) la intervención de la justicia constitucional en lugar de apuntalar el respeto de los límites legales de las competencias más bien menoscaba su cabal ejercicio.

Es preciso reconocer que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no termina de definir de manera clara qué aspectos son

justiciables y cuáles no. Dado que la tendencia jurisprudencial puede llevar a ampliar o reducir los márgenes de actuación de la justicia constitucional.

Así, por ejemplo, mientras distintos autores advierten una tendencia hacia ampliar el ámbito de acción de la justicia constitucional y, a su vez, limitar la aplicación del concepto de *political question* (Ansolabehere, 2005, p. 40), en el ámbito peruano, a partir de la sentencia del caso Expediente n.º 00003-2022-PCC/TC, se ha reintroducido este, disminuyendo el margen de acción de la justicia constitucional.

De otro lado, podemos afirmar con Bianchi (1992, pp. 149-150) que las razones que determinan la imposibilidad de evaluar aspectos de índole política son muy variadas y constituyen uno de los terrenos más sinuosos y confusos del derecho constitucional. Además, señala que después de más de doscientos años de desarrollo jurisprudencial, las *political questions* no pueden ser consideradas un grupo homogéneo y cerrado de tópicos.

Esta teoría no ha sido ajena a críticas en ciertos sectores doctrinarios. Al respecto, Chemerinsky (2007) considera que los límites que establece la Constitución al poder político pierden significado si no se hacen cumplir (p. 217) y que dejar que las ramas políticas interpreten sus propios límites puede llevar a un crecimiento peligroso del Poder Ejecutivo y a la destrucción del sistema de pesos y contrapesos (p. 230). Además, considera que el Poder Judicial es mejor intérprete de la Constitución en la medida que sus decisiones se basan en principios, razonamientos lógicos y precedentes (p. 226).

Corresponde ahora determinar la naturaleza de otra institución jurídica por la que transita la doctrina de la intervención judicial en aspectos políticos.

3.2. *Interna corporis acta* o *internal proceedings*

La doctrina de los *interna corporis acta* o *internal procedings* limita el control judicial de los actos internos de las cámaras legislativas. Ello constituye una manifestación de la soberanía o privilegio parlamentario, propia del constitucionalismo inglés.

Como señalan Griffith y Ryle (2003), el privilegio parlamentario tiene dos facetas: (i) libertad de expresión para los miembros de las cámaras, así como quienes acuden por mandato del Parlamento a dar algún tipo de declaración; (ii) que las cámaras se regulan a sí mismas (p. 124).

El contexto en el que surge es la Inglaterra del siglo XVII en medio de las pugnas entre el monarca y el Parlamento. Como bien señala Torres (1995, p. 58), en dicho contexto no existía independencia judicial. Los jueces podían ser cesados sin ninguna garantía de permanencia en el cargo si contradecían las órdenes del rey. Justamente, frente a episodios concretos de intervención real a través de la judicatura es que se estatuyó esta garantía. Concretamente, se tiene la condena a un *Speaker* por haber permitido que se publicara entre los papeles de la Cámara de los Comunes un panfleto que difamaba al duque de York —heredero de la corona y más tarde rey Jacobo II, destronado por la revolución de 1688— (Torres, 1995, p. 58).

Esta disputa terminó en favor del Parlamento inglés, quien se impuso mediante el uso de la fuerza sobre aquellos que apoyaban una interpretación del marco constitucional, basada en el derecho divino de los reyes. De este modo, y a partir de ese momento, el Parlamento se convirtió en el centro del sistema político británico (Amaya, 2015, p. 56).

Como consecuencia de ello, la Bill of Rights de 1689 incluye una disposición que protege los debates parlamentarios de control judicial: «That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament».

Cuando el citado texto de la Bill of Rights alude a *proceedings in Parliament* se refiere a la facultad de regular sus propios procedimientos, los cuales no pueden ser cuestionados por los jueces (Griffith y Ryle, 2003, p. 126).

Esta doctrina es también utilizada en contextos muy diferentes; en sistemas que no se basan en la supremacía parlamentaria.

Así, por ejemplo, en Argentina, a través de la causa sentencia Caso Fernández de Kirchner, Cristina (2020), se determinó que constituye una decisión privativa del Parlamento el determinar la forma de sesionar, si es virtual o presencial.

De modo similar en el Perú, a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 00003-2022-PCC/TC se estatuyó que actos tales como la censura ministerial, el veto legislativo y la investidura del gabinete son actos de *interna corporis* que no pueden ser objeto de control jurisdiccional.

En el escenario colombiano se tienen las posiciones de la Corte Constitucional de Colombia respecto del concepto *interna corporis acta*. Al respecto, se señala que este concepto permite preservar la independencia de la función parlamentaria frente a injerencias de otra función de poderes, como es el caso del judicial (sentencia S. U. 150/21, 2021).

De modo similar en Costa Rica, la Sala Constitucional de su Corte Suprema, al dar respuesta al cuestionamiento respecto de la organización de las comisiones parlamentarias en el Parlamento de dicho país, consideró que la facultad del Parlamento para determinar su organización forma parte de la *interna corporis* y constituye una garantía básica derivada del principio democrático. No obstante, reconoce un límite: la potestad de autoorganizarse del Parlamento no podría afectar el principio democrático. En caso de que la conformación de comisiones deje subrepresentadas a algunas fuerzas políticas, ello podrá ser controlado por la justicia constitucional (Resolución n.º 12497-2015).

Luego de esta aproximación a la doctrina de las *political questions* e *interna corporis acta* consideramos relevante llevar a cabo un análisis exhaustivo respecto de tres aspectos que se han venido repitiendo en distinta jurisprudencia de las altas cortes constitucionales de países latinoamericanos. Por lo que en el siguiente acápite desarrollaremos los criterios respecto de (i) indultos y gracias presidenciales; (ii) control judicial de la organización interna de las cámaras; y, (iii) estados de excepción.

4. CONTROL JUDICIAL EN CUESTIONES POLÍTICAS ESPECÍFICAS

4.1. Indultos y gracias presidenciales

En los casos de Argentina, Brasil, Perú y Chile, cada país ha presentado un criterio propio en el entendimiento del control judicial sobre el indulto y las gracias presidenciales. Si bien existen notas comunes en

los distintos pronunciamientos de los órganos, el enfoque por el que se arriba al estudio del control judicial en dichas figuras varía en cada caso.

Argentina no ha desarrollado una posición dogmática sobre la permisividad o la prohibición de una cuestión política no justiciable en la figura del indulto, queda claro que la Corte Suprema entiende que es posible controlar un acto presidencial más aún si existen compromisos internacionales que dan contenido a una serie de derechos enfocados en la búsqueda de la verdad y la persecución de delitos de lesa humanidad.

Se entiende que para dicho país el énfasis en el derecho internacional dota de contenido a dichas figuras.

Por ejemplo, a través del pronunciamiento de la Corte Suprema argentina en el Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros (2007), se estableció la imposibilidad desde el plano constitucional de indultar a quienes fueron autores y partícipes de delitos bajo la categoría de lesa humanidad, toda vez que se estaría renunciando a la verdad, a la investigación, a que se comprueben los hechos, a que se identifique a los autores y a la desarticulación de medios y recursos que eviten la impunidad.

También se indicó que la existencia de delitos de lesa humanidad torna inviable la figura del indulto, en tanto contraviene el deber internacional del Estado para investigar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones; y que tanto dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como la utilización de la amnistía se encuentra reservada a delitos que no tengan la categoría de lesa humanidad.

Como puede apreciarse, en este caso se determinó que jurisdiccionalmente se puede controlar la facultad de otorgar indultos si es que van en contra de las normas *ius cogens* del derecho internacional referidas a los delitos de lesa humanidad. Tan es así que se declaró inconstitucional el indulto materializado en el Decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo que dio origen al caso en comento.

A su vez, similar criterio fue utilizado en los casos de los exgobernantes Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera. La Corte hizo hincapié en las obligaciones internacionales de Argentina para con la defensa de los derechos humanos y declaró inconstitucionales los indultos otorgados en el año 1990 (sentencia Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo, 2010).

Sumado a ello, en el caso Martínez de Hoz (2010), la Corte determinó que debía declararse la inconstitucionalidad de los decretos de indulto del exministro de Economía del gobierno de Jorge Rafael Videla bajo los mismos criterios establecidos en la sentencia adoptada contra el mencionado gobernante.

Finalmente, cabe mencionar que en el año 2015 el Parlamento argentino expidió la Ley 27156, por la cual se determinó que no podían ser objeto de indulto, amnistía o conmutación de pena los procesos penales o las penas relativas a delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

El escenario de Brasil es distinto, porque si bien no existe un énfasis en la figura de los compromisos internacionales como parámetro delimitador de aplicación del control judicial de cuestiones políticas, los criterios para analizar si opera o no la intervención han ido mutando.

En principio, la Constitución brasileña establece como una de las facultades del presidente el poder conceder indultos.

En el año 2017, el entonces presidente Tremer emitió el Decreto n.º 9.246/2017 por el que indultó a condenados por la justicia.

A propósito del caso, el Supremo Tribunal Federal en la sentencia ADI 5874/DF, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza del indulto. Se indicó que constituía una prerrogativa política del presidente, emitida bajo criterios de oportunidad y conveniencia con el fin de atenuar el rigor del sistema penal.

Asimismo, se expuso que el Poder Judicial podría analizar dicha figura solo respecto a su conformidad constitucional, lo cual significa que se debe llevar a cabo la verificación de que el indulto no se dio por crímenes que se encuentren proscritos, tales como el terrorismo o la tortura. No podrá cuestionarse el mérito del acto, lo que supone la decisión que adopta el presidente en el ámbito de lo moralmente admisible; ello implica que un juez no podrá cuestionar el fondo de la decisión en torno a que considere que el tipo de delito o un criterio de tiempo termina siendo magnánimo.

También se fija otro límite como la incapacidad de revisión en la decisión respecto a cualquier dictamen previo o consultivo de algún

órgano. Y es que se considera que existe una competencia privativa que la norma fundamental le otorga al presidente para que adopte la decisión que considere.

Sin embargo, años después se deja de lado el mencionado criterio y se pone énfasis a los conceptos de interés público, moralidad e impersonalidad administrativa.

Y es que, a propósito del indulto otorgado por el exmandatario Jair Bolsonaro al condenado diputado Daniel Lucio da Silveira, se dio un pronunciamiento por parte del Supremo Tribunal Federal en la sentencia ADPF 964/DF, en donde se indicó que el presidente usó la prerrogativa del indulto con un fin ajeno al interés público. Esto es, se dio sobre la base de una afinidad ideológico-política que terminaba siendo incompatible con los principios de moralidad e impersonalidad administrativa.

De esta manera, el alto tribunal indicó que se tornaba legítimo que se puedan invalidar actos que violen principios de la Constitución y que, más bien, el hecho de que se permita el uso de una atribución constitucional para la creación de un «círculo de virtual inmunidad penal» supone negar el imperio de la ley y que intereses personales se impongan sobre postulados democráticos.

En el Perú, a diferencia de Argentina y Brasil, se ha dotado de mejor contenido los límites a la acción discrecional del control judicial para con dichas prerrogativas y han existido pronunciamientos que poco a poco han terminado por delinear la permisión o no en esta figura jurídica.

Así, en el 2008, a propósito del caso Jalilie Awapara (Expediente n.º 4053-2007-PHC/TC), si bien declaró fundada una demanda constitucional contra una resolución judicial que disponía la inaplicación de la gracia presidencial, ello no se dio en virtud de considerar que la citada gracia fuera irrevisable por los tribunales.

A su vez, el intérprete constitucional hizo referencia a que existen límites materiales en dicha figura, por lo que esta puede ser controlada jurisdiccionalmente con el fin de proteger bienes de relevancia constitucional, como es el caso del fin preventivo de la pena, el deber estatal de protección a la población contra amenazas a su seguridad y la promoción del bienestar general fundamentado en la justicia, el derecho a la seguridad personal y al principio-derecho a la igualdad; todos ellos

consagrados en el texto constitucional. Cabe resaltar que para este último principio el requisito está referido a que la gracia debe ser concedida por motivos humanitarios, es decir, si padece una enfermedad grave o incurable.

Tres años después, a propósito de la sentencia Crousillat (Expediente n.º 03660-2010-PHC/TC), el supremo intérprete constitucional evaluó si se podría controlar la potestad presidencial de otorgar indultos.

En la mencionada sentencia se determinó la posibilidad excepcional de controlar jurisdiccionalmente un indulto si es que este es emitido inconstitucionalmente. Ello obedecería en la evaluación a que la decisión no sea acorde a derechos, principios y valores constitucionales; por ejemplo, que no se encuentre debidamente motivada.

El Tribunal hizo hincapié en que el control jurisdiccional no versa sobre la conveniencia o no del propio indulto, en tanto esta recae en una competencia reservada a un acto discrecional del presidente, sino más bien versa sobre el análisis de si el indulto termina siendo o no constitucional.

A fines del año 2017, el expresidente Kuczynski indultó a Fujimori y a raíz de ello se dieron una serie de cuestionamientos sobre la validez de dicho indulto. Así, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo (2018) a través del Informe Defensorial n.º 177 consideró que el referido indulto carecía de una debida motivación (p. 20).

Por otro lado, cierto sector de la doctrina (Castillo, 2018) sostenía que el control de validez jurídico sobre el indulto a Fujimori no debe ser el mismo parámetro que se aplica al control de actos reglados, sino más bien el que se aplica a una decisión discrecional. Por lo que el controlador de la validez en dicha figura no debe ingresar en la pertinencia de las razones que motivan el indulto, sino en determinar si dichas razones existen (p. 127).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al encontrarse abierta la supervisión de cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de corresponder, sancionar, en los casos Barrios Altos y La Cantuta, por los que fue condenado Fujimori en sede interna, concluyó que correspondería a las autoridades judiciales peruanas analizar si es que existían otras medidas fuera del indulto que permitirían

proteger la vida y la integridad de Fujimori sin que se afecte el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los casos por los que fue condenado (Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, p. 68).

La Corte Suprema llevó a cabo un control de convencionalidad respecto del indulto otorgado, en donde se determinó que, para el caso del exgobernante, dicha potestad presidencial carecía de efectos jurídicos al considerarse que iba en contra de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (Resolución n.º 10. Expediente n.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, considerando 290). Posteriormente, y con similar fundamentación, dicha decisión fue confirmada por otra Sala de la Corte Suprema (Resolución n.º 46. Expediente n.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, considerando 2.16). Finalmente, el Tribunal Constitucional, a través de un *habeas corpus* (Expediente n.º 02010-2020-PHC/TC), declaró la nulidad del control de convencionalidad, pero no hizo mención de la existencia de nuevos criterios para determinar si la potestad presidencial del indulto pudiera ser cuestionada judicialmente o si esta constituye una cuestión política no justiciable.

Finalmente, en el caso de Chile existe una posición consolidada sobre la no injerencia judicial sobre aspectos de fondo en el indulto. No obstante, pueden controlarse parámetros de forma en función de la referida prerrogativa.

En los últimos años, el gobierno de Gabriel Boric concedió una decena de indultos a las personas que cometieron una serie de delitos durante el estallido social que se vivió en dicho país en el año 2019.

Un grupo de parlamentarios chilenos cuestionó en sede del Tribunal Constitucional la constitucionalidad de los referidos indultos. Frente a ello, dicho órgano expuso con similar argumentación en sus fallos que los actos políticos que la norma fundamental le otorga al presidente se encuentran exonerados de control judicial y solo podrían ser objeto de fiscalización en el ámbito político de los órganos que representan la voluntad popular. Por lo que para el intérprete constitucional chileno las decisiones políticas no pueden sustituirse por una decisión judicial que determine criterios de oportunidad o conveniencia.

A su vez, se sostiene que el único ámbito controlable judicialmente recae en los aspectos formales de la tramitación del indulto y ello porque la decisión y los motivos que incentivan la decisión se encuentran en un ámbito de «discrecionalidad política fuerte» (Rol 13.965-2023, considerando 32).

Idéntica argumentación puede apreciarse en los fallos del Tribunal Constitucional recaídos en las siguientes sentencias: Rol 13.964-2023, Rol 13.968-2023, Rol 13.969-2023, Rol 13.970-2023, Rol 13.971-2023, entre otros.

Luego de un examen de los casos sobre indulto en estos países, es posible advertir que la justiciabilidad de tales actos no viene determinada desde la propia Constitución ni la legislación, sino que es la propia decisión de las altas cortes la que determina si en un caso el acto es o no justiciable. En este sentido, coincidimos con Haro (2016), quien señala que el concepto de cuestiones políticas no justiciables nace y se desarrolla en sede judicial, dado que son los jueces quienes han establecido (así como modificado) el estándar de «cuestiones políticas» y son ellos quienes determinan en los casos concretos que resuelven lo que se debe considerar como cuestiones políticas (p. 335).

4.2. Control judicial de la organización interna de las cámaras

Se advierte una tendencia de las altas cortes a respetar la autoorganización de las cámaras parlamentarias; aspecto en función del cual no se admite un control jurisdiccional. No obstante, cuando esta facultad de autoorganizarse resulta vulneratoria de algún derecho o algún principio constitucional, como el principio democrático, la justicia constitucional ha señalado que sí es posible efectuar un control jurisdiccional. Ello ha sido advertido en la jurisprudencia evaluada de los siguientes países: Perú, Argentina, Costa Rica, México y Brasil.

En el caso del Perú, la sentencia recaída en el Expediente n.º 00003-2022-PCC/TC acudió al concepto de *interna corporis acta* a fin de resolver una demanda competencial presentada por el Congreso de la República contra el Poder Judicial. En ese caso se cuestionaba el actuar del Poder Judicial a través de procesos de amparo tramitados contra la

elección del defensor del pueblo, la tramitación de un proyecto de ley y la acusación constitucional en contra del presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

En dicha sentencia, el Tribunal identificó algunos supuestos de *interna corporis acta* no justiciables, tales como «la censura ministerial, el veto legislativo, la investidura del gabinete» (fundamento 12). Al respecto, cabe señalar que nunca ha sido materia de demandas constitucionales en el Perú esta clase de actos. También señaló que determinados actos del Parlamento sí son justiciables: el antejuicio y el juicio político.

Al respecto, Tupayachi (2023) postula que no se niega la existencia de competencias específicas en la Constitución y que se presentan otras discrecionales, como es el caso de la censura ministerial, el veto legislativo, la investidura del gabinete, el otorgar un indulto, entre otras. Sin embargo, en los referidos casos ello no obsta del cumplimiento de formalidades en los procedimientos que las establecen. Por ello, el autor señala que la naturaleza de las *political questions* va a la ejecución de la competencia, mas no al procedimiento que la contempla, en tanto la protección constitucional va de conformidad al ejercicio de esta. De modo que, por ejemplo, no se podrá impedir la elección del defensor del pueblo o de integrantes del Tribunal Constitucional una vez convocado el Pleno del Congreso con tal fin, como también no votar la censura de un ministro, o un gabinete, así como obligar al presidente a dar un indulto.

Otro aspecto tratado por el Tribunal en el citado expediente fue la elección del defensor del pueblo. Sobre dicho tópico se estableció que la interposición de un amparo contra la elección del alto funcionario por parte del Parlamento se torna improcedente y que la única posibilidad por la que se valide un control judicial es que se configure un daño directo a un derecho fundamental; de esta manera, un juez podrá proteger un derecho, pero jamás podrá cuestionar el modelo en tanto afectaría un fuero sobre el que no tiene competencia (fundamento 64).

Por otro lado, con respecto a la justiciabilidad del antejuicio político, es válido mencionar que anteriormente el Tribunal Constitucional había considerado como una cuestión política no justiciable el proceso de acusación constitucional (Expediente n.º 340-98-AA/TC y Expediente

n.º 358-98-AA/TC), seguido contra exmagistrados del Tribunal Constitucional. Este caso fue materia de una condena al Estado peruano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001.

En pronunciamientos posteriores el Tribunal emitió sentencias de fondo respecto de casos relativos a acusaciones constitucionales. Incluso en la sentencia 00156-2012-PHC/TC se establecieron pautas de debido proceso.

En la ya referida sentencia recaída en el Expediente n.º 00003-2022-PCC/TC, el Tribunal Constitucional peruano señaló que el control jurisdiccional respecto del ejercicio de competencias exclusivas del Congreso de la República puede ser únicamente «por la forma, ya que la decisión sustantiva es, en puridad, una decisión política» (fundamento 40). También estableció que en otros supuestos como el de las comisiones investigadoras solo resulta posible su justiciabilidad cuando se «interviene de manera directa en los derechos fundamentales del investigado o citado» (fundamento 40). No queda del todo claro el término «por la forma» para establecer el tipo de control que puede hacer la justicia constitucional sobre decisiones de juicio político. Al respecto, algún sector de la doctrina ha entendido que ello implica que no se podrá cuestionar judicialmente el hecho mismo de haber cometido la infracción, sino solo la presunta vulneración de un derecho constitucional (Sar y Álvarez, 2024, pp. 127-128).

Por otro lado, el Tribunal tuvo la ocasión de pronunciarse en la sentencia de inconstitucionalidad 00006-2020-PI, en la que estableció algunas pautas sobre la forma en que se dan las votaciones en el Parlamento. En el contexto de la pandemia de la COVID-19, el Congreso de la República comenzó a sesionar virtualmente. Para tal efecto, se emitió la Resolución Legislativa n.º 002-2020-2021-CR, por la cual se adicionan al Reglamento del Congreso los artículos 51-A y 27-A.

Este último establecía que, para efectos de determinar el *quorum* y verificar la votación de los congresistas, el portavoz del grupo parlamentario debía informar sobre el sentido del voto de los miembros de su bancada: «Para efectos de la verificación del quórum y de la votación, se

podrá considerar, salvo previsión contraria, que el portavoz traslade el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario» (art. 27-A).

El Tribunal Constitucional, al resolver la referida sentencia 00006-2020-PI (2020), dentro del análisis de constitucionalidad por la forma, evaluó el modo como se registró la votación de los congresistas. Al respecto, reconoció que la decisión de llevar a cabo sesiones virtuales estaba comprendida dentro de la autonomía del Congreso de la República; no obstante, advirtió que las sesiones virtuales debían garantizar el debate y la participación libre de cada congresista, puesto que ello no solo implica el ejercicio de un derecho sino las funciones de representación. En tal sentido, consideró que la forma en que se aprobó la ley (únicamente el portavoz de cada agrupación parlamentaria ponía en conocimiento el sentido de la votación de cada congresista) no respetaba el «carácter personal, directo e indelegable del voto» (fundamento 26).

Por otro lado, en Argentina, respecto de la posibilidad de revisión judicial de procedimientos internos del Parlamento, como lo señala Amaya (2015), la Corte Suprema argentina ha variado su posición desde la no justiciabilidad estricta hacia un criterio en el que se acepta cierto margen para la revisión judicial (p. 196). Para tal efecto, cita la sentencia del Caso Binotti (2007). Ello se desarrolló a propósito del amparo interpuesto contra una votación llevada a cabo en el Senado por haberse incumplido con el cómputo de votos para el ascenso de personal militar. En dicha sentencia, la Corte Suprema entró a dilucidar si en una votación del Congreso en la que se requería mayoría absoluta respecto de todos los senadores presentes, el número de votos (sobre cuya base se computa la mayoría absoluta) debía incluir a los senadores que se abstuvieron.

Más recientemente, la Corte Suprema argentina ha emitido pronunciamientos en los que ha establecido que ciertos aspectos del trámite legislativo quedan fuera del control jurisdiccional, tales como los cuestionamientos relativos a si una cámara elimina un artículo del proyecto previamente aprobado por la otra cámara o la decisión de sesionar de manera presencial o virtual.

Así, en la sentencia del Caso Barrick (2019) se alegaba que el Senado, en el marco de la aprobación de la ley que establecía presupuestos mínimos para la conservación de glaciares, eliminó uno de los artículos del proyecto de ley, tal como había aprobado previamente la Cámara de Diputados. En el caso, la Corte Suprema argentina consideró que el procedimiento seguido por el Poder Legislativo a fin de aprobar una ley no constituye una cuestión justiciable, salvo aquellos casos en que no se haya respetado los requisitos mínimos indispensables para la emisión de una ley:

> no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes, salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley. Para configurar la justiciabilidad de la cuestión, resultaba entonces dirimente acreditar el señalado incumplimiento, máxime cuando los actores reeditaban una cuestión que había sido tratada en el debate del Senado y desestimada a la luz del reglamento de esa cámara y de los antecedentes legislativos que señalaron los legisladores. (Considerandos 1-5)

Posteriormente, en el Caso Fernández de Kirchner (2020), la demandante, en su calidad de presidenta del Senado, planteó una acción para que se analice la pertinencia de sesiones virtuales en el Senado en el contexto de la pandemia del COVID-19. En dicha oportunidad, la Corte Suprema determinó que el control judicial no alcanzaba a temas relativos al procedimiento adoptado para la aprobación de las leyes, en la medida que la Constitución argentina no establece si la modalidad de las sesiones deberá ser presencial o virtual.

Luego, en la sentencia del Caso Juez, Luis (2022), la Corte Suprema resolvió un asunto relativo a la designación de senadores como representantes ante el Consejo de la Magistratura. En el caso, se cuestionaba el procedimiento para la elección de los representantes de la segunda minoría parlamentaria para integrar el Consejo de la Magistratura.

Las instancias previas de este amparo habían considerado que el asunto cuestionado no era justiciable, puesto que se trataba de una *interna corporis acta* relativa al funcionamiento interno de las cámaras.

La Corte Suprema consideró que el caso no trataba sobre un aspecto discrecional del Congreso, sino de un asunto reglado relativo a cómo el Poder Legislativo participa de un órgano constitucional.

Para dicha Corte, la cuestión se tornaba justiciable en tanto el control judicial no se veía en función de un acto sobre la propia organización interna del Congreso, sino sobre el procedimiento que siguió la cámara para integrar un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura.

Estos criterios sobre la justiciabilidad en la elección de altas autoridades también han sido aplicados por otras instancias del Poder Judicial argentino distintas a la Corte Suprema ya mencionada.

Así, en el Caso Fundación Sur Argentina y otros (2017) se tuvo la oportunidad de resolver un amparo en donde se cuestionó la demora del Congreso Nacional argentino en el proceso de designación del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes, lo que traía consigo una vulneración al acceso a la justicia y al derecho a la igualdad de dicho grupo.

Sobre el particular, se estableció que la demora en el proceso de designación del referido defensor impide verificar la existencia del adecuado desarrollo de los procesos políticos y parlamentarios; pues al existir la referida omisión parlamentaria, se valida el control judicial, por lo que se admitió el amparo en dicho caso. Debe tomarse en cuenta que se hizo hincapié en que en el caso no pudo acreditarse la existencia de una cuestión política no justiciable y que el Congreso de la Nación se encontraba obligado legalmente a elegir a dicho alto funcionario.

En el caso de Costa Rica, en cuanto a la posibilidad de efectuar un control jurisdiccional de actos privativos del Parlamento, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, a través de la sentencia del caso 12497-2015 estableció que la facultad del Parlamento para organizarse constituye una garantía básica derivada del principio democrático, y que tanto su reforma como su interpretación forman parte de la *interna corporis*. No obstante, estableció un límite que permite un control jurisdiccional.

Ello con ocasión de que la referida Sala dio respuesta al cuestionamiento respecto de la organización de las comisiones parlamentarias en el Parlamento de Costa Rica. En este sentido, consideró que la potestad del Parlamento de autoorganizarse no puede afectar el principio democrático. En caso de que la conformación de comisiones deje subrepresentadas a algunas fuerzas políticas, ello podrá ser controlado por la justicia constitucional.

En otra ocasión, al resolver un recurso de amparo en el que se cuestionaba la sustitución de un parlamentario por otro en una comisión parlamentaria, hizo una distinción entre los derechos fundamentales y los que denomina «funcionariales» (es decir, aquellos que surgen como consecuencia del ejercicio del cargo), en cuyo caso no es posible el control jurisdiccional y prima el concepto de *interna corporis* (Resolución n.º 11870-2012).

En el escenario de México, en un primer momento, la Corte Suprema tenía criterios muy estrictos en el sentido de no permitir el control jurisdiccional de cuestiones políticas. Así, a través de la sentencia relativa a la Controversia Constitucional 140/2006 se determinó que los acuerdos parlamentarios no pueden ser sometidos a control jurisdiccional. En dicho caso, se cuestionaba un acuerdo de la Cámara de Diputados por el cual se exhortaba al gobernador de Oaxaca para que abandone el cargo.

Un hito importante lo constituyen los Amparos en Revisión 25/2021 y 27/2021. En ambos se cuestionaba la forma en que se aprobó la reforma constitucional de la Constitución de Yucatán, a fin de incorporar el matrimonio igualitario. Se cuestionaba, concretamente, que se había instaurado al interior de las cámaras legislativas de dicho estado el voto secreto en lugar del voto público. Al respecto, la Corte Suprema mexicana consideró que se trataba de una materia plenamente justiciable.

Posteriormente, la Corte Suprema mexicana tuvo la oportunidad de emitir una nueva sentencia en la que ratifica la posibilidad de un control jurisdiccional de actos de las cámaras del Congreso. Ello en el marco de la sentencia emitida en la Acción de Inconstitucionalidad 62/2022. En dicho pronunciamiento, se resolvió la demanda interpuesta contra la modificatoria del artículo 10, numeral 1, inciso h, de la Ley

General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que establecía que los medios de impugnación previstos en la ley serán improcedentes cuando:

> se pretenda impugnar cualquier acto parlamentario del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus Cámaras, emitido por sus órganos de gobierno, como los concernientes a la integración, organización y funcionamiento internos de sus órganos y comisiones legislativas.

La Corte Suprema declaró inconstitucional dicha disposición. Aunque mantiene la tesis de que no son justiciables los actos referidos a aspectos en los que la Constitución le haya conferido al legislador una discrecionalidad amplia a fin de que tome decisiones con criterios estrictamente políticos (fundamento 220). No obstante, la Corte sostiene que la disposición impugnada contiene una barrera de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva de los actos parlamentarios que es absoluta y sobreinclusiva, de forma que impide de modo absoluto la judicialización de los actos internos del Parlamento.

En Brasil se tiene el caso de la Medida Cautelar AC 4070, que suspendió del mandato al diputado federal Eduardo Cunha en el 2016. Previamente, la Procuraduría brasileña solicitó dicha suspensión en razón de considerar que Cunha utilizaba su cargo para obstruir investigaciones penales, lo que fue analizado por el Supremo Tribunal, el cual, considerando una intervención excepcional, otorgó la referida medida cautelar que convalidaba las razones de la Procuraduría.

Se hizo mención de la doctrina de *political questions* y se estableció el siguiente criterio: cuando el ejercicio de un cargo político compromete el orden constitucional, la cuestión deja de ser meramente política y se torna jurídicamente controlable. Se aclara que el otorgamiento de la medida no supone un juicio político ni disciplinario ni tampoco supone sustituir al Parlamento dentro de sus competencias internas: la separación de poderes no implica inmunidad frente al control constitucional.

Posteriormente, en el 2022 el Supremo Tribunal Federal emitió la decisión en la acción de inconstitucionalidad signada como ADI 6.721,

a través de la cual se explica que la prohibición de reelección de los miembros de la Mesa del Congreso Nacional no termina siendo una norma obligatoria para los Estados de la República, y es que estos pueden regular autónomamente la reelección de sus Mesas Directivas, siempre que no afecten principios de la Constitución.

Este pronunciamiento establece que el control judicial no invade la autonomía con la que cuentan los Estados, sino que puede darse un control de constitucionalidad legítimo al determinar la compatibilidad de las normas y las prácticas parlamentarias con la Constitución Federal. De esta manera, la autonomía del Parlamento no es absoluta.

Asimismo, se plantea una interesante distinción entre los actos *interna corporis* y las situaciones en donde se termina vulnerando principios constitucionales. El límite entre uno y otro se configura cuando la organización interna del Parlamento genera afectaciones a los principios republicano y democrático que consagran la norma fundamental, y señalan a dicho asunto como una cuestión política no justiciable.

Por otro lado, en el 2023, el Supremo Tribunal Federal emitió la decisión en el Recurso Extraordinario 1297884, a través de la cual se estableció la siguiente regla de interpretación: en salvaguarda del principio de separación de poderes, cuando no exista una afectación a las normas constitucionales, le queda prohibido al Poder Judicial ejercer control jurisdiccional sobre cómo se interpreta el sentido y el alcance de normas internas de los poderes legislativos, ello constituye materia de *interna corporis*.

Como puede apreciarse se plantea un límite en la intervención judicial sobre la organización interna del Parlamento en Brasil que termina siendo genérico. Los pronunciamientos aluden a la prohibición de afectación a principios constitucionales. Sin embargo, no queda claro si cuando se invoque la afectación de algún principio soterradamente se esté invadiendo competencias del Parlamento, puesto que la mención «afectar principios constitucionales» termina siendo genérica y no delimitable.

En efecto, consideramos que una regla general para delimitar la actuación de la judicatura respecto de actos políticos que consistan en

vulneraciones de derechos o principios constitucionales se torna difusa y permite, al mismo tiempo, considerar que en algunas circunstancias cabe la actuación judicial mientras que en otras no.

Así, en el Perú, en el citado caso de la elección del defensor del pueblo, al resolverse el amparo interpuesto contra la decisión del Congreso de elegir a dicho funcionario, el juez de la causa consideró que se afectaba el principio de transparencia y el derecho de participación política. Mientras el Tribunal Constitucional, al resolver el competencial 00003-2022-PCC, en el que el Congreso de la República cuestionaba la actuación del Poder Judicial con respecto a dicho caso, consideró que no había ningún derecho en juego.

Como es de verse, el mismo caso, en cuanto a su justiciabilidad, tuvo lecturas contrapuestas al ser analizado por parte de dos órganos jurisdiccionales distintos. Ello nos genera dudas sobre la posibilidad de establecer un criterio unívoco e inamovible acerca de en qué supuestos cabe un control judicial de actos de organización interna de las cámaras parlamentarias.

4.3. Estado de excepción

En cuanto al estado de excepción, ya ha sido superada la perspectiva según la cual durante este se suspenden las garantías. Es decir, ya no es materia de discusión la posibilidad de cuestionar los actos concretos de vulneración de derechos durante los estados de excepción. No obstante, lo que todavía constituye una cuestión política no justiciable en algunos ordenamientos es la declaración misma del estado de excepción. Solo en aquellos casos en donde el diseño institucional previsto en la propia Constitución establece un control en abstracto del estado de excepción, se ha permitido dicha figura.

En el Perú, desde la Constitución de 1993, se establece que la declaración de un estado de excepción no suspende la posibilidad de interponer demandas de *habeas corpus* y de amparo y que el juez controlará la constitucionalidad de los actos en concreto. No obstante, se establece que no es posible, a través de mecanismos jurisdiccionales, controlar la decisión de haber dictado un estado de excepción: «No corresponde

al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio» (art. 200 de la Constitución). De este modo, se ha entendido en nuestro medio que la Constitución ha consagrado que dicha decisión política (declarar un estado de excepción) constituye un supuesto de cuestión política no justiciable (Ku, 2024, p. 47). No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha relativizado esta última opción.

En primer lugar, cabe señalar que ya en el año 2003, con ocasión de la sentencia de inconstitucionalidad 00017-2003-AI, relativa a la Ley n.º 24150, se delinearon las principales características de los estados de excepción. Entre ellas, resulta relevante mencionar que se reconoció el control jurisdiccional del «cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento» (fundamento 18, i). Es decir, el Tribunal Constitucional determinó que, si bien la Constitución consagra la imposibilidad de cuestionar jurisdiccionalmente la propia declaración del estado de excepción, sí se puede cuestionar el *iter* procedimental. De este modo, únicamente quedaba como cuestión no justiciable la evaluación de los hechos a fin de determinar si correspondía o no decretarlo.

Con un posterior pronunciamiento (Expediente n.º 00964-2018-PHC), el Tribunal Constitucional evaluó la constitucionalidad de la prórroga de un estado de excepción. En el caso, el Tribunal Constitucional advirtió que se habían producido sucesivas ampliaciones de la declaración del estado de emergencia (fundamento 25), lo que convertía a dicho estado de emergencia en permanente y alteraba su naturaleza transitoria (fundamentos 26 y 27). Asimismo, hizo una evaluación de si el estado de emergencia declarado y sucesivamente ampliado había ayudado en el caso concreto a resolver el conflicto, y determinó que este se había mostrado ineficaz (fundamentos 29 y 30).

Como se advierte, el Tribunal Constitucional, más allá de lo previsto expresamente en la Constitución, según la cual, en principio, la decisión de decretar un estado de excepción constituye una cuestión no justiciable, ha reconocido la posibilidad de controlar su declaratoria por aspectos de forma y en algún caso ha evaluado el contexto fáctico a fin de determinar si correspondía declarar y prorrogar el estado de excepción.

Cabe señalar que más allá de la citada sentencia (Expediente n.º 00964-2018-PHC) no existe ningún otro pronunciamiento en el que el Tribunal Constitucional haya realizado una valoración de los hechos que ameritaron la declaratoria del estado de excepción y de la decisión del Poder Ejecutivo de decretarlo.

En Argentina, el acto declarativo de «estado de sitio» no puede ser objeto de revisión judicial (Amaya, 2015, p. 197). Ello a pesar de que la propia legislación permite este control, para el caso de *habeas corpus* relacionados con hechos ocurridos durante estados de excepción. En efecto, la Ley n.º 23098, en su artículo 4.1, prevé lo siguiente:

> **Art. 4º – Estado de sitio.** Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:
> 1º La legitimidad de la declaración del estado de sitio.

En el Caso Granada, Jorge (1985), la Corte Suprema argentina estableció que la evaluación de legitimidad a que hace referencia la ley de *habeas corpus* no implica evaluar los hechos a fin de determinar si corresponde dictar un estado de excepción, sino únicamente aspectos formales, tales como establecer expresamente un plazo de vigencia y la determinación del lugar en el que tendrá vigencia el estado de excepción.

Por otro lado, en Chile, la propia Constitución de 1980 establece una limitación al control jurisdiccional a la declaratoria de estado de excepción. En efecto, el artículo 45, inciso 1, de la Constitución chilena, determina una prohibición dirigida a todos los órganos jurisdiccionales para evaluar los hechos y los fundamentos de la declaración del estado de excepción. En la versión original del texto se dirigía no solo a la declaratoria en sí del estado de excepción, sino que prohibía un control jurisdiccional de las medidas adoptadas: «Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución».

La reforma constitucional de 2005, operada mediante Ley n.º 20.050, introdujo modificaciones en el artículo 45 del texto constitucional chileno, pues eliminó la expresión «en ningún caso» e incluyó «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39». El referido artículo 39 de la Constitución chilena es el que establece los distintos supuestos de estados de excepción. A pesar de la reforma, el texto parece bastante claro en mantener la declaratoria del estado de excepción como una cuestión no justiciable.

Según comenta Valdéz (2023), hasta la reforma constitucional de 2005, la judicatura había entendido que no existe forma alguna en que se cuestione un estado de excepción, lo que no ha cambiado con la referida reforma, puesto que no han existido casos jurisprudenciales en los que se analice la declaratoria de estado de excepción (pp. 92-93).

Esta imposibilidad de impugnar judicialmente la declaratoria del estado de emergencia se ve reflejada también respecto de supuestos en los que se ha cuestionado la omisión o el retraso en declarar el estado de excepción. Según comenta Silva (2016), el terremoto ocurrido en febrero de 2010 tuvo como consecuencia una alteración del orden público y un clima de inseguridad, si bien mediante el Decreto Supremo n.º 153 se declaró la Región del Biobío en estado de catástrofe, se cuestionó judicialmente la responsabilidad estatal por el perjuicio económico sufrido por la demora del Estado en disponer el ingreso de las Fuerzas Armadas para garantizar el orden. La demanda fue desestimada en dos instancias judiciales, y cuando el caso llegó a la Corte Suprema en casación, el alto tribunal desestimó el pedido bajo la consideración de que, de acuerdo con el mismo texto de la Constitución, existe una prohibición explícita a la judicatura respecto de fiscalizar el ejercicio de la potestad para declarar un estado de excepción constitucional. Y añadió: «el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política [...] de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole» (p. 83).

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en Perú y Argentina, la propia Constitución ha previsto que la declaratoria de estado de excepción constituye una materia plenamente justiciable. En efecto, los

artículos 214 y 215 de la Constitución colombiana prevén que el gobierno remitirá los decretos por los cuales se declara el estado de excepción y, en caso no lo hiciera, dicha corte procederá de oficio.

Como lo señalan García y Uprimny (2005), desde que la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre una declaratoria de estado de excepción (Sentencia C-004 de 1992) entendió que procedía no solo un control formal, sino también material. Esto implica determinar si la situación era lo suficientemente grave como para disponer un estado de excepción.

Ahora bien, ello no significa que la Corte Constitucional colombiana no reconozca un margen de apreciación al Poder Ejecutivo, por lo que el análisis que hace la Corte colombiana toma en cuenta este margen de discrecionalidad.

En la Sentencia C-145 de 2020 se estableció que existe un significativo elemento subjetivo de evaluación por parte del jefe de Estado, por lo que la valoración de la Corte debe ser tolerante a un margen de verificación de la gravedad e inminencia en la vulneración del orden. De esta manera, le compete a la Corte Constitucional verificar si hubo una manifiesta arbitrariedad y que dicha verificación con la realidad objetiva sirve para analizar si el Poder Ejecutivo dio pie a un acto arbitrario, sin que ello suponga que la valoración de la Corte Constitucional suplante a la valoración del Poder Ejecutivo (fundamento 21).

Finalmente, en Ecuador, la declaratoria de un estado de excepción constituye una cuestión justiciable. El artículo 166 de la Constitución de Ecuador establece que la declaración de estado de excepción es notificada a la Corte Constitucional dentro de las cuarenta y ocho horas de emitida. Del mismo modo, el artículo 436.8 de la Constitución señala que es competencia de la Corte Constitucional efectuar un control de oficio de las declaratorias de los estados de excepción cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. Además, como menciona Quitian Calderón (2021, pp. 182-183), el control de los estados de excepción no solo se limita a aquellos en los que se haya dispuesto la restricción de derechos, sino a todos ellos.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la que regula los procesos constitucionales en dicho país,

establece que la Corte Constitucional hará un control no solo formal, sino también material. Dentro de este control material, el artículo 121 de la referida ley señala que la Corte debe verificar:

1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia;
2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural;
3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y,
4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República.

Como lo ha considerado la Corte Constitucional ecuatoriana en su jurisprudencia, respecto del segundo requisito consistente en la verificación de los hechos, ello implica además «si estos hechos producen una situación de extrema gravedad, de tal naturaleza que configure una de las causales que ameritan la declaratoria del estado de excepción» (Dictamen 1-20-EE/20, fundamento 26).

5. CONCLUSIONES

- El control judicial sobre los indultos y las gracias presidenciales ha experimentado una evolución, que va desde la absoluta inmunidad hasta la posibilidad de un control judicial. Aunque países como Chile mantienen una postura de no injerencia por considerarlas cuestiones políticas no justiciables, otras naciones como Argentina y Perú permiten el control si los indultos están referidos a condenas por delitos de lesa humanidad.
- El control judicial de la organización interna de las cámaras ha evolucionado desde un ámbito restrictivo a uno más permisivo. Si en un primer momento se buscaba la protección de la autonomía de los parlamentos, se aprecia cierta tendencia a controlar judicialmente dichos actos en aras de preservar derechos y/o principios constitucionales.

- Existe una marcada disparidad en la intensidad del control judicial de los estados de excepción en la región. Mientras que en Chile y Argentina el control suele limitarse a aspectos formales y al *iter* procedimental, en Colombia y Ecuador la Constitución faculta a las Cortes para realizar un control material, lo que incluye verificar la «real ocurrencia» de los hechos y si la situación es lo suficientemente grave para justificar la suspensión de derechos. Esto demuestra que la decisión política de declarar una emergencia ya no es una cuestión no justiciable universal en el constitucionalismo latinoamericano.
- Debe advertirse que en ocasiones la justiciabilidad de los actos políticos no viene determinada desde la propia Constitución ni de la legislación, sino que es la propia decisión de las altas cortes la que determina si constituye o no una materia justiciable. En este sentido, se puede señalar que, en alguna medida, el determinar que algo es una *political question* es la consecuencia de una decisión jurisdiccional.

REFERENCIAS

Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Astrea.

Ansolabehere, K. (2005). Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía*, (22), 39-63.

Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control de poder: introducción a una teoría constitucional del control.* Universidad Externado de Colombia.

Barkow, R. E. (2002). More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. *Columbia Law Review*, *102*(2), 237-336.

Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons.

Bianchi, A. (1992). *Control de constitucionalidad* (vol. 2). Ábaco.

Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2.ª ed.). Yale University Press.

Bradley, C. A., y Posner, E. A. (2023). The Real Political Question Doctrine. *Stanford Law Review*, *75*, 1031-1090.

Castillo Córdova, L. (2018). *Cuestiones constitucionales políticas. Acusación constitucional, vacancia presidencial e indulto presidencial.* Instituto Pacífico.

Chemerinsky, E. (2007). Who Should be the Authoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine. En N. Mourtada-Sabbah y B. E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (pp. 181-198). Lexington Books.

Dalla Vía, A. (2005). Los jueces frente a la política. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (22), 19-38.

Defensoría del Pueblo (2018). *Informe Defensorial n.º 177. Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial.*

García, M., y Uprimny, R. (2005). *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia.

Griffith, J. A. G., y Ryle, M. (2003). *Parliament: Functions, Practice and Procedures*. Sweet & Maxwell.

Grove, T. L. (2015). The Lost History of the Political Question Doctrine. *New York University Law Review*, *90*, 1908-1974.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. UNAM.

Haro, R. (2016). Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? En *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas* (vol. 1, pp. 333-362). Universidad Nacional Autónoma de México.

Hirschl, R. (2005). The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. *American Journal of Comparative Law*, *53*(1), 125-155.

Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Ku Yanasupo, L. (2024). La doctrina de las political questions y el rol de los jueces en el Estado Constitucional. *Gaceta Constitucional*, (190), 47-58.

Mesquita Ceia, E. (2007). La aplicabilidad de la doctrina de las cuestiones políticas en el campo de las relaciones exteriores: ¿deben los tratados internacionales ser considerados actos no justiciables? *Estudios Constitucionales*, *5*(2), 289-310.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.

Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (71), 47-72.

Quitian Calderón, J. A. (2021). Control constitucional de los estados de excepción en Ecuador y Colombia: un enfoque comparado. *Revista de Derecho Fiscal*, (18), 177-193. https://doi.org/10.18601/16926722.n18.08

Reyes-Torres, A. (2017). *La justiciabilidad de casos o controversias en el control de constitucionalidad: las cuestiones políticas y la carencia de objeto (Justiciability of Cases or Controversies in Judicial Review: Political Questions and Mootness)*. Social Science Research Network. https://doi.org/10.2139/ssrn.3015564

Sagüés, N. P. (2008). La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein). *Pensamiento Constitucional*, (13), 73-94. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/1917/1861/

Sar Suárez, O., y Álvarez Miranda, E. (2024). Juicio político: hacia la juridización del «derecho constitucional sancionador» y la identificación de los «tipos constitucionales». *Revista Oficial del Poder Judicial*, *16*(22), 79-151. https://doi.org/10.35292/ropj.v16i22.1033

Silva Irarrázaval, L. A. (2016). Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos. *Estudios Constitucionales*, *14*(2), 231-262.

Torres Muro, I. (1995). El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (43), 51-71.

Tupayachi, J. (2023). El proceso competencial y el menoscabo de atribuciones en sentido estricto del Poder Judicial y el Poder Legislativo. A razón del Exp. n.º 00003-2022-PCC/TC. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (185), 94-112.

Valdéz, J. I. (2023). *Fundamentos del control jurídico del estado de excepción* [Tesis de maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/193178

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Ação Cautelar n. 4 070/DF (Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2016). *Diário da Justiça Eletrônico* (21 de octubre de 2016).

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/DF (Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, 9 de maio de 2019). Supremo Tribunal Federal.

Acción de Inconstitucionalidad 62/2022. Corte Suprema de México (22 de agosto de 2022).

Amparo en Revisión 25/2021. Corte Suprema de México (2021).

Amparo en Revisión 27/2021. Corte Suprema de México (2021).

Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).

Caso Barrick Exploraciones Argentinas S. A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación (4 de junio de 2019).

Caso Binotti, Julio César c/ E. N. Honorable Senado de la Nación (mensaje 1412/02) s/ amparo ley 16.986. Corte Suprema de Justicia de la Nación (15 de mayo de 2007).

Caso Cullen vs. Llerena. Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de septiembre de 1893).

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2001).

Caso Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza. Corte Suprema argentina (24 de abril de 2020).

Caso Fundación Sur Argentina y otros c/ en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986. Juzgado Contencioso Administrativo (9 de marzo 2017).

Caso Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor. Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de diciembre de 1985).

Caso Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16.986. Corte Suprema de Justicia de la Nación (8 de noviembre de 2022).

Caso Martínez de Hoz, José Alfredo s/ recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90. Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de abril de 2010).

Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación (13 de julio de 2007).

Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación (31 de agosto de 2010).

Controversia Constitucional 140/2006. Corte Suprema de México (15 de agosto de 2007).

Dictamen 1-20-EE/20. Corte Constitucional del Ecuador (19 de marzo de 2020).

Expediente n.º 340-98-AA/TC. Tribunal Constitucional (10 de julio de 1998).

Expediente n.º 358-98-AA/TC. Tribunal Constitucional (16 de julio de 1998).

Expediente n.º 0017-2003-AI/TC. Tribunal Constitucional (16 de marzo de 2004).

Expediente n.º 4053-2007-PHC/TC. Tribunal Constitucional (18 de diciembre de 2007).

Expediente n.º 03660-2010-PHC/TC. Tribunal Constitucional (25 de enero de 2011).

Expediente n.º 000156-2012-PHC/TC (2012). Tribunal Constitucional (8 de agosto de 2012).

Expediente n.º 02010-2020-PHC/TC. Tribunal Constitucional (17 de marzo de 2022).

Ley 27156. Delitos de lesa humanidad. Indultos, amnistía y conmutación de penas. Prohibición. Corte Penal Internacional (24 de julio de 2015).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento n.º 52 (22 de octubre de 2009).

Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

Pleno. Sentencia 945/2020. Expediente n.º 00964-2018-PHC/TC. Tribunal Constitucional (24 de noviembre de 2020).

Pleno. Sentencia 359/2020. Expediente n.º 00006-2020-PI. Tribunal Constitucional (25 de agosto de 2022).

Pleno. Sentencia 74/2023. Expediente n.º 00003-2022-PCC/TC. Tribunal Constitucional (23 de febrero de 2023).

Recurso Extraordinário 1297884 ED/DF (Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, 3 de julho de 2023). *Diário da Justiça Eletrônico* (1 de septiembre de 2023). https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2023-07-03;1297884-6235571

Resolución n.º 10. Expediente n.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01. Corte Suprema de Justicia de la República (3 de octubre de 2018).

Resolución n.º 46. Expediente n.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01. Corte Suprema de Justicia de la República (13 de febrero de 2019).

Resolución n.º 11870-2012. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (28 de agosto de 2012).

Resolución n.º 12497-2015. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (12 de agosto de 2015).

Resolución Legislativa n.º 002-2020-2021-CR. Congreso de la República (28 de marzo de 2020).

Rol 13.964-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Rol 13.965-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Rol 13.968-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Rol 13.969-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Rol 13.970-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Rol 13.971-2023. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo Exento n.º 3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 29 de diciembre de 2022. Tribunal Constitucional (Chile).

Sentencia C-145/2020. Corte Constitucional de Colombia (20 de mayo de 2020).

Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de mayo de 2018).

Financiamiento

Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Los límites del control jurisdiccional de las cuestiones políticas en América Latina», patrocinado por el Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, con código presupuestario PI.0284.00.2024.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Camilo Suárez López de Castilla: análisis, interpretación de datos para el trabajo, concepción y diseño del trabajo, redacción del trabajo y su revisión crítica. Estudio de legislación y jurisprudencia de derecho comparado. Responsabilidad en la gestión y liderazgo en la planificación y la ejecución de actividades de investigación.

Guillermo Mardon Zárate: estudio de legislación y jurisprudencia de derecho comparado. Redacción del trabajo, análisis o interpretación de datos para el trabajo y verificación de bibliografía.

Aprobación final de la versión que se publicará: la revisión y la aprobación de la versión final se realizó en forma conjunta.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

Los autores declaran que no se utilizaron herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía de los autores

Camilo Suárez López de Castilla, graduado y titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la misma universidad. Es docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Guillermo Mardon Zárate, graduado y titulado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres. Es docente de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la UPC.

Correspondencia

csuarezl@ulima.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 71-112
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1263

Uso indebido de la inteligencia artificial en la difusión de imágenes sexuales: análisis del artículo 154-B del Código Penal peruano frente a los *deepfakes* y los *deepnudes*

The Misuse of Artificial Intelligence in the Dissemination of Sexual Images: An Analysis of Article 154-B of the Peruvian Criminal Code in Light of Deepfakes and Deepnudes

Uso indevido de inteligência artificial na disseminação de imagens sexuais: análise do artigo 154-B do Código Penal peruano em relação a *deepfakes e deepnudes*

Jean Paul Meneses Ochoa
Universidad Internacional de La Rioja
(La Rioja, España)
Contacto: jeanpaul.meneses005@comunidadunir.net
https://orcid.org/0009-0007-7383-3264

RESUMEN

El presente artículo analiza una problemática emergente del derecho penal contemporáneo vinculada al uso de técnicas de inteligencia artificial en la comisión de delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, en particular respecto del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el artículo 154-B del Código Penal. La expansión de tecnologías como los *deepfakes* y los *deepnudes* ha generado nuevas formas de victimización digital que cuestionan los presupuestos tradicionales del tipo penal y la suficiencia

de su redacción frente a contenidos sintéticos de apariencia verosímil. El objetivo general de la investigación es determinar de qué manera las técnicas de inteligencia artificial *deepfake* y *deepnude* inciden en la tipicidad del delito regulado en el artículo 154-B del Código Penal. Como objetivos específicos, se analizan los elementos del tipo penal, estructura típica, bien jurídico protegido y objeto material, se examinan las características técnicas de los *deepfakes* y los *deepnudes* como herramientas digitales, y se evalúa si las imágenes generadas o modificadas mediante inteligencia artificial pueden ser subsumidas dentro del ámbito de aplicación del tipo penal vigente. La metodología corresponde a una investigación jurídica de tipo dogmático, basada en el análisis de la legislación penal peruana, la revisión de doctrina especializada, el estudio de jurisprudencia nacional relevante y el examen de estadísticas oficiales sobre denuncias por delitos informáticos y sexuales. Los resultados evidencian que la inteligencia artificial modifica sustancialmente el objeto material del delito, al permitir la creación íntegra de material sexual sin participación ni consentimiento de la víctima. Se concluye que si bien una interpretación judicial podría permitir la aplicación del artículo 154-B en algunos supuestos, resulta necesario realizar ajustes normativos que refuercen la seguridad jurídica y la protección penal efectiva por cuanto la regulación actual resulta insuficiente.

Palabras clave: inteligencia artificial; ciberdelincuencia; difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual; *deepfake*; *deepnude*.

ABSTRACT

This article analyzes an emerging issue in contemporary criminal law related to the use of artificial intelligence techniques in the commission of crimes against sexual freedom and sexual integrity, particularly with respect to the offense of disseminating images, audiovisual materials, or audio recordings with sexual content provided for in Article 154-B of the Criminal Code. The expansion of technologies such as deepfakes and deepnudes has generated new forms of digital victimization that challenge the traditional assumptions underlying the criminal offense

and the adequacy of its wording in addressing synthetic content with a realistic appearance. The general objective of the research is to determine how deepfake and deepnude artificial intelligence techniques affect the legal classification of the offense regulated under Article 154-B of the Criminal Code. The specific objectives include analyzing the elements of the offense, its legal structure, the protected legal interest, and the material object of the crime; examining the technical characteristics of deepfakes and deepnudes as digital tools; and assessing whether images generated or modified through artificial intelligence may be subsumed within the scope of application of the current criminal provision. The methodology consists of a doctrinal legal study based on the analysis of Peruvian criminal legislation, a review of specialized legal doctrine, an examination of relevant national case law, and an assessment of official statistics regarding reports of cybercrime and sexual offenses. The findings show that artificial intelligence substantially alters the material object of the offense by enabling the complete creation of sexual material without the participation or consent of the victim. It is concluded that, although judicial interpretation could allow the application of Article 154-B in certain situations, regulatory adjustments are necessary to strengthen legal certainty and ensure effective criminal protection, as the current regulation is insufficient.

Keywords: artificial intelligence; cybercrime; dissemination of images, audiovisual materials, or audio recordings with sexual content; deepfake; deepnude.

RESUMO

Este artigo analisa um problema emergente no direito penal contemporâneo relacionado com a utilização de técnicas de inteligência artificial na prática de crimes contra a liberdade e integridade sexual, em particular no que diz respeito ao crime de divulgação de imagens, materiais audiovisuais ou áudios com conteúdo sexual, previsto no artigo 154-B do Código Penal. A expansão de tecnologias como os *deepfakes* e os *deepnudes* tem gerado novas formas de vitimização digital que questionam os pressupostos tradicionais do tipo penal e a suficiência de

sua redação diante de conteúdos sintéticos com aparência verossímil. O objetivo geral da pesquisa é determinar de que maneira as técnicas de inteligência artificial *deepfake* e *deepnude* incidem na tipicidade do delito previsto no artigo 154-B do Código Penal. Como objetivos específicos, analisam-se os elementos do tipo penal, a estrutura típica, o bem jurídico protegido e o objeto material; examinam-se as características técnicas dos *deepfakes* e dos *deepnudes* como ferramentas digitais; e avalia-se se as imagens geradas ou modificadas por meio de inteligência artificial podem ser subsumidas ao âmbito de aplicação do tipo penal vigente. A metodologia corresponde a um tipo dogmático de pesquisa jurídica, baseada na análise da legislação penal peruana, na revisão da doutrina especializada, no estudo da jurisprudência nacional pertinente e no exame das estatísticas oficiais sobre denúncias de crimes cibernéticos e sexuais. Os resultados mostram que a inteligência artificial modifica substancialmente o objeto material do crime, permitindo a criação completa de material sexual sem a participação ou o consentimento da vítima. Conclui-se que, embora uma interpretação judicial possa permitir a aplicação do artigo 154-B em alguns casos, é necessário efetuar ajustes regulamentares que reforcem a segurança jurídica e a proteção penal efetiva, uma vez que a regulamentação atual é insuficiente.

Palavras-chave: inteligência artificial; cibercrime; disseminação de imagens, materiais audiovisuais ou áudios com conteúdo sexual; *deepfake*; *deepnude*.

Recibido: 31/5/2025 **Revisado:** 3/10/2025
Aceptado: 3/3/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología ha evolucionado vertiginosamente en los últimos años y nos ha provisto de herramientas deslumbrantes que han redefinido nuestras actividades diarias. Frecuentemente, estas innovaciones simplifican nuestras tareas o incrementan su eficiencia.

Entre los últimos avances tecnológicos que más han causado impacto en nuestras vidas tenemos a la inteligencia artificial que, conforme a su desarrollo y su modernización, continúa ampliando sus acciones y su utilidad en diversos ámbitos, como el artístico, el académico, el laboral o el jurídico.

Respecto a los efectos de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico, se tiene que esta ha originado un impacto importante, pues ha motivado la realización y la publicación de varios trabajos de investigación y artículos académicos en los que se han estudiado las repercusiones y las implicancias generadas mediante el uso de esta novedosa tecnología en el sector jurídico.

Lamentablemente, el avance de estas tecnologías también ha causado que la criminalidad se pueda adaptar a estas, impulsando el surgimiento del fenómeno criminal denominado ciberdelincuencia, lo que ha obligado a las sociedades a tomar medidas urgentes contra estos ataques que utilizan la tecnología.

Con relación a ello, desde hace unos años se vienen realizando estudios sobre el uso de la inteligencia artificial como una herramienta para la ejecución de delitos dirigidos a la vulneración de bienes jurídicos, como el patrimonio, el honor o la indemnidad sexual.

En atención a lo anterior, entre los delitos vinculados al uso de la inteligencia artificial podemos mencionar la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, regulada en el artículo 154-B del Código Penal, Decreto Legislativo n.º 635. Debido a las novedosas funciones que brinda esta tecnología conforme evoluciona, se han publicado dos reformas normativas específicas sobre su utilización en el ámbito penal desde el 2024 hasta la fecha. Esto confirma la falta de estudios académicos actualizados ante las últimas reformas penales que implican el uso de medios tecnológicos o digitales (como la inteligencia artificial) con fines delictivos.

Podemos relacionar lo referido conforme a los datos y las cifras recabadas para esta investigación, los cuales exponen una cantidad importante de personas que no conocen todas las funciones que se pueden realizar mediante el uso de la inteligencia artificial como un instrumento para la comisión de actos delictivos.

Lo expuesto también forma parte del flagelo que representa la creciente alza de las cifras registradas de los delitos informáticos o ciberdelitos. Por ello debe tenerse en consideración que la utilización de los medios tecnológicos para la comisión de delitos representa una exigencia para el derecho penal. Al no estar actualizado con estas últimas tendencias, estos ilícitos continuarán generando agravios económicos y morales tanto a personas naturales como jurídicas, así como impactos negativos en la economía nacional e internacional, lo cual señala la necesidad de realizar reformas legales sobre la materia.

De este modo, la presente investigación abarca la problemática vigente en el derecho penal respecto a la configuración de la inteligencia artificial como una herramienta digital o tecnológica para la comisión de los delitos relacionados con la ciberdelincuencia. En ese contexto, se busca responder el siguiente problema específico, que consiste en evaluar si la redacción actual del artículo 154-B del Código Penal abarca las imágenes generadas por inteligencia artificial. Como preguntas subsidiarias que orientan el análisis, se proponen las siguientes: ¿cuál es la estructura típica, el bien jurídico protegido y el objeto material del delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal?; ¿cuál es la naturaleza técnica de las herramientas *deepfake* y *deepnude*?; y, finalmente, ¿de qué manera el empleo de estas técnicas incide en la configuración del tipo penal bajo estudio?

Conforme al problema específico planteado, se formula la siguiente hipótesis: las técnicas de inteligencia artificial que generan *deepfakes* y *deepnudes* constituyen medios digitales que modifican el objeto material del delito de difusión de imágenes sexuales previsto en el artículo 154-B del Código Penal, de modo que la redacción vigente resulta insuficiente para sancionar adecuadamente su utilización.

Teniendo en consideración lo señalado, el objetivo general del estudio reside en determinar cómo las técnicas de inteligencia artificial

deepfake y *deepnude* inciden en la tipicidad del delito de difusión de material sexual (artículo 154-B del Código Penal).

Para lograr el referido objetivo general presentamos lo siguientes objetivos específicos: en primer lugar, se analizarán los elementos del tipo penal del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el artículo 154-B del Código Penal, a fin de identificar su estructura típica, bien jurídico protegido y objeto material, considerando las modificaciones normativas recientes vinculadas al uso de medios digitales y tecnológicos. En segundo lugar, se examinará el concepto, el funcionamiento y las características de las técnicas de inteligencia artificial *deepfake* y *deepnude*, con el propósito de determinar su naturaleza como herramientas digitales o tecnológicas y su potencial utilización en la creación o alteración de material audiovisual de contenido sexual. En tercer lugar, se evaluará la incidencia del uso de técnicas de inteligencia artificial *deepfake* y *deepnude* en el delito regulado en el artículo 154-B del Código Penal, para establecer si la redacción vigente del tipo penal permite subsumir las imágenes generadas o modificadas mediante inteligencia artificial dentro de su ámbito de aplicación típica.

Asimismo, es necesario precisar que el enfoque del mencionado ilícito se justifica por la notable frecuencia advertida del incremento en las redes sociales de varios actos de divulgación de imágenes de material audiovisual de contenido pornográfico no autorizado, lo cual ha originado dos modificaciones al Código Penal, una en agosto de 2024, mediante el Decreto Legislativo n.º 1625, Decreto Legislativo que modifica los artículos 154-B y 158 del Código Penal e incorpora el artículo 5-A en la Ley n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, para fortalecer el marco normativo sobre el uso de tecnologías digitales relacionado a la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y otra reforma en abril de 2025, mediante la Ley n.º 32314, Ley que modifica el Código Penal, Decreto Legislativo 635, y la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, para incluir el uso de la inteligencia artificial en la comisión de delitos.

En tal sentido, se expondrá el enfoque utilizado, así como las fuentes primarias y secundarias empleadas. Posteriormente se presentarán

las cifras y los datos vinculados a la incidencia delictiva de los delitos informáticos, así como los casos registrados relacionados con el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual a fin de conocer la problemática actual sobre la criminalidad informática o ciberdelincuencia en el país.

Seguidamente, se efectuará un análisis dogmático del tipo penal objeto de estudio, a fin de identificar los elementos que conforman su tipicidad y las características que lo definen. Asimismo, se desarrollarán los conceptos generales de la inteligencia artificial y sus implicancias en el ámbito jurídico, profundizando en la naturaleza técnica de los *deepfakes* y los *deepnudes*. Este análisis permitirá exponer y confirmar su incidencia en la tipicidad del delito de difusión de material sexual.

Por último, se examinará la jurisprudencia nacional relevante y se sistematizarán los resultados obtenidos, lo cual servirá de base para la discusión de las conclusiones y las recomendaciones de la investigación.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo de carácter jurídico, corresponde a un estudio dogmático con alcances exploratorio-descriptivos, en la medida en que se orienta al análisis del tratamiento normativo del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual previsto en el artículo 154-B del Código Penal peruano, frente a las nuevas formas de comisión delictiva vinculadas al uso de técnicas de inteligencia artificial, tales como *deepfake* y *deepnude*.

En atención a ello, para el desarrollo del estudio se recurrió al análisis de fuentes primarias y secundarias. Dentro de las fuentes primarias se examinó la legislación penal vigente, poniendo especial énfasis en el Código Penal (Decreto Legislativo n.º 635) y en las modificaciones normativas recientes vinculadas al uso de medios digitales y tecnológicos, entre ellas la Ley n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos; el Decreto Legislativo n.º 1625; y la Ley n.º 32314. Dicho análisis normativo permitió identificar la estructura típica del delito, el bien jurídico protegido y el objeto material, así como evaluar su adecuación frente a los supuestos de generación o alteración de imágenes mediante inteligencia artificial.

Asimismo, se consideró jurisprudencia nacional relevante, seleccionada de manera intencional sobre resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (período 2019-2025), se priorizaron casos que abordan el objeto material del delito (imágenes digitales), la autopuesta en peligro de la víctima y la coacción mediante material audiovisual íntimo.

De igual forma, como fuentes secundarias se emplearon aportes doctrinarios especializados en derecho penal, derecho informático e inteligencia artificial, así como información estadística oficial relacionada con la incidencia de los delitos informáticos en el Perú. De manera complementaria, se revisaron notas periodísticas de alcance nacional que dan cuenta de casos recientes vinculados a la difusión no consentida de material íntimo generado o modificado mediante inteligencia artificial, que fueron utilizadas únicamente como referencia contextual para evidenciar la problemática social, sin sustituir el análisis jurídico.

Respecto a la selección de dichas fuentes, se atendió a criterios de vigencia, pertinencia temática y relevancia jurídica, priorizando aquellas que guardan una relación directa con el objeto de investigación. Finalmente, el análisis de la información se realizó mediante técnicas de interpretación exegética y sistemática de la norma penal, análisis dogmático de los elementos del tipo penal, análisis de contenido doctrinario y, de manera complementaria, un enfoque comparado, con el propósito de enriquecer la discusión sobre la suficiencia o insuficiencia de la redacción vigente del artículo 154-B del Código Penal frente al uso de inteligencia artificial.

3. CONSIDERACIÓN PREVIA

3.1. Los índices de ciberdelincuencia en el sistema de justicia

A fin de conocer la problemática actual sobre la criminalidad informática o ciberdelincuencia en el país, resulta necesario observar las cifras de las denuncias registradas por las instituciones públicas relacionadas con el sistema de justicia.

Asimismo, para los fines de la presente investigación, respecto a la definición de ciberdelincuencia, utilizaremos la descrita por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH, 2022):

> La ciberdelincuencia, también denominada por algunos autores como «ciberdelito» o «cibercrimen», normalmente se caracteriza por utilizar sistemas informáticos, así como sistemas de comunicación masivos, tales como teléfonos, computadoras, celulares, entre otros, mediante los cuales se cometen diversos delitos o hechos punibles, que dan lugar a la afectación de distintos bienes jurídicos o también denominados derechos fundamentales, tales como el honor, la intimidad, la indemnidad y libertad sexuales, entre otros. (p. 26)

De este modo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó las cifras de denuncias por delitos informáticos durante el período 2018-2021, registrando un total de 33 593 denuncias, por lo cual se advierte que cada año la incidencia delictiva va en aumento (MINJUSDH, 2022, p. 10).

También el Ministerio Público-Fiscalía de la Nación (MP-FN, 2021) recogió las cifras de los delitos denunciados en Fiscalías Provinciales Penales, Especializadas y Mixtas durante los períodos de enero a septiembre de 2023 y enero a septiembre de 2024, donde se exponen las denuncias por delitos informáticos. De igual modo, se precisó que en el 2023 se presentaron 20 274 denuncias, mientras que en el 2024 se realizaron 29 221 denuncias (p. 41).

Lamentablemente, el pronóstico no resulta positivo por cuanto se advierte que para el 2025 se anticipa un alza importante de las cifras vinculadas a los ciberataques, debido al progreso y el mal uso de la inteligencia artificial, de acuerdo con la opinión de expertos en la materia (Solar, 2025, párr. 1).

Por parte del Poder Judicial, en una entrevista el magistrado Meneses Gonzales señaló que no existen jueces especializados en materia de ciberdelincuencia; resaltó también la gravedad de la situación al exponer el peligro que padecen los ciudadanos al momento de utilizar los dispositivos tecnológicos (Alva, 2024, párr. 3).

Según los registros del Ministerio Público, las denuncias por delitos informáticos han crecido progresivamente cada año. Asimismo, conforme a las opiniones citadas, se advierte una situación alarmante respecto al aumento de las cifras en cibercriminalidad.

Se precisa que la mención de los referidos datos tiene como objetivo exponer la incidencia delictiva vinculada a los delitos informáticos en forma general a fin de justificar el presente estudio, por lo que se requiere exponer los datos del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual en forma específica.

Si bien las cifras expuestas comprenden la totalidad de los delitos informáticos, estas permiten advertir un crecimiento sostenido de conductas ilícitas cometidas a través de medios digitales, dentro de las cuales se inscriben los delitos que afectan la intimidad y la indemnidad sexual. En ese sentido, el incremento general de la ciberdelincuencia constituye el contexto estructural que explica la necesidad de analizar, de manera específica, aquellos tipos penales que tutelan bienes jurídicos personales frente a nuevas modalidades tecnológicas, como ocurre con el delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal.

También es pertinente señalar que la elección de los datos expuestos responde a un criterio de pertinencia institucional y actualidad legislativa. Su incorporación en este estudio no busca un rigor estadístico-matemático, sino ofrecer un respaldo empírico que permita dimensionar la gravedad de la ciberdelincuencia en el Perú. Así, estas cifras actúan como un marco referencial para comprender la urgencia de las reformas penales que aquí se analizan, sin pretender establecer leyes de causalidad cuantitativa.

3.2. Sobre los casos registrados del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual

Para el análisis específico del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, se recurrió tanto a fuentes primarias de carácter normativo como a fuentes secundarias de naturaleza doctrinaria, estadística y periodística, seleccionadas atendiendo a su pertinencia temática y a su contribución para ilustrar la incidencia social del delito materia de estudio.

En esta línea, con el auge de la ciberdelincuencia, se ha observado un aumento particular en delitos como la difusión de contenido sexual en formatos de imagen, video o audio.

Al respecto, conforme a la nota publicada en el portal web del medio periodístico Wayka (2024), se observa que en el país las mujeres representan el 90 % de las víctimas del delito de difusión digital de imágenes íntimas no autorizadas (párr. 3).

Asimismo, conforme a los últimos estudios realizados a 9033 encuestados en Bélgica, Brasil, Colombia, Estados Unidos, España, Francia, Grecia, Italia, México, Países Bajos, Perú y Reino Unido, se expone que el «77 % de los encuestados de entre 16 y 24 años han sido víctimas del abuso de imágenes íntimas o conocen a alguien que lo ha sido. La cifra es similar (68 %) entre los encuestados de entre 25 y 34 años» (Kaspersky, 2024, p. 4).

Las alarmantes cifras expuestas coinciden con las notas periodísticas que recogen las denuncias de artistas y celebridades mujeres que han sido víctimas del delito de divulgación de imágenes en redes sociales sin su autorización. Lo referido se confirma en atención a la nota periodística del portal web Perú21 (2019) titulada «Difusión de "packs": ¿Qué personajes de la farándula local han sido víctimas de la violación a su intimidad?», en la cual se enumeran una cantidad importante de celebridades que fueron víctimas de la difusión de contenido no autorizado (párr. 1).

Conforme a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo n.º 1625, Decreto Legislativo que modifica los artículos 154-B y 158 del Código Penal e incorpora el artículo 5-A en la Ley n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, para fortalecer el marco normativo sobre el uso de tecnologías digitales relacionado a la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, respecto a la incidencia delictiva sobre el delito materia de investigación se menciona lo siguiente:

> En el caso peruano en el año 2022, los Centros Emergencia Mujer - CEM atendieron 59 casos sobre violencia y las TIC, siendo que, en el 96,6% de los casos, las personas atendidas fueron mujeres. De enero a diciembre del 2023 se han atendido 71 casos, de los

> cuales el 98.6% son mujeres, esto es 70 mujeres. Por otra parte, de acuerdo con el Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, de las 566 alertas de acoso virtual reportadas en el año 2022, en el 90% de los casos, las víctimas fueron mujeres. En esa misma línea, en el resumen estadístico del test de acoso virtual, en 134 respuestas se marcó la opción «han publicado información vergonzosa, falsa, íntima sobre mi persona (mensajes, fotos y/o videos)». (p. 9)

Además, se han registrado casos de centros educativos en los cuales se ha sorprendido a estudiantes difundiendo y comercializando imágenes de sus compañeras en situaciones de índole sexual, que fueron elaboradas mediante el uso de herramientas digitales. Ello demuestra una situación alarmante en las instituciones educativas y el acceso a estos mecanismos tecnológicos que pueden exponer y vulnerar los derechos de menores de edad (Rojas, 2023, párr. 2).

Conforme a los hallazgos presentados, se manifiesta la inquietante magnitud de la problemática relativa a la divulgación no autorizada de imágenes de índole sexual por medios digitales. Dicha situación ha merecido el enérgico rechazo y llamado de atención por parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Defensoría del Pueblo y múltiples organizaciones y grupos enfocados en la lucha contra la violencia de género.

En atención a las cifras de cibercriminalidad expuestas, así como los casos registrados del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, se confirma una situación alarmante que debe ser atendida urgentemente por las entidades involucradas. De este modo, se justifica la atención a la mencionada problemática en la presente investigación.

Los datos y los casos expuestos permiten advertir que la difusión no autorizada de imágenes íntimas no constituye un fenómeno aislado, sino una práctica reiterada que ha adquirido nuevas formas a partir del uso de herramientas digitales avanzadas. Esta realidad empírica resulta relevante para comprender el sentido y el alcance de las reformas introducidas mediante el Decreto Legislativo n.º 1625 y la Ley n.º 32314,

las cuales responden a la necesidad de adecuar el tipo penal del artículo 154-B frente a modalidades de comisión que no estaban claramente previstas en su redacción original, especialmente aquellas vinculadas al uso de inteligencia artificial.

Además, la referencia a estudios internacionales y notas periodísticas no tiene por finalidad sustituir el análisis jurídico-dogmático, sino complementarlo, permitiendo identificar la afectación recurrente y los escenarios fácticos relevantes que resultan útiles para evaluar la suficiencia de la redacción vigente del artículo 154-B del Código Penal frente a las nuevas modalidades de comisión delictiva mediante inteligencia artificial.

4. EL DELITO DE DIFUSIÓN DE IMÁGENES, MATERIALES AUDIOVISUALES O AUDIOS CON CONTENIDO SEXUAL

4.1. Consideraciones generales

Una vez expuestos los datos relacionados con el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, a continuación, corresponde efectuar un análisis del tipo penal a fin de identificar cada uno de los elementos que conforman la tipicidad, así como las características del delito en mención.

Al respecto, es evidente que en la actualidad la tecnología nos brinda herramientas que nos permiten relacionarnos e intercambiar información de manera inmediata, en cualquier momento y desde cualquier parte del mundo.

Por tales motivos cobra vigencia el concepto de «sociedad de la información», conforme a que, debido a nuestro vínculo con los dispositivos digitales, estamos en un contacto perpetuo respecto al acceso a todo tipo de información y comunicación.

Asimismo, con el auge de las redes sociales se ha naturalizado y potenciado la divulgación de información relacionada con nuestros ámbitos académicos, laborales y personales, lo que ha conllevado al surgimiento de nuevas problemáticas vinculadas con el acceso y el uso de nuestra información de carácter íntimo o privado.

Con relación a ello, debido a la alarmante cantidad de denuncias conocidas en los medios de comunicación tradicionales y en las redes sociales, cada vez es más común advertir casos de distribución no autorizada de fotografías o material audiovisual de carácter sexual o privado, que abarca tanto a figuras públicas como a individuos que no son de interés general.

Lo referido se valida conforme a los datos recopilados que muestran el aumento en el número de afectados por la difusión no autorizada de imágenes de índole sexual en las plataformas sociales.

En tal sentido, con el propósito de fortalecer la legislación peruana en el ámbito del uso de las tecnologías digitales y herramientas tecnológicas vinculadas con el tratamiento de contenido audiovisual de índole sexual, el 8 de agosto de 2014 se publica el Decreto Legislativo n.º 1625, por el cual se reforma el artículo 154-B del Código Penal.

De este modo, conforme al primer párrafo del artículo 154-B del Código Penal, se regula el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de la siguiente forma:

> El que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales, audios con contenido sexual reales, incluidos aquellos que hayan sido elaborados o modificados por medios digitales o tecnológicos, de cualquier persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Al respecto, de acuerdo con lo señalado en el referido tipo penal, Pardo (2023) precisa que este delito atenta contra la intimidad de la persona, mediante la divulgación de imágenes de contenido sexual sin su consentimiento, ocasionando estigmatización, humillación y disfrute del morbo por parte de otras personas, que en la mayoría de los casos se trata de venganza o despecho de una expareja, que tiene el conocimiento de la imposibilidad de eliminar el contenido divulgado, por cuanto este se ha compartido masivamente (p. 421).

En atención a lo mencionado, es posible añadir que según el desarrollo tecnológico relacionado con los dispositivos electrónicos,

así como con el auge de las plataformas sociales, se abre un espacio significativo que facilitaría la comisión del delito regulado en el artículo 154-B del Código Penal, estableciéndose un contexto digital donde nuestra intimidad se encontraría comprometida ante posibles agravios de terceras personas, por cuanto pueden utilizar material audiovisual de naturaleza sexual sin la aprobación de la persona afectada.

Asimismo, conforme a los avances de estos aplicativos, los agentes de este ilícito ya no necesitan material audiovisual obtenido originalmente de la víctima; ahora, mediante estas herramientas tecnológicas, es posible crear este contenido de carácter sexual o alterar uno que se encuentra publicado y otorgarle un aspecto de una situación sexual, lo que establece un ambiente de vulnerabilidad ante la llegada de estas nuevas tecnologías.

Ante la referida situación, el 29 de abril de 2025 se modifica nuevamente la legislación penal mediante la Ley n.º 32314, y se agrega como agravante en el artículo 46 del Código Penal el uso indebido de inteligencia artificial o de tecnologías similares o análogas para la ejecución de la conducta punible.

Conforme a las mencionadas reformas efectuadas al Código Penal podemos observar que las autoridades peruanas han advertido la problemática que genera el uso indebido de la inteligencia artificial o de tecnologías análogas en la ejecución del delito.

4.2. La tipicidad

Teniendo en consideración el propósito de esta investigación, corresponde realizar un análisis del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios de naturaleza sexual, a fin de identificar cada uno de los elementos del tipo penal, así como las características y las modalidades del delito señalado.

De este modo, en atención a la redacción del mencionado delito en el Código Penal, se tiene que respecto al sujeto activo no establece distinción alguna, por lo que este delito puede ser ejecutado por cualquier persona que logre obtener material audiovisual de carácter sexual de la víctima o, conforme a las últimas reformas penales, elaborarlo mediante la utilización de medios digitales o tecnológicos.

De igual forma, en el caso del sujeto pasivo, el tipo penal materia del presente estudio no establece distinciones en el caso de la víctima. Asimismo, conforme a la última reforma del referido artículo, ahora no resulta necesario que la víctima proporcione material audiovisual de su propiedad, debido a que el sujeto activo puede elaborarlo a iniciativa propia mediante el uso de medios digitales o tecnológicos.

Respecto al bien jurídico protegido, se puede colegir que se protege la intimidad sexual, en atención a que el referido delito sanciona la difusión no autorizada de material audiovisual de contenido sexual.

De acuerdo con los verbos rectores del tipo penal materia de estudio, de la revisión del artículo 154-B del Código Penal, se contempla el autorizar, difundir, revelar, publicar, ceder o comercializar.

Con relación al objeto material del delito, en la presente investigación se enfatiza respecto a este elemento del tipo penal debido a que se pretende exponer la viabilidad de la inteligencia artificial como un medio para la comisión del ciberdelito, la cual incide en este elemento del tipo penal.

En este orden de ideas, sobre el objeto material del delito, Paredes (2023) señala que se trataría de «imágenes o grabaciones de contenido sexual» (p. 613). Por su parte, Pardo (2023) indica que consistiría en «las imágenes, materiales audiovisuales o audios relacionados a un escenario que evidencia contenido sexual» (p. 423).

Según lo expresado por los citados autores, podemos deducir que se ha determinado que la afectación concreta incide en las imágenes, el material audiovisual o los audios relacionados con una situación sexual, que, en atención a su última modificatoria normativa del 2024, se tratarían de contenido real, los cuales incluyen los modificados o creados por herramientas digitales o tecnológicas.

De este modo, advirtiendo que el referido tipo penal no precisa el uso de la inteligencia, corresponde su desarrollo a fin de confirmar su inclusión dentro del concepto de herramientas tecnológicas o digitales para la comisión del delito materia de estudio.

5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

5.1. Conceptos generales de inteligencia artificial

Teniendo en consideración que esta investigación pretende exponer la viabilidad de la inteligencia artificial como un medio facilitador para la comisión de la cibercriminalidad, resulta necesario el desarrollo de los conceptos generales que se tiene de esta tecnología, así como sus implicancias en el derecho.

De este modo, como se ha mencionado, es un hecho que con el avance y la modernización de la tecnología se ha potenciado la aparición de nuevas formas delictivas que utilizan estos medios tecnológicos, entre ellos la inteligencia artificial, para su ejecución.

Sobre el concepto de tecnología debemos señalar que existen varias posturas; no obstante, en la presente investigación nos resulta útil la postura de Aquiles Gay (2014), que se expone a continuación:

> es el conjunto ordenado de conocimientos y los correspondientes procesos, que tiene como objetivo la producción de bienes y servicios, teniendo en cuenta la técnica, la ciencia y los aspectos económicos, sociales y culturales involucrados; el término se hace extensivo a los productos (si los hubiera) resultantes de esos procesos, los que deben responder a necesidades o deseos de la sociedad y, como ambición, contribuir a mejorar la calidad de vida. (p. 45)

Respecto a la concepción común que se tiene de la inteligencia artificial, también conocida por sus siglas como IA, desde hace años se le ha expuesto en el cine como un *software*, usualmente con apariencia de computador o como un androide que facilita las acciones de las personas, logrando en su mayoría de casos establecer una relación amical entre el humano y la máquina.

Lo referido resulta ilustrativo, por cuanto, debido al progreso de esta tecnología, con el pasar de los años, la realidad viene acercándose a lo expuesto en las obras de ciencia ficción.

Con relación a los primeros estudios de la inteligencia artificial, los investigadores McCulloch y Pitts en 1943 publican los primeros

artículos científicos donde se aborda la temática de la actividad neuronal del órgano cerebral como el camino lógico para el procesamiento de la información; sin embargo, no se hace referencia a un término de inteligencia artificial como tal (pp. 115-133).

Unos años más tarde, Turing (1950), a quien se le atribuye ser el padre de la inteligencia artificial, publica su artículo intitulado *Computing Machinery and Intelligence*, en el cual estudia la posibilidad de que la computación o la máquina puede reproducir la capacidad de pensar de la persona (pp. 433-460).

Posteriormente, conforme a lo señalado por Morales (2021), el término inteligencia artificial recién fue acuñado en 1956 por los científicos McCarthy, Minsky y Shannon, quienes lo expusieron en una conferencia en la Universidad de Dartmouth (p. 44).

Luego, con el transcurso de los años, la inteligencia artificial ha venido evolucionando, y ha logrado resultados importantes en diferentes ámbitos, colocándose a prueba frente a personas o expertos en su materia con la finalidad de demostrar sus capacidades.

Como un ejemplo podemos citar el caso de la inteligencia artificial de nombre Deep Blue, cuando el 11 de mayo de 1997 venció en un duelo ajedrecístico a Garry Kasparov, quien es considerado uno de los mejores ajedrecistas de la historia (Pacheco, 2024, párr. 1).

Posteriormente, la inteligencia artificial fue transformándose, perfeccionando sus capacidades de aprendizaje, adaptándose cada año a los avances del internet y de los dispositivos digitales, ocasionando que las grandes empresas en el rubro tecnológico y digital inviertan y trabajen en esta tecnología, lo cual coadyuvó a potenciar su desarrollo.

Con relación a un concepto actualizado de inteligencia artificial, nos resulta útil la definición de Verdugo (2023):

> Es una ciencia que funciona mediante complejas operaciones matemáticas, presente en el desarrollo de la vida del ser humano gracias a sistemas interconectados de procesamiento de datos de programas informáticos mediante algoritmos que otorgan respuestas a lo solicitado por el usuario. (p. 145)

Consecutivamente, conforme a la ampliación y la modernización de las capacidades de la inteligencia artificial, esta tecnología obtuvo mayor presencia en la vida de las personas, por cuanto *software* como ChatGPT, Gemini o Grok, se han convertido en más necesarios y útiles en el desarrollo de varias actividades comunes.

Como puede advertirse, podemos señalar que desde hace unos años nos encontramos en un auge de la inteligencia artificial; como ejemplo tenemos el caso de ChatGPT, conocido como un sistema de chat que utiliza inteligencia artificial, el cual puede mantener conversaciones y brindar respuestas inmediatas para el usuario (Fernández, 2025, párr. 1).

En la actualidad utilizamos la inteligencia artificial en muchos ámbitos de nuestras vidas, como el académico, el laboral o el artístico, pues brinda respuestas eficaces de forma inmediata y nos ahorra tiempo valioso.

Respecto a ello, podemos citar como ejemplo un reciente estudio realizado por centros de educación superior del Perú en el cual se revela que el 73.2 % de los estudiantes de nueve universidades peruanas acuden a herramientas de inteligencia artificial para elaborar tareas y asignaciones (Calderón, 2024, párr. 1).

De este modo, teniendo en consideración la presencia ineludible de la inteligencia artificial en los diferentes ámbitos de nuestras vidas, resulta evidente que también tenga implicancias en el ámbito jurídico.

5.2. Inteligencia artificial y su impacto en el derecho

El vínculo entre la tecnología y el derecho existe desde hace varios años, y ha venido evolucionando con el paso del tiempo.

Entre los medios tecnológicos que últimamente han tenido mayor relevancia en el derecho se encuentra la inteligencia artificial, que ha causado repercusiones desde varios ámbitos, al generar situaciones que requieren su atención de manera urgente.

Como señala Casanovas (2010), la relación entre la inteligencia artificial y el derecho se origina con el fin de resolver determinados problemas que en su mayoría se mantienen en la actualidad en el ámbito jurídico, entre los cuales se encuentran el tratamiento de datos, la clasificación

de textos jurídicos, el modelado de argumentación y de operaciones relacionadas con el razonamiento de casos (pp. 831-832).

Con relación a ello, el impacto de la inteligencia artificial ha sido tan relevante que ha ocasionado la implementación de nuevas regulaciones a nivel nacional e internacional sobre el uso de esta tecnología.

En el caso peruano, como un antecedente importante en la regulación de la inteligencia artificial, el 5 de julio de 2023 se publicó la Ley n.º 31814, cuyo propósito es el impulso del uso de esta tecnología desde el ámbito de la transformación digital para el fomento del progreso económico del país.

Asimismo, conforme a la evolución de las capacidades de la inteligencia artificial, es evidente que la afectación de esta tecnología también incumbe al sistema penal, por lo que coincidimos con Miró (2020), quien señala que «Puede intuirse claramente que esta IA de hoy ya afecta a la Justicia Penal, y que por tanto debe interesar al Derecho penal, a la política criminal, al Derecho Procesal» (p. 85).

En esa línea, teniendo en consideración el objeto del presente estudio, resulta conveniente y necesario el desarrollo de las implicancias de la inteligencia artificial en el sistema penal y el proceso penal.

Al respecto, desde hace años la inteligencia artificial viene utilizándose en los sistemas de justicia con la finalidad de brindar un servicio eficiente para la ciudadanía. Mediante el uso de esta tecnología en el sistema judicial, Muñoz (2020) sostiene que se facilita el análisis de leyes, jurisprudencia e investigaciones académicas, acelera el examen de documentación, emplea soluciones de eDiscovery para la detección automatizada de documentos pertinentes y análisis asistido por tecnología, además de automatizar la elaboración de documentos jurídicos (p. 701).

De acuerdo con el uso de la inteligencia artificial en el sistema de administración de justicia peruano, se tiene el *software* Amauta Pro, instalado en el sistema de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que mediante el procesamiento de datos del Expediente Judicial Electrónico (EJE) del Poder Judicial permite la selección, la edición y la mejora de la redacción de textos para la proyección de resoluciones (Tupayachi, 2024, pp. 509-510).

Con relación a las implicancias de la inteligencia artificial en el proceso penal, precisamente en la etapa de investigación del delito, se tiene como antecedente el *software* denominado *crime prediction tech*, el cual consiste en un programa informático que procesa datos y variables relacionados con la criminalidad a fin de que las fuerzas policiales de los Estados Unidos de América puedan predecir y prevenir la delincuencia en determinados espacios de una ciudad (Dupuy, 2018, p. 279).

En atención a lo expuesto, se confirma que la inteligencia artificial viene causando repercusiones en el ámbito jurídico, brindando herramientas para el tratamiento de datos a fin de facilitar la labor jurídica, también presentándose como un *software* para la resolución de casos en el sistema de justicia o como un instrumento para coadyuvar en la predictibilidad de la criminalidad.

De igual forma, también se han identificado situaciones en las que se ha utilizado la inteligencia artificial para la comisión de determinados delitos, por lo que resulta necesario el estudio de las implicancias de esta tecnología en el derecho penal.

6. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DELITO DE DIFUSIÓN DE MATERIAL SEXUAL

6.1. Sobre el concepto de *deepfake* y *deepnude*

En función de lo expuesto, podemos confirmar que el derecho penal no se encuentra exento de las repercusiones generadas por el uso de la inteligencia artificial, situación que también ha incidido en el ámbito del derecho penal, ocasionando cuestionamientos por resolver, como los relacionados con el uso de estas tecnologías en la ejecución de delitos.

Al respecto, a la fecha se han registrado casos en los cuales se ha empleado la inteligencia artificial para la comisión de delitos como el fraude informático, suplantación de identidad o difamación, entre otros.

Como un reciente ejemplo podemos citar la nota de prensa del portal web del medio periodístico *El Comercio*, donde se publica una investigación que recoge cincuenta y cinco casos de personas que recibieron

llamadas con la supuesta voz de un familiar solicitando montos económicos a fin de solucionar un determinado problema. Sin embargo, la investigación expuso que las referidas voces fueron creadas mediante el uso de la inteligencia con la finalidad de estafar o extorsionar a las víctimas (Ramírez, 2023, párrs. 1-2).

Respecto al delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, también se han registrado casos en los cuales se han empleado medios digitales o tecnológicos, como la inteligencia artificial.

Con relación a ello, en las redes sociales hemos podido ser testigos de la utilización de la inteligencia artificial para la creación de contenido audiovisual que tiene como finalidad retratar a presidentes, deportistas o celebridades en situaciones ficticias sin su consentimiento, lo que afecta su honor en la mayoría de los casos.

Como un ejemplo reciente podemos citar un caso reportado por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano del Gobierno de los Estados Unidos de América sobre un video generado por inteligencia artificial en el cual se mostraba al presidente estadounidense en una situación indecorosa y humillante frente a Elon Musk (Bohannon, 2025, párr. 1).

De acuerdo con el referido ejemplo, son evidentes las posibilidades de la inteligencia artificial para la creación de contenido audiovisual sin límites y de forma inmediata. Lamentablemente, esta función de la inteligencia artificial ha habilitado nuevas figuras de ciberataques, las cuales pueden tener repercusiones penales, como las acciones relacionadas con el *deepfake* y el *deepnude*.

Conforme al concepto de *deepfake*, los autores Suñé y Fernández (2025) señalan que existen diversos tipos, como los que realizan un intercambio del rostro, los que pueden imitar «una forma de voz, las recreaciones faciales dinámicas completas, o aquellas que sincronizan los labios de la voz falsa y la insertan en un rostro público que reproducirá miméticamente la expresión facial fundida con la oral falsificada» (p. 47), generando una apariencia de realidad.

Respecto al *deepnude*, se tiene «que es una aplicación que utiliza inteligencia artificial y redes neuronales para eliminar la ropa de imágenes de mujeres y recrear desnudos ultra realistas» (Pérez, 2019, párr. 1).

En atención a las definiciones expuestas, podemos colegir que el *deepfake* y el *deepnude* se presentan como material audiovisual que ha sido generado o creado mediante la inteligencia artificial, los cuales predominantemente son casos de naturaleza sexual, que logran el menoscabo del honor de las personas afectadas.

Podemos citar el caso de un centro educativo peruano, ubicado en la zona sur de Lima, donde se descubrió que un grupo de estudiantes utilizaron esta tecnología para modificar fotos de sus compañeras para simular desnudos, a fin de comercializar dichas imágenes posteriormente con otros alumnos de la referida institución (Rojas, 2023, párr. 2).

6.2. La incidencia del *deepfake* y el *deepnude* en la tipicidad del delito de difusión de material sexual

Habiendo desarrollado las técnicas que utilizan la inteligencia artificial, como lo son el *deepfake* y el *deepnude*, corresponde el desarrollo de sus implicancias en la estructura del tipo penal del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual a fin de cumplir el objetivo de la investigación.

En atención a ello, conforme a las funciones de estas técnicas que utilizan inteligencia artificial, resultan evidentes las posibles repercusiones sobre los derechos de los afectados. Sobre este tema, Murcia et al. (2025) comentan que el agraviado sufre la vulneración del derecho a la intimidad y al honor mediante el uso de los *deepfakes* (p. 7).

De este modo, podemos convenir con los mencionados autores respecto a la afectación de los derechos humanos mediante el uso de estas herramientas tecnológicas que utilizan la inteligencia artificial, lo cual ha sido considerado por muchos autores como una herramienta con fines ilícitos, como lo indica Velasco (2023):

> los deepfakes también pueden ser utilizados para propósitos delictivos en conductas relacionadas con fraude, extorsión, suplantación de identidad, e inclusive también están siendo ampliamente

> utilizados para generar violencia y discriminación en contra de mujeres, niños y otros grupos vulnerables y en algunos países se utilizan como instrumentos para generar noticias falsas y desinformación a través de su difusión en redes sociales. (p. 397)

Coincidimos con lo expuesto por Velasco, quien sostiene que estas técnicas que utilizan la inteligencia artificial, como los *deepfake* y los *deepnudes*, pueden ser empleadas para la comisión de delitos. Lo referido también se confirma en virtud de las últimas reformas penales realizadas mediante el Decreto Legislativo n.º 1625 y la Ley n.º 32314.

En este orden de ideas, a fin de cumplir con el propósito de la investigación, corresponde precisar la incidencia de estas tecnologías en el tipo penal del delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual.

Para esto, consideramos necesario revisar la definición de Reyes (1981) sobre el objeto material del delito, señalando que

> [es] aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente, bien que se trate de una persona, una cosa o un fenómeno. (p. 108)

Con relación a ello, de la lectura del Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 6573/2023-CR, 7072/2023-CR, 8746/2024-CR y 10525/2024-CR, que con texto sustitutorio propone modificar el Código Penal, Decreto Legislativo 635, y la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, para incluir el uso de la inteligencia artificial en la comisión de delitos, de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, se hace mención del Informe D000251-2024-PCMOGAJ, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Presidencia del Consejo de Ministros, y coincidimos con lo opinado respecto a que la inteligencia artificial o tecnología análoga constituiría una herramienta tecnológica que facilitaría cometer el delito (p. 11).

De este modo, se tiene que en el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, la afectación

concreta recae en las imágenes, el material audiovisual o los audios vinculados a un ámbito sexual reales, en los cuales, conforme a su última reforma normativa, pueden ser incluidos los elaborados o modificados por medios digitales o tecnológicos. En tal sentido, debemos precisar que las herramientas que utilizan la inteligencia artificial se convierten en un medio facilitador de este delito, debido a que habilitan crear este material sin la necesidad de que sea proporcionado originalmente por la víctima o haberlo obtenido sin la autorización de esta. Lo señalado permite la ejecución de este delito solamente contando con imágenes de la víctima, conseguidas de fuentes abiertas del internet o creadas, a las que se les otorga un aspecto de naturaleza sexual, estableciéndose un espacio de vulnerabilidad para los usuarios de estas tecnologías.

Según lo expuesto, podemos colegir que la utilización de técnicas de inteligencia artificial, como el *deepfake* o el *deepnude*, consideradas medios digitales o tecnológicos, para elaborar o modificar imágenes o material audiovisual con contenido sexual de una tercera persona, y posteriormente difundirlos o exponerlos públicamente sin su autorización, podría acarrear problemas en la aplicación del artículo 154-B del Código Penal. Esto se debe a que el referido artículo establece que el objeto material del delito debe ser real, incluyendo aquellos elaborados o modificados por medios digitales o tecnológicos.

Al respecto, en el *Diccionario de la lengua española* se define «real» como: «Que tiene existencia objetiva» (Real Academia Española, s. f.). Asimismo, de acuerdo con el portal web Definición.de, sobre el concepto de realidad objetiva se señala que este «se vincula a los objetos y sujetos que tienen existencia física (material), más allá de lo que un sujeto conozca o sepa de ellos». La realidad objetiva, por lo tanto, existe aun cuando no tengamos conocimiento de ella (párr. 2).

En tal sentido, conforme a la definición del concepto real, podemos colegir que la referida redacción vigente del delito materia de este estudio resultaría insuficiente, puesto que las imágenes, los audios o los videos creados por inteligencia artificial en algunos casos no podrían incluirse como imágenes o videos reales, debido a que son elaborados por el sujeto activo a fin de posicionar a la víctima en situaciones ficticias. Por este motivo, consideramos que para que la redacción actual del artículo

154-B del Código Penal pueda abarcar las imágenes, los audios o los videos generados por inteligencia artificial, se requiere una reforma expresa y que se precise el uso de estas tecnologías sin vincularlas a la cualidad de real en una nueva redacción del referido tipo penal.

De igual forma, se precisa que, de acuerdo con la regulación actual del delito de difusión de imágenes de contenido sexual sin consentimiento de la agraviada, la utilización de la inteligencia artificial en este delito no incide en el sujeto activo o sujeto pasivo y en el bien jurídico protegido.

7. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

A efectos de evaluar si la redacción actual del artículo 154-B del Código Penal resulta suficiente para subsumir las nuevas modalidades de comisión mediante inteligencia artificial, es imperativo contrastar la norma con la interpretación jurisdiccional nacional. Si bien la casuística sobre *deepfakes* y *deepnudes* todavía se encuentra en una etapa inicial, el análisis de la jurisprudencia nacional relevante permite identificar criterios interpretativos sobre el uso de tecnologías digitales y la afectación de la indemnidad sexual.

Al respecto, podemos citar lo establecido en la sentencia del 4 de diciembre de 2020 del Juzgado Penal Unipersonal de Cascanueces, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en la cual se señala que la parte querellada admitió, en distintas etapas del proceso, haber publicado las fotografías y los videos enviados por la parte querellante. Esta última, en reiteradas ocasiones, había acosado u ofendido a su menor hijo, al afirmar que este había sido reconocido mediante una prueba de ADN. Asimismo, la querellante reconoció en el plenario que dichos videos y fotografías fueron enviados a la querellada por error (Expediente n.º 00122-2020-0-3208-JR-PE-01, f. 10).

En dicho caso, el referido órgano jurisdiccional absolvió a la parte querellada bajo el criterio de autopuesta en peligro, toda vez que la propia víctima reconoció haber remitido las imágenes y los videos sexuales por error. Este precedente es de suma relevancia para la presente investigación por dos consideraciones fundamentales: en primer lugar, ratifica que las imágenes enviadas por medios tecnológicos constituyen

el objeto material del delito, lo cual permite inferir que dicho objeto no pierde su naturaleza típica por el hecho de haber sido elaborado o procesado digitalmente; y, en segundo lugar, evidencia que la protección penal adquiere una urgencia mayor frente a la inteligencia artificial. A diferencia del caso citado, en los supuestos de *deepfakes* o *deepnudes* no existe una autopuesta en peligro de la víctima, pues el material es fabricado íntegramente por el agente, eliminando cualquier posibilidad de imputar una responsabilidad compartida o un descuido en la custodia de la intimidad por parte del sujeto pasivo.

Bajo esta misma línea interpretativa, es preciso examinar lo resuelto en la sentencia del 12 de septiembre de 2019 por el Décimo Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, donde el agente instrumentalizó el entorno digital para realizar actos de vigilancia y hostigamiento contra una menor de edad, empleando capturas de pantalla de contenido íntimo (obtenidas mediante videollamadas forzadas) como mecanismo de coacción con fines sexuales (Expediente n.º 00958-2019-4-0901-JR-PE-11, f. 3).

De la lectura de la referida jurisprudencia, se puede confirmar la utilización de una imagen de la agraviada en una situación de índole sexual con la finalidad de doblegar su libertad e indemnidad sexual. Si bien es cierto que en el presente caso se declaró culpable al imputado por el delito de acoso sexual (artículo 176-B del Código Penal), consideramos que también podría haberse configurado el delito de difusión de imágenes sin el consentimiento de la víctima (artículo 154-B del Código Penal) si el agresor hubiera cumplido con las amenazas de difundir las imágenes de la agraviada. De este modo, en el citado proceso el agente dependía de una captura de pantalla real para ejercer el chantaje, por lo que, en los escenarios de *deepfakes* y *deepnudes*, el agresor adquiere la capacidad de fabricar íntegramente el objeto de la amenaza. Por consiguiente, a diferencia de la criminalidad convencional, donde existió una interacción previa, el uso de la inteligencia artificial elimina cualquier vestigio de «autopuesta en peligro», pues el material sintético es generado sin participación alguna del sujeto pasivo. Así, la jurisprudencia analizada refuerza la necesidad de una interpretación del artículo 154-B del Código Penal, toda vez que, ante la inteligencia artificial, la vulnerabilidad de

la víctima es absoluta al enfrentarse a una herramienta de coacción indistinguible de la realidad que anula sus posibilidades de defensa.

Asimismo, de acuerdo con lo señalado en la sentencia del 9 de abril de 2025, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de agravio constitucional contra la resolución del 12 de diciembre de 2022, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones con adición de funciones de Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* sobre una sentencia en la cual se condenó al acusado como autor del delito de chantaje sexual (artículo 176-C del Código Penal). De la lectura del referido caso se tiene que el condenado solicitó a la agraviada mantener relaciones sexuales con la finalidad de que no publique sus fotos semidesnuda (Expediente n.º 00759-2023-PHC/TC).

Este pronunciamiento es fundamental para nuestra investigación, pues ratifica que el material audiovisual de contenido íntimo actúa como el mecanismo de coacción idóneo para vulnerar la libertad sexual, validando que la lesividad del injusto no reside únicamente en la difusión, sino en el uso del material como instrumento de presión psicológica. Bajo un enfoque exegético orientado a la inteligencia artificial, este caso permite colegir que la protección penal debe trascender la veracidad del soporte. Si el Tribunal reconoce que la amenaza con fotos reales quiebra la voluntad de la víctima, la utilización de *deepfake*s, al generar una apariencia de realidad absoluta, constituye una forma de chantaje aún más sofisticada. Al no existir en estos supuestos una interacción previa o consentimiento en la creación del material, la configuración del delito bajo el uso de inteligencia artificial desvirtúa cualquier análisis de responsabilidad de la víctima, lo que obliga a una interpretación del tipo penal que sancione la fabricación de la prueba sintética como un agravante de la culpabilidad.

8. RESULTADOS

A partir del análisis normativo, doctrinario y empírico desarrollado en los apartados precedentes, es posible sistematizar los principales hallazgos obtenidos. En concordancia con la naturaleza dogmática y documental

del estudio, los resultados no derivan de trabajo de campo propio, sino de la organización y el examen crítico de información secundaria proveniente de fuentes oficiales, estudios especializados y reformas legislativas recientes.

8.1. Número de denuncias por año

En primer lugar, el examen de los registros institucionales permite advertir un incremento sostenido de las denuncias vinculadas a delitos informáticos en el Perú durante los últimos años. Si bien las estadísticas oficiales no siempre desagregan de manera específica el delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal, los datos provenientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público y de los Centros de Emergencia Mujer evidencian una tendencia creciente en los casos de violencia digital y difusión no autorizada de contenido íntimo, particularmente en perjuicio de mujeres.

Tabla 1

Evolución de denuncias por delitos informáticos en el Perú (2018-2024)

Período	Fuente institucional	Total de denuncias registradas	Observación relevante
2018-2021	MINJUSDH	33 593	Incremento progresivo anual de delitos informáticos en general
2023 (enero-septiembre)	MP-FN	20 274	Mayor incidencia en delitos vinculados a medios digitales
2024 (enero-septiembre)	MP-FN	29 221	Aumento significativo respecto al año anterior

8.2. Casos judiciales identificados

A efectos de responder a los objetivos de la investigación, se identificaron y se sistematizaron resoluciones judiciales nacionales relevantes vinculadas al uso de medios digitales en delitos contra la indemnidad y la libertad sexual. Si bien no se hallaron pronunciamientos que aborden de manera expresa la utilización de técnicas de inteligencia artificial como los *deepfakes* o los *deepnudes*, los casos analizados

permiten identificar criterios jurisdiccionales aplicables a escenarios tecnológicamente análogos.

En primer lugar, se examinó la sentencia emitida el 4 de diciembre de 2020 por el Juzgado Penal Unipersonal de Cascanueces, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (Expediente n.º 00122-2020-0-3208-JR-PE-01), en la que se imputó a la persona denunciada la difusión de fotografías y videos de contenido íntimo remitidos previamente por la propia denunciante a través de medios digitales. En dicho proceso, el órgano jurisdiccional resolvió absolver a la parte querellada, pues consideró acreditada la remisión voluntaria, aunque errónea, del material por parte de la víctima.

Asimismo, se identificó la sentencia del 12 de septiembre de 2019, expedida por el Décimo Primer Juzgado Penal Unipersonal, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte (Expediente n.º 00958-2019-4-0901-JR-PE-11), en la que el imputado utilizó capturas de pantalla obtenidas mediante videollamadas de contenido íntimo para ejercer actos de hostigamiento y coacción sexual contra una menor de edad. En este caso, el material digital fue empleado como medio para afectar la libertad y la indemnidad sexual de la víctima.

Finalmente, se consideró la sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de abril de 2025 (Expediente n.º 00759-2023-PHC/TC), vinculada a una condena por el delito de chantaje sexual, en la que se constató el uso de fotografías de la agraviada semidesnuda como instrumento de presión para condicionar su voluntad sexual. El pronunciamiento constitucional confirmó la relevancia jurídica del material audiovisual íntimo como medio idóneo para la comisión de delitos sexuales, independientemente de su posterior difusión efectiva.

Los casos identificados evidencian la recurrencia del uso de imágenes y material audiovisual de contenido íntimo como objeto material o instrumento de coacción en delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, todos ellos empleando tecnologías digitales.

Tabla 2

Casos judiciales identificados vinculados al uso de material íntimo digital

Expediente/ órgano	Delito	Tipo de material digital utilizado	Forma de obtención	Criterio jurisprudencial (hallazgo)
Exp. n.º 00122-2020 (JUP Cascanueces)	Difusión de imágenes íntimas (154-B CP)	Fotografías y videos íntimos	Remisión voluntaria previa por la víctima	Ratifica que el soporte digital no altera la naturaleza típica del objeto material. Se establece la absolución por autopuesta en peligro ante la remisión voluntaria de la víctima.
Exp. n.º 00958-2019 (11.º JUP Lima Norte)	Acoso sexual (176-B CP)	Capturas de pantalla íntimas	Videollamadas forzadas	Identifica la imagen íntima como un instrumento de coacción para quebrar la libertad sexual. La amenaza de difusión en redes sociales es el núcleo del injusto.
Exp. n.º 00759-2023-PHC/TC (Tribunal Constitucional)	Chantaje sexual (176-C CP)	Fotografías de semidesnudos	Obtención previa no consentida	Establece que la lesividad reside en el uso del material como presión psicológica (coacción idónea), independientemente de si el material llega a difundirse o no.

8.3. Elementos del tipo penal susceptibles de ser afectados por la inteligencia artificial

Del análisis del artículo 154-B del Código Penal, así como de la jurisprudencia nacional examinada y de las modificaciones normativas recientes, se identificaron determinados elementos del tipo penal cuya configuración resulta susceptible de verse afectada por el uso de técnicas de inteligencia artificial, particularmente aquellas orientadas a la generación o alteración de material audiovisual de contenido sexual. Los hallazgos se sistematizan en la siguiente tabla:

Tabla 3

Elementos del tipo penal del artículo 154-B susceptibles de afectación por el uso de inteligencia artificial

Elemento del tipo	Configuración	Afectación en la tipicidad	Hallazgo dogmático
Objeto material	Imágenes, materiales audiovisuales o audios	Material sintético (*deepnude* y *deepfake*) sin soporte fotográfico previo	Las imágenes, los materiales audiovisuales o los audios creados con inteligencia artificial no pueden ser considerados como imágenes reales que han sido elaboradas o modificadas por medios digitales o tecnológicos.
Sujeto activo	Cualquier persona	No se ve afectado por el uso de la inteligencia artificial	La inteligencia artificial amplía la capacidad técnica del agente en elaborar las imágenes, los audios o los videos.
Sujeto pasivo	Cualquier persona	No se ve afectado por el uso de la inteligencia artificial	Las víctimas se encuentran más vulnerables a este delito mediante la utilización de la inteligencia artificial.
Verbo rector	Difundir, revelar, publicar, ceder o comercializar	No se ve afectado por el uso de la inteligencia artificial	La inteligencia artificial incide en la fase previa de creación del material.
Bien jurídico protegido	Intimidad sexual	No se ve afectado por el uso de la inteligencia artificial	Se amplía la forma de afectación al incluir material sintético creado mediante inteligencia artificial.

8.4. Análisis de las reformas legislativas

El análisis del marco normativo vigente permitió identificar reformas legislativas recientes vinculadas al uso de tecnologías digitales y de inteligencia artificial en la regulación de delitos contra la intimidad y la indemnidad sexual. Estas reformas fueron sistematizadas atendiendo a su contenido, su alcance normativo y su relación directa con el delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal.

Tabla 4

Reformas legislativas relevantes vinculadas al uso de inteligencia artificial

Norma y año	Modificación relevante	Relación con la inteligencia artificial	Hallazgo normativo
D. Leg. n.º 1625 Año: 2024	Modifica art. 154-B del Código Penal	Incluye la utilización de medios digitales o tecnológicos	La redacción del artículo establece que las imágenes, los materiales audiovisuales, los audios con contenido sexual son reales, incluyéndose aquellos que hayan sido elaborados o modificados por medios digitales o tecnológicos. Ello puede ocasionar problemas al aplicar este delito en casos en los cuales se haya utilizado la inteligencia artificial para crear imágenes, materiales audiovisuales o audios.
Ley n.º 32314 Año: 2025	Modifica el Código Penal y la Ley n.º 30096	Incorpora el mal uso de la inteligencia artificial como agravante	No resuelve la problemática del uso de la inteligencia artificial en la comisión del delito regulado en el art. 154-B del Código Penal.

9. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

A partir del desarrollo dogmático, jurisprudencial y contextual realizado en el presente estudio, corresponde contrastar los hallazgos obtenidos con el problema específico y la hipótesis formulada, a fin de determinar si la redacción vigente del artículo 154-B del Código Penal resulta suficiente para afrontar las nuevas modalidades de comisión delictiva asociadas al uso de inteligencia artificial.

Respecto al primer objetivo específico, orientado al análisis de los elementos del tipo penal del artículo 154-B, se ha determinado que dicho delito protege de manera directa bienes jurídicos personales, en particular la intimidad y la indemnidad sexual, frente a la difusión no consentida de material de contenido sexual. Del examen de su estructura típica se desprende que el objeto material del delito está constituido por imágenes, materiales audiovisuales o audios de índole sexual. Se evidencia que la norma exige, de manera expresa, que el material difundido corresponda a un registro real de la víctima, en el cual puede incluirse los elaborados

o modificados a través de medios tecnológicos o digitales, centrando su reproche en la afectación al bien jurídico producida por la difusión del contenido.

Asimismo, el análisis de las modificaciones normativas recientes permite advertir un esfuerzo del legislador por adecuar el tipo penal al uso de medios digitales y tecnológicos; sin embargo, dichas reformas no abordan de manera expresa los supuestos en los que el material sexual es generado o creado íntegramente mediante inteligencia artificial. Este hallazgo evidencia el conflicto existente entre la redacción extensiva del tipo penal y las restricciones interpretativas que impone el principio de legalidad frente a conductas no previstas originalmente.

En cuanto al segundo objetivo específico, referido al examen de las técnicas de inteligencia artificial *deepfake* y *deepnude*, el estudio ha permitido establecer que constituyen herramientas digitales avanzadas capaces de crear o modificar material audiovisual sexual con un alto grado de verosimilitud. A diferencia de los supuestos convencionales de difusión de imágenes íntimas, estas técnicas prescinden de cualquier intervención previa de la víctima en la generación del contenido, ya que basta el uso de imágenes obtenidas de fuentes abiertas. En tal sentido, los *deepfakes* y los *deepnudes* no solo facilitan la comisión del delito, sino que amplían sustancialmente el universo de potenciales víctimas, e introducen un nuevo escenario de riesgo para los derechos fundamentales vinculados a la imagen, la intimidad y la dignidad personal.

Con relación al tercer objetivo específico, orientado a evaluar la incidencia del uso de estas técnicas en el delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal, los resultados permiten afirmar que la inteligencia artificial altera de manera significativa la comprensión clásica del objeto material del delito. Mientras que en la criminalidad tradicional la discusión dogmática se ha centrado en la utilización de material audiovisual real en muchos casos brindado por la propia víctima o conseguido sin el consentimiento de esta, en los escenarios de *deepfake* y *deepnude* dichas categorías pierden relevancia, pues el contenido es fabricado íntegramente por el agente sin participación alguna del sujeto pasivo.

A partir de estos hallazgos, la hipótesis planteada, según la cual la redacción vigente del artículo 154-B resulta insuficiente para subsumir

adecuadamente las imágenes generadas o modificadas mediante inteligencia artificial, se ve confirmada. Si bien una interpretación judicial podría permitir, en determinados casos, incorporar los *deepfakes* y los *deepnudes* dentro del ámbito típico, dicha solución presenta riesgos relevantes en términos de seguridad jurídica y respeto al principio de legalidad penal, especialmente ante la ausencia de una referencia normativa expresa al carácter sintético del material.

Desde esta perspectiva, resulta necesario cuestionar si las reformas introducidas en los años 2024 y 2025 constituyen una respuesta suficiente frente a estas nuevas modalidades delictivas. El análisis efectuado evidencia que, aunque dichas reformas fortalecen el marco de protección ante la difusión de contenido sexual y reconocen el papel central de las tecnologías digitales, no resuelven de manera clara los problemas dogmáticos y probatorios asociados a la inteligencia artificial, tales como la delimitación del objeto material y la acreditación del uso de inteligencia artificial.

En cuanto al tercer objetivo específico, relativo a la incidencia de estas técnicas en el objeto material del delito previsto en el artículo 154-B del Código Penal, los resultados del análisis permiten afirmar que la inteligencia artificial introduce una alteración sustancial en la forma de configuración del injusto penal. Mientras que en los casos tradicionales la discusión se ha centrado en el consentimiento, la autopuesta en peligro o la custodia de la intimidad por parte de la víctima, los supuestos de *deepfake* y *deepnude* eliminan por completo dichas variables, desplazando el foco de análisis hacia la fabricación misma del material como fuente autónoma de lesividad. La jurisprudencia examinada, aunque no aborda directamente supuestos de inteligencia artificial, refuerza esta conclusión al reconocer que el material audiovisual íntimo tendría la cualidad de real y constituye un instrumento idóneo de afectación a la libertad y la dignidad sexual, con independencia de la forma en que haya sido obtenido.

Finalmente, podemos concluir que la inteligencia artificial no solo actúa como un medio facilitador del delito de difusión de imágenes sexuales, sino que redefine los presupuestos tradicionales del tipo penal, al poner en evidencia las limitaciones del artículo 154-B del Código Penal

frente a contenidos sintéticos. En ese contexto, se torna necesaria una revisión normativa expresa que permita enfrentar de manera adecuada y garantista los desafíos que plantean los *deepfakes* y los *deepnudes* en el ámbito del derecho penal contemporáneo.

REFERENCIAS

Alva, R. (2024, 18 de agosto). Bonifacio Meneses: «No tenemos ni un solo juez especializado en cibercrimen». *Radio Nacional*. https://www.radionacional.gob.pe/novedades/dialogo-abierto/bonifasio-meneses-no-tenemos-ni-un-solo-juez-especializado-en-cibercrimen

Bohannon, M. (2015, 24 de febrero). Video generado con IA muestra a Trump besando los pies de Musk. *Forbes México*. https://forbes.com.mx/video-generado-con-ia-muestra-a-trump-besando-los-pies-de-musk/

Calderón, C. (2024, 23 de julio). El 73% de universitarios peruanos utiliza inteligencia artificial para hacer tareas: estos son los motivos. *Infobae*. https://www.infobae.com/peru/2024/07/23/el-73-de-universitarios-peruanos-utiliza-inteligencia-artificial-para-hacer-tareas-estos-son-los-motivos/

Casanovas, P. (2010). Derecho, tecnología, inteligencia, artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno. En J. L. Fabra y Á. Núñez (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 1, pp. 825-887). Universidad Nacional Autónoma de México.

Definicion.de. (s. f.). Realidad objetiva. Recuperado el 25 de mayo de 2024, de https://definicion.de/realidad-objetiva/

Dupuy, D. (2018). Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. En D. Dupuy (dir.), *Cibercrimen II* (pp. 279-302). B de F.

Fernández, Y. (2025, 23 de enero). ChatGPT: qué es, cómo usarlo y qué puedes hacer con este chat de inteligencia artificial GPT. *Xataka*. https://www.xataka.com/basics/chatgpt-que-como-usarlo-que-puedes-hacer-este-chat-inteligencia-artificial

Gay, A. (2014). *Introducción a la ingeniería: la tecnología, el ingeniero y la cultura*. Brujas.

Kaspersky (2024). *La verdad al desnudo. Cómo el intercambio de imágenes íntimas ha reconfigurado nuestro mundo*. https://media.kasperskydaily.com/wp-content/uploads/sites/88/2024/07/29104016/La-Verdad-al-Desnudo-informe-de-Kaspersky.pdf

McCulloch, W. S., y Pitts, W. (1943). A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity. *Bulletin of Mathematical Biophysics, 5*, 115-133. https://doi.org/10.1007/BF02478259

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). *Diagnóstico situacional multisectorial sobre la ciberdelincuencia en el Perú*. https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1604516-diagnostico-situacional-multisectorial-sobre-la-ciberdelincuencia-en-el-peru

Ministerio Público-Fiscalía de la Nación (2021). *Informe de análisis n.º 04. Ciberdelincuencia en el Perú: pautas para una investigación fiscal especializada*. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/5270059-ciberdelincuencia-en-el-peru-pautas-para-una-investigacion-fiscal-especializada-informe-de-analisis-n-04

Miró Llinares, F. (2020). El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos. En D. Dupuy y J. G. Corvalán (dirs.), *Cibercrimen III* (pp. 81-136). B de F.

Morales Cáceres, A. (2021). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho. *Advocatus*, (039), 39-71. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5117

Muñoz Rodríguez, A. B. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. Anuario de la Facultad de Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, *36*, 695-728. https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695

Murcia Orenes, S., Salvador Peris, P., y García Sánchez, Á. (2025). Delito de sexting e Inteligencia Artificial tras la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Cuadernos*

de RES PUBLICA en Derecho y Criminología, (5), 1-13. https://doi.org/10.46661/respublica.11053

Pacheco, T. (2024, 15 de marzo). El día que Kasparov perdió contra Deep Blue. *Ethic*. https://ethic.es/2024/03/el-dia-que-kasparov-perdio-contra-deep-blue/

Pardo, A. (2023). El delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual mediante redes sociales. En V. R. Espinoza Calderón (coord.), *Cibercriminalidad y delitos informáticos* (pp. 419-437). Instituto Pacífico.

Paredes Pérez, J. M. (2023). *Comentarios al Código Penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. II). Instituto Pacífico.

Pérez, E. (2019, 27 de junio). DeepNude: la polémica aplicación que «desnuda» a cualquier mujer mediante inteligencia artificial. *Xataka*. https://www.xataka.com/privacidad/deepnude-polemica-aplicacion-que-desnuda-a-cualquier-mujer-mediante-inteligencia-artificial

Perú21 (2019, 24 de agosto). Difusión de «packs»: ¿Qué personajes de la farándula local han sido víctimas de la violación a su intimidad? https://peru21.pe/espectaculos/difusion-packs-personajes-farandula-local-victimas-violacion-intimidad-417867-noticia/

Ramírez Mendoza, S. (2023, 16 de julio). Clonan voces de personas con IA para estafar o fingir secuestros: al menos 55 casos en Perú. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/lima/clonacion-de-voz-para-estafar-con-inteligencia-artificial-como-funciona-esta-modalidad-y-que-recomendaciones-seguir-inseguridad-deepfake-ciberdelincuencia-hackers-secuestros-noticia/

Real Academia Española. (s. f.). Real. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 25 de mayo de 2024, de https://dle.rae.es/real

Reyes, A. (1981). *La tipicidad* (5.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Rojas Berríos, M. (2023, 29 de agosto). Chorrillos: Escolares que alteraron fotos de compañeras con IA y las comercializaron no fueron

expulsados. *Infobae*. https://www.infobae.com/peru/2023/08/29/chorrillos-escolares-que-alteraron-fotos-de-sus-companeras-con-ia-para-venderlas-no-fueron-expulsados/

Solar Silva, D. (2025, 4 de enero). En 2025 aumentarán ciberataques en Perú: ¿cómo impactará en las empresas? *Infobae*. https://www.infobae.com/peru/2025/01/04/en-2025-aumentaran-ciberataques-en-peru-como-impactara-en-las-empresas/

Suñé Cano, J. E., y Fernández Alonso, P. (2025). El lado oscuro de los avatares generados con IA. El deepfake en la pornografía. *Revista Interdisciplinaria de Ciencias de la Comunicación y Humanidades. Comunicación y Hombre*, (21), 41-64. https://doi.org/10.32466/eufv-cyh.2025.21.862.41-64

Tupayachi Sotomayor, J. (2024). La aplicación de la inteligencia artificial en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *16*(22), 499-524. https://doi.org/10.35292/ropj.v16i22.1015

Turing, A. M. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, *59*(236), 433-460. http://dx.doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433

Velasco, C. (2023). Deepfakes como servicio. Un análisis desde la perspectiva del ciberdelito. En W. Arellano Toledo (dir.), *Derecho, ética e inteligencia artificial* (pp. 393-427). Tirant lo Blanch.

Verdugo Guzmán, S. I. (2023). *Ciberespacio, Metaverso y nuevos delitos que gravitan sobre los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.

Wayka (2024, 13 de agosto). *Difusión de imágenes o videos sexuales con inteligencia artificial será penado hasta con 15 años de cárcel*. https://wayka.pe/difusion-de-imagenes-o-videos-sexuales-con-inteligencia-artificial-sera-penado-hasta-con-15-anos-de-carcel/

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Decreto Legislativo n.º 1625. Decreto Legislativo que modifica los artículos 154-B y 158 del Código Penal e incorpora el artículo 5-A en la Ley

n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, para fortalecer el marco normativo sobre el uso de tecnologías digitales relacionado a la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021_2026/Decretos/Legislativos/2024/DL-1625-2024-OF.pdf

Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 6573/2023-CR, 7072/2023-CR, 8746/2024-CR y 10525/2024-CR, que con texto sustitutorio propone modificar el Código Penal, Decreto Legislativo 635, y la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, para incluir el uso de la inteligencia artificial en la comisión de delitos. Congreso de la República. Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2025). https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Mjc5MDA5/pdf

Expediente n.º 00958-2019-4-0901-JR-PE-11. Corte Superior de Justicia de Lima Norte (12 de septiembre de 2019). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9efb7804b5b460ba8e7ae91cd134a09/expediente+958-2019+ACOSO+SEXUAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b9efb7804b5b460ba8e7ae91cd134a09

Expediente n.º 00122-2020-0-3208-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Lima Este (4 de diciembre de 2020). https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Expediente-00122-2020-LP.pdf

Expediente n.º 00759-2023-PHC/TC. Tribunal Constitucional (9 de abril de 2025). https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/00759-2023-HC.pdf

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Adquisición, análisis e interpretación de la información teórica y doctrinaria, así como redacción y revisión de todas las partes del trabajo hasta la versión final que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

El autor declara que utilizó las herramientas ChatGPT y Gemini exclusivamente como apoyo auxiliar y supervisado, sin sustituir la actividad intelectual ni producir el contenido científico o jurídico del artículo. Las herramientas fueron utilizadas para fines de revisión de redacción, corrección gramatical, mejora de estilo y optimización de coherencia textual. El autor revisó y validó íntegramente el contenido final del manuscrito y asume plena responsabilidad por este.

Biografía del autor

Jean Paul Meneses Ochoa obtuvo el título de abogado en la Universidad de San Martín de Porres en el 2015. Se graduó de magíster en Derecho Penal en la Universidad de Medellín (Colombia) en el 2021. Actualmente se encuentra cursando el máster en Cibercriminalidad en la Universidad Internacional de La Rioja (España). Ha publicado en coautoría los libros *Proceso inmediato para investigar y sancionar delitos flagrantes* (2016) y *La cibercriminalidad. Consideración criminológica, político-criminal, dogmática, procesal y cooperación internacional* (2024).

Correspondencia

jeanpaul.meneses005@comunidadunir.net

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 113-197
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1508

Los contratos alienos contratacan: las cláusulas de fuerza mayor, *hardship*, la *impracticability* y otras incomprensiones

Foreign Contracts Strike Back: Force Majeure Clauses, Hardship, Impracticability, and Other Misunderstandings

Os contratos estrangeiros contra-atacam: as cláusulas de força maior, *hardship*, a *impracticability* e outras incompreensões

Juan Alejandro Espinoza Espinoza
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: jaespino@pucp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-6681-4571

RESUMEN

El presente trabajo analiza críticamente la incorporación de cláusulas propias del *common law*, como la cláusula de *force majeure*, *hardship* y la figura de la *commercial impracticability*, en contratos regidos por ordenamientos de tradición civilista, con especial atención al derecho peruano. A partir de un enfoque dogmático y comparado, se examina jurisprudencia relevante del derecho anglosajón, decisiones arbitrales internacionales y normas de derecho contractual transnacional, como las cláusulas modelo de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. El estudio pone de relieve que las dificultades económicas, la volatilidad del mercado o la pérdida de rentabilidad no constituyen,

por regla general, supuestos de fuerza mayor ni de imposibilidad excusable del cumplimiento, y que la confusión entre imposibilidad de la prestación y excesiva onerosidad sobrevenida conduce a interpretaciones erróneas del riesgo contractual. Finalmente, se sostiene que, si bien el derecho contractual transnacional tiende a aproximar los presupuestos de la fuerza mayor y la *hardship*, en el contexto peruano estas figuras deben interpretarse con cautela, respetando las normas imperativas del Código Civil, el principio de *pacta sunt servanda* y la estructura de remedios contractuales prevista por el ordenamiento nacional.

Palabras clave: *hardship*; impracticabilidad comercial; contratos; riesgo contractual; *common law*; derecho civil; incumplimiento contractual.

ABSTRACT

This paper critically analyzes the incorporation of common law clauses, such as force majeure clauses, hardship clauses, and the doctrine of commercial impracticability, into contracts governed by civil law systems, with particular attention to Peruvian law. Through a doctrinal and comparative approach, it examines relevant common law case law, international arbitral decisions, and transnational contract law instruments, such as the model clauses of the International Chamber of Commerce and Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The study highlights that economic difficulties, market volatility, or loss of profitability do not generally constitute force majeure events or excusable impossibility of performance, and that confusion between impossibility of performance and excessive hardship leads to erroneous interpretations of contractual risk. Finally, it argues that although transnational contract law tends to bring the requirements of force majeure and hardship closer together, in the Peruvian context these concepts must be interpreted cautiously, respecting the mandatory provisions of the Civil Code, the principle of *pacta sunt servanda*, and the system of contractual remedies established by domestic law.

Keywords: hardship; commercial impracticability; contracts; contractual risk; common law; civil law; breach of contract.

RESUMO

O presente trabalho analisa criticamente a incorporação de cláusulas próprias do *common law*, como a cláusula de *force majeure*, *hardship* e a figura da *commercial impracticability*, em contratos regidos por ordenamentos de tradição civilista, com especial atenção ao direito peruano. A partir de uma abordagem dogmática e comparada, examinam-se jurisprudência relevante do direito anglo-saxão, decisões arbitrais internacionais e normas de direito contratual transnacional, como as cláusulas-modelo da Câmara de Comércio Internacional e o artigo 79 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. O estudo destaca que as dificuldades econômicas, a volatilidade do mercado ou a perda de rentabilidade não constituem, em regra, hipóteses de força maior nem de impossibilidade escusável de cumprimento, e que a confusão entre a impossibilidade da prestação e a excessiva onerosidade superveniente conduz a interpretações equivocadas do risco contratual. Por fim, sustenta-se que, embora o direito contratual transnacional tenda a aproximar os pressupostos da força maior e do *hardship*, tais institutos devem ser interpretados com cautela no contexto peruano, em observância às normas imperativas do Código Civil, ao princípio do *pacta sunt servanda* e à estrutura dos remédios contratuais estabelecida pelo ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: *hardship*; impraticabilidade comercial; contratos; risco contratual; *common law*; direito civil; inadimplemento contratual.

Recibido: 13/12/2025 **Revisado:** 17/12/2025
Aceptado: 6/5/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

«rien n'est plus inminent que l'impossible,
et que ce qu'il faut toujours prévoir, c'est l'imprévu»[1].
Victor Hugo, *Les Misérables*

«a force majeure clause is not intended to buffer a party against the normal risks of a contract. A normal risk of a fixed price contract is that the market price will change. If it rises, the buyer gains at the expense of the seller [...]; if it fails, the seller gains at the expense of the buyer. The whole purpose of a fixed price contract is to allocate the risk in this way. A force majeure clause interpreted to excuse the buyer from the consequences of the risk expressly assumed would nullify a centralterm of the contract»[2].

Richard Posner

1. INTRODUCCIÓN

La práctica contractual contemporánea evidencia una creciente incorporación de cláusulas y categorías desarrolladas en el ámbito del *common law* en contratos regidos por ordenamientos de tradición civilista. En particular, las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la doctrina de la *commercial impracticability* han sido utilizadas como herramientas para afrontar alteraciones sobrevenidas de las circunstancias contractuales, lo que ha generado debates en torno a su alcance y a su adecuada comprensión en sistemas jurídicos distintos de aquellos en los que se originaron.

1 «Nada es más inminente que lo imposible y que lo que hay que tener siempre previsto es lo imprevisto».

2 «Una cláusula de fuerza mayor no pretende proteger a una parte contra los riesgos normales de un contrato. Un riesgo normal de un contrato de precio fijo es que el precio de mercado cambie. Si sube, el comprador gana a costa del vendedor [...]; si falla, el vendedor gana a expensas del comprador. Todo el propósito de un contrato de precio fijo es asignar el riesgo de esta manera. Una cláusula de fuerza mayor interpretada para excusar al comprador de las consecuencias del riesgo expresamente asumido anularía una cláusula central del contrato».

En este contexto, el problema que aborda el presente trabajo consiste en determinar cómo deben interpretarse e integrarse estas figuras foráneas en el derecho peruano sin desnaturalizar la estructura propia del sistema civilista, especialmente en lo relativo a la asignación del riesgo contractual y los remedios frente al incumplimiento.

Habida cuenta del carácter eminentemente foráneo de estas y, no obstante, se ha traducido en formas diversas[3], es que he querido mantener el *nomen* «alieno» por dos razones: la primera, porque quise ser fiel a la autorizada doctrina que lo introdujo. Sobre el particular se sostiene:

> las partes concluyen un contrato pensado y escrito sobre la base de un modelo diverso del derecho italiano (en este caso, peruano), es decir, un modelo de *common law,* en particular, un modelo estadounidense, no obstante, se indica como ley aplicable el derecho italiano (o, en este caso, peruano). (De Nova, 2011, p. 48)

Ello lleva como «producto» una suerte de «contrato alieno», en el sentido de *alius*, «otro, extranjero»; pero también *alien* y, por consiguiente «extraterrestre» (De Nova, 2011, p. 48). En segundo lugar, el término «alieno», aunque poco utilizado en la actualidad, lo podemos encontrar en el *Diccionario histórico de la lengua española* (1933-1936), para ser preciso en la página 440, y es definido como un adjetivo antiguo que significa «ajeno».

Desde el derecho comparado y el arbitraje internacional, estas figuras han sido objeto de atención doctrinal y jurisprudencial, especialmente en el derecho anglosajón. Dichos antecedentes permiten advertir que su aplicación no está exenta de dificultades conceptuales, en la medida en que su empleo suele asociarse a situaciones de afectación económica del contrato, contribuyendo a la confusión entre imposibilidad de la prestación y onerosidad sobrevenida.

---

3 Luciano Barchi Velaochaga (2024) prefiere traducirlo como «contrato ajeno» (p. 1613), mientras que Leysser León Hilario (2026) opta por «contrato de otro mundo» (p. 65).

En otra sede, ya había advertido el fenómeno de la influencia (¿o contaminación?) de cláusulas contractuales o figuras que, si bien pertenecen a una tradición jurídica diversa como la del *common law*, se están incorporando, consciente o inconscientemente, en los contratos domésticos (Espinoza, 2023, pp. 329-335). Esta constatación pone de relieve la necesidad de examinar con mayor detenimiento los criterios empleados para su recepción e interpretación en el ámbito del derecho nacional.

En ese sentido, la hipótesis que orienta este trabajo es que la incorporación acrítica de estas figuras genera distorsiones en la comprensión del riesgo contractual, particularmente al equiparar supuestos de imposibilidad con situaciones de mera onerosidad económica, lo que exige una interpretación restrictiva y sistemáticamente coherente con el derecho peruano.

Para abordar este problema, el presente estudio adopta un método dogmático y comparado, basado en el análisis de jurisprudencia relevante del *common law*, decisiones arbitrales internacionales y normas del derecho contractual transnacional, con especial atención a su recepción en el ordenamiento peruano.

En atención a ello, el propósito de este capítulo es constatar cómo se han aplicado e interpretado las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la *commercial impracticability* en el ordenamiento nacional, evaluando los efectos de su incorporación sobre la asignación del riesgo contractual y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

2. LA CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR (*FORCE MAJEURE*)

La cláusula de «fuerza mayor» excluye la responsabilidad del deudor en presencia de eventos imprevisibles e inevitables que, haciendo imposible la prestación debida, alteran significativamente el equilibrio en conjunto de la relación contractual, de manera tal de imponer el inicio de un procedimiento dirigido a disponer la revisión o la extinción. Para tal efecto, esta describe una o varias situaciones de hecho en presencia de las cuales el deudor queda exonerado —temporal o definitivamente— de la obligación de cumplir, a través de un elenco de casos, a los cuales

ordinariamente se atribuye naturaleza ejemplificativa. La cláusula regula además las modalidades de comunicación del evento descrito, que debe ser tempestivamente informado a la contraparte, así como sus consecuencias frente a la relación contractual, a través de la imposición de una regla de renegociación que, frente a un fracaso, trae como consecuencia recurrir a la autoridad arbitral o la disolución de la relación por acto unilateral de cada contrayente (Venturelli, 2017a, pp. 1003-1004).

En la experiencia jurídica norteamericana, es de mencionar el caso InterPetrol Bermuda Limited («InterPetrol») con Kaiser Aluminum International Corporation («Kaiser»). Los hechos son los siguientes: Trako Energy Corporation («Trako»), un intermediario de petróleo y Occidental Crude Sales, Inc. («Oxy Crude»), un importante proveedor de petróleo crudo, celebraron un contrato para la venta a Trako de petróleo crudo pesado árabe para su envío desde el golfo Pérsico a Taiwán. Asimismo, Trako celebró un contrato con Chinese Petroleum Corporation (CPC) para refinar petróleo crudo en la refinería de CPC en Taiwán. A principios de mayo de 1979, Trako acordó vender cantidades específicas de productos refinados de petróleo a Kaiser, con entrega en Taiwán en la segunda mitad de junio. Trako informó a Kaiser que la fuente de suministro sería Oxy Crude. Inmediatamente después de organizar la compra a Trako, Kaiser celebró un contrato con InterPetrol, un comerciante internacional de petróleo al contado, para vender a InterPetrol los productos refinados de petróleo que Kaiser obtendría de Trako. InterPetrol debía recibir la entrega en la terminal de CPC en Taiwán, pero desconocía la fuente del crudo que CPC estaría refinando. El contrato se realizó oralmente y se confirmó por télex después de dos días de negociaciones. Precisamente, por esta vía se acordó la siguiente cláusula de fuerza mayor:

Tabla 1

Cláusula de fuerza mayor contenida en el contrato celebrado entre Kaiser Aluminum International Corporation e InterPetrol Bermuda Limited

Versión original	Versión traducida
The force majeure due to failure or delay of seller's suppliers of product and transportation shall terminate, upon notification by sellers that the vessel delivering crude to Taiwan has left loading port in the Persian Gulf which is advised to take place latter part of May. Otherwise only standard force majeure to apply.	«*La fuerza mayor debido a la falla o retraso de los proveedores del producto y transporte del vendedor* [énfasis añadido] terminará, previa notificación por parte de los vendedores de que el buque que entrega el crudo a Taiwán ha dejado el puerto de carga en el Golfo Pérsico, lo cual se informa que tendrá lugar a finales de mayo. De lo contrario, solo aplicará la fuerza mayor estándar».

El volátil mercado del petróleo experimentó un aumento dramático en los precios durante abril de 1979. Para aprovechar este mercado, Oxy Crude buscó liberarse de su contrato con Trako para suministrar crudo para el acuerdo Trako/Kaiser/InterPetrol. El 9 de mayo de 1979, Trako y Oxy Crude ejecutaron una liberación de su contrato de venta. Oxy Crude luego revendió el petróleo crudo originalmente destinado a ser refinado y entregado a Kaiser. Según los términos del acuerdo de liberación entre Oxy Crude y Trako, Oxy Crude pagó a Trako la mitad de las ganancias de la reventa del petróleo. Los dos se repartieron aproximadamente 6.5 millones de dólares. Posteriormente, Kaiser invocó la cláusula de fuerza mayor en su contrato con InterPetrol para excusar su propio incumplimiento debido a la pérdida de su suministro de petróleo… y ahí comenzaron los problemas.

Ante la demanda de InterPetrol para que no se aplique la cláusula de fuerza mayor económica (que liberaba de responsabilidad a Kaiser) y, por consiguiente, se imponga la fuerza mayor *estándar* (o no económica), la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, en decisión del 1 de noviembre de 1983, modificada el 27 de enero de 1984, sostuvo:

Un resumen de las negociaciones es solo ligeramente útil para interpretar la cláusula. El 7 de mayo de 1979, después de discusiones preliminares, Kaiser envió a InterPetrol un télex aceptando la oferta de InterPetrol de comprar varios productos refinados de petróleo. La aceptación de Kaiser estaba condicionada al acuerdo de su cláusula de fuerza mayor normal, «cubriendo actos más allá del control de cualquiera de las partes, incluido el fallo o retraso del proveedor de producto y transporte del vendedor». Todas las partes están de acuerdo en que, según la propuesta inicial de Kaiser, Kaiser habría sido excusado de cumplir si el suministro de petróleo crudo fallaba por cualquier razón, incluida la desviación por parte del proveedor de Kaiser a otro comprador por un precio más alto. Ambas partes también están de acuerdo en que InterPetrol protestó inicialmente la amplitud de la propuesta de fuerza mayor económica de Kaiser. Ambas partes también están de acuerdo en que se llegó a un compromiso. Es la naturaleza del compromiso lo que está en disputa.

[…]

La conclusión del tribunal de distrito, y la nuestra, está respaldada por la regla general de que las cuestiones de interpretación de contratos se resolverán en contra de la parte que preparó el escrito. Véase Haas & Haynie Corp., 577 F.2d en 574. Donde, después de examinar toda la evidencia, incluido el curso de las relaciones entre las partes y las circunstancias bajo las cuales ejecutaron el contrato, queda una cuestión de interpretación del contrato, un tribunal tiene derecho a resolver la cuestión en contra de la parte que preparó un escrito. United States ex rel. Yardley Drilling Co. v. Erickson Paving Co., 465 F.2d 396, 400 (9th Cir. 1972). Aunque este fue un contrato oral, la cláusula de fuerza mayor fue memorializada en un télex escrito. El tribunal de distrito no erró al concluir que la cláusula de fuerza mayor acordada por las partes tenía la intención de excusar a Kaiser si su proveedor no entregaba por cualquier razón hasta el momento en que el crudo llegara al buque en el Golfo Pérsico, con fuerza mayor no económica gobernando a partir de ese momento.

[…]

No vemos ninguna razón para crear ahora un derecho que no ha sido reconocido por el derecho común. Hay cierta sabiduría económica en permitir que un vendedor, consistente con las disposiciones limitantes del Código Comercial Uniforme (U. C. C.), contrate fuera de la responsabilidad. En un mercado mayorista relativamente libre y fluido, un vendedor debería tener derecho a utilizar el poder de su posición para contratar en su mejor ventaja. Eso podría incluir, como aquí, la extracción de una cláusula de fuerza mayor de un comprador. Si el proveedor del vendedor no puede, debido a las fuerzas del mercado, requerir una disposición similar en el acuerdo entre el vendedor y el proveedor, el resultado es que el vendedor es excusado pero el proveedor no […]. Cuando un comerciante puede negociar condiciones tan favorables, la tendencia natural será que los comerciantes en las posiciones menos favorables de comprador y proveedor se muevan a la parte menos competitiva y, por lo tanto, más contractualmente segura del mercado.

[…]

Las cláusulas de fuerza mayor están, por supuesto, limitadas por aquellas secciones del Código que prohíben acuerdos que son manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles. Véanse las secciones 1-102(c), 1-203 y 2-302. Véase también Eastern Airlines, 532 F.2d en 991 n. 96; Transatlantic Financing Corp. v. United States, 363 F.2d 312, 315 n. 3 (D.C. Cir. 1966).

[…]

Nuestra decisión se basa en parte en el hecho de que Kaiser e InterPetrol estaban en posiciones relativamente similares en el mercado del petróleo. No hemos considerado circunstancias que involucren comerciantes de diferentes niveles en la jerarquía de la red de distribución de petróleo. También notamos que InterPetrol no estaba obligado con otros compradores a entregar el petróleo que esperaba obtener de Kaiser. (Caso InterPetrol Bermuda Limited vs. Kaiser Aluminum International Corporation, 27 de enero de 1984)

Entonces, resulta válido interpretar que, de acuerdo con este caso, las denominadas cláusulas de fuerza mayor económicas pueden tener un radio de comprensión más amplio que la fuerza mayor estándar, de tal manera que se pueden ensanchar las posibilidades de falta de responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. Ello siempre y cuando nos encontremos frente a dos contratantes que son agentes con posiciones económicas similares y que no se trate de acuerdos manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles.

La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito-729 F.2d 1530 (5.º Cir. 1984) del 23 de abril de 1984, en el caso Nissho-iwai Co., Ltd., v. Occidental Crude Sales, Inc., entre otros extremos, también interpretó la siguiente cláusula de fuerza mayor, siempre en materia petrolera:

Tabla 2

Interpretación de la cláusula de fuerza mayor por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito de 1984 en el caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc.

Versión original	Versión traducida
Neither party shall be liable for ... loss, damage, claims or demands of any nature whatsoever due to delays or defaults in performance ... caused by impairment in any manner of [Occidental's] crude oil supply, ... [by] executive or administrative orders or acts ... of any ... government, [by] breakdown or injury to ... producing ... or delivering facilities, ... [by] imposition of restrictions ... by any ... government, ... or by any other event, whether or not similar to the causes specified above ..., which shall not be reasonably within the control of the party against whom the claim would otherwise be made. (Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc., 23 de abril de 1984)	«Ninguna de las partes será responsable de... pérdida, daño, reclamaciones o demandas de cualquier naturaleza debido a retrasos o incumplimientos en el rendimiento... causado por deterioro en cualquier forma de suministro de petróleo crudo [Occidental],... [por] órdenes o actos ejecutivos o administrativos... de cualquier... gobierno, [por] avería o daño a... producir... o entregar instalaciones,... [por] imposición de restricciones... por cualquier... gobierno,... o por cualquier otro evento, sea o no similar a las causas especificadas anteriormente..., que *no estará razonablemente bajo el control de la parte contra la cual se haría la reclamación de otra manera* [énfasis añadido]».

Respecto del «control razonable» se afirmó:

> El término «control razonable» ha llegado a incluir dos nociones relacionadas. Primero, una parte puede no causar afirmativamente el evento que impide su actuación. La razón detrás de este requisito es obvia. Si un contratista fuera capaz de escapar de sus responsabilidades simplemente haciendo que ocurriera un evento de excusión, no tendría una «obligación efectiva de realizar». Véase Squillante y Congalton, supra, a las 4; 2 Anderson, Uniform Commercial Code Sec. 2-615:17 (1972).
>
> El segundo aspecto del control razonable es más sutil. Algunos tribunales no permitirán que una parte confíe en un evento de excusa si podría haber tomado medidas razonables para evitarlo. Ver Oosten v. Unión de Empleados y Ayudantes Lácteos de Hay Haulers 45 Cal. 2d 784291 P.2d 17, 20-21 (1955); 6 Corbin on Contracts, Sec. 1342, at 328; Anderson, supra. La razón detrás de este requisito es que la fuerza mayor en realidad no impidió el rendimiento si una parte podría haber evitado razonablemente que el evento ocurriera. La parte ha impedido el desempeño y, una vez más, violó su obligación de buena fe de realizar al no ejercer una diligencia razonable. Véase Oosten, supra a las 21.
>
> La Corte Suprema de California ha leído en disposiciones contractuales de fuerza mayor ambos aspectos de «control razonable»-buena fe en no causar el evento de excusión y diligencia en tomar medidas razonables para garantizar el desempeño. (Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc., 23 de abril de 1984)

Occidental pretendía acogerse a la cláusula de fuerza mayor argumentando que el embargo decretado por el Gobierno libio y la ruptura de una tubería escapaban de su «control razonable». Sin embargo, la Corte entendió que

> Está claro que Occidental estaba al tanto del embargo amenazado y podría haberlo evitado pagando $117 millones. Esta suma en sí

misma no era irrazonable, ya que toda la cifra representaba impuestos atrasados, regalías y costos del petróleo que Occidental ya debía al Gobierno libio. Por supuesto, incluso si Occidental hubiera pagado esta suma y evitado el embargo, todavía habría enfrentado restricciones de producción. Sin embargo, un jurado razonable podría haber encontrado que Occidental podría recuperar mediante arbitraje o liquidación cualquier pérdida que pudiera resultar de las restricciones. La empresa ya había iniciado procedimientos de arbitraje contra el Gobierno de Libia; y, en diciembre, pudo llegar a un acuerdo. Sin duda, los pagos retenidos y el embargo resultante fueron factores que produjeron ese acuerdo. Sin embargo, eso no quiere decir que no se habría llegado a un acuerdo en ausencia de un embargo. En el pasado, Occidental había podido convencer al Gobierno de que retrocediera de las restricciones de producción. Un jurado razonable podría haber encontrado que Occidental habría podido negociar nuevamente un acuerdo razonable, particularmente dada la amenaza de los procedimientos de arbitraje.

Del mismo modo, había pruebas suficientes para apoyar la opinión de que Occidental tenía un control razonable sobre las averías de las tuberías. Durante 1975 y 1976, Occidental realizó numerosas reparaciones en la tubería que conducía desde la Concesión 102 a Zueitina. En octubre de 1975, Occidental comenzó a reparar y desconectó una sección de la línea. La línea permaneció cortada hasta después de que el embargo terminó en diciembre. Hubo testimonio de que Occidental dejó la línea desconectada porque no quería gastar dinero para reparaciones hasta después de haber resuelto su disputa con Libia. Transcripción de prueba en 581. Cuando la línea se volvió a conectar, Occidental descubrió que estaba obstruida con arena. Un jurado razonable podría haber encontrado que el bloqueo de la línea o la falta de descubrimiento del bloqueo anterior fue causado por el retraso de Occidental en la reparación y reconexión de la línea. La evidencia apoyó un hallazgo de que la ruptura de la tubería estaba dentro del control razonable de Occidental. (Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc., 23 de abril de 1984)

De este caso, podemos inferir que, no obstante se puedan acreditar hechos que impidan el cumplimiento de la obligación, el deudor deberá probar también que dichos hechos escaparon de su posibilidad objetiva de control, o en términos del *common law*, parámetro de la razonabilidad.

En materia de redacción de la cláusula de fuerza mayor hay que tener mucho cuidado en el uso de disyunciones y conjunciones. Dicho en palabras simples: saber dónde se debe poner una «y» en vez de una «o». El caso es el siguiente: el 3 de mayo de 1983, Shell Oil Company y PPG Industries celebraron un contrato para la venta de etileno por parte de Shell a PPG. El 5 de mayo de 1988 se produjo una explosión en la refinería de petróleo de Shell en Norco, Luisiana. Como consecuencia de dicha explosión, Shell redujo la cantidad de etileno que entregaba a PPG. Posteriormente, el 2 de mayo de 1989, PPG interpuso una demanda contra Shell y otro. PPG alega que Shell incumplió su contrato al no entregar las cantidades especificadas de etileno tras la explosión de Norco. PPG, por su lado, invocó la siguiente cláusula:

Tabla 3

Cláusula invocada por PPG Industries del contrato celebrado entre Shell Oil Company y PPG

Versión original	Versión traducida
EXCUSES FOR NONPERFORMANCE Either Seller or Buyer will be excused from the obligations of this Contract to the extent that performance is delayed or prevented by any circumstances (except financial) reasonably beyond its control or by fire, explosion, mechanical breakdown, strikes or other labor trouble, plant shutdown, unavailability of raw materials or unavailability of or interference with the usual means of transporting the Product or compliance with any law, regulation, order, recommendation, or request of any governmental authority. If, because of such circumstances, there should be a shortage of Product from any of Seller's sources, Seller will not be	«EXCUSAS POR INCUMPLIMIENTO Tanto el Vendedor como el Comprador estarán exentos de las obligaciones de este Contrato en la medida en que el cumplimiento se vea retrasado o impedido por cualquier circunstancia (excepto financiera) *razonablemente fuera de su control o por incendio, explosión* [énfasis añadido], avería mecánica, huelgas u otros problemas laborales, cierre de la planta, indisponibilidad de materias primas o indisponibilidad o interferencia con los medios habituales de transporte del Producto o cumplimiento de cualquier ley, reglamento, orden, recomendación o solicitud de cualquier autoridad gubernamental. Si, debido a dichas

obligated to purchase Product in order to perform this Contract and may apportion its available Product among all its contract customers and its own internal uses in such manner as Seller finds fair and reasonable, PROVIDED, however, that Seller will not be obligated to apportion or otherwise make available to Buyer Product which Seller obtains by purchase for its own internal uses. Quantities of Product consequently undelivered will be deducted from the applicable remaining quantity obligation unless the parties agree otherwise.

circunstancias, se produjera una escasez de Producto de cualquiera de las fuentes del Vendedor, el Vendedor no estará obligado a comprar el Producto para cumplir este Contrato y podrá repartir su Producto disponible entre todos sus clientes contractuales y sus propios usos internos de la forma que el Vendedor considere justa y razonable, SIEMPRE Y CUANDO el Vendedor no esté obligado a repartir o poner a disposición del Comprador el Producto que obtenga mediante compra para sus propios usos internos. Las cantidades de Producto no entregadas en consecuencia se deducirán de la obligación de cantidad restante aplicable a menos que las partes acuerden lo contrario».

El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, E. D. Louisiana, en decisión del 18 de diciembre de 1989, dispuso:

> No existe una cuestión de hecho sustancial genuina con respecto al lenguaje claro del contrato. Como cuestión de derecho, el contrato es inequívoco. «O» es disyuntivo y, por lo tanto, Shell queda exculpada en virtud de la Sección 8 del contrato, debido a la explosión, independientemente de si esta se encontraba «razonablemente fuera de su control». Véase *Eastern Airlines, Inc. contra McDonnell Douglas Corp.*, 532 F.2d 957, 992 (5.º Cir. 1976). Este no es un resultado absurdo, como sugiere PPG, ya que, desde el punto de vista comercial, no tendría sentido que Shell hiciera estallar intencionalmente su propia refinería para evitar el suministro de etileno a PPG. De hecho, no tendría sentido comercial que Shell incurriera intencionalmente en ninguna de las contingencias enumeradas en la Sección 8 del contrato. (Caso Shell Oil Company vs. PPG Industries, 18 de diciembre de 1989)

De este caso se desprende que la redacción de las cláusulas de fuerza mayor no es una cuestión meramente estilística, sino decisiva para la

delimitación del riesgo contractual asumido por las partes. En efecto, el uso de la disyunción «o» permitió al tribunal interpretar que bastaba la ocurrencia de uno de los eventos enumerados, como la explosión, para exonerar de responsabilidad, sin necesidad de acreditar adicionalmente que dicho evento estuviera fuera del control razonable de la parte. Ello evidencia que una redacción amplia puede expandir significativamente el ámbito de exoneración, alterando el equilibrio contractual originalmente previsto.

En el *common law* inglés, en el caso Tandrin Aviation Holdings Limited con Aero Toy Store LLC. (ATS) e Insured Aircraft Title Service, Inc., la Royal Courts of Justice, con decisión del 19 de enero de 2010, afirmó enfáticamente:

> ATS no ha demostrado que, como cuestión de principio, las circunstancias económicas extremas puedan dar lugar a fuerza mayor en el contexto de una cláusula como cl.7.17. Sostengo que ATS no tiene ninguna perspectiva real de establecer que cl.7.17 debe interpretarse como afirma ATS o que, como cuestión de derecho, es discutible que las circunstancias alegadas por ATS pueden dar lugar a fuerza mayor bajo cl.7.17. (Caso Tandrin Aviation Holdings Limited con Aero Toy Store LLC. [ATS] e Insured Aircraft Title Service, Inc., 19 de enero de 2010)

La cláusula en cuestión establecía lo siguiente:

Tabla 4

Cláusula 7.17 alegada por Aero Toy Store LLC, del contrato celebrado entre Tandrin Aviation Holdings Limited y Aero Toy Store LLC

Versión original	Versión traducida
Force Majeure. Neither party shall be liable to the other as a result of any failure of, or delay in the performance of, its obligations hereunder, for the period that such failure or delay is due to: Acts of God or the public enemy; war, insurrection or riots; fires; governmental actions; strikes	«Fuerza Mayor. Ninguna de las partes será responsable ante la otra como resultado de cualquier incumplimiento o retraso en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente contrato, por el período en que dicho fracaso o retraso se deba a: Actos de Dios o el enemigo

or labor disputes; inability to obtain aircraft materials, accessories, equipment or parts from vendors; or any other cause beyond Seller's reasonable control. Upon the occurrence of any such event, the time required for performance by such party of its obligations arising under this Agreement, shall be extended by a period equal to the duration of such event.

público; guerra, insurrección o disturbios; incendios; acciones gubernamentales; huelgas o disputas laborales; incapacidad para obtener materiales, accesorios, equipos o piezas de aviones de los vendedores; y o cualquier otra causa más allá del control razonable del Vendedor. Tras la ocurrencia de tal evento, el tiempo requerido para el desempeño por dicha parte de sus obligaciones derivadas de este Acuerdo, se extenderá por un período igual a la duración de dicho evento».

El principio que se puede recabar de este caso es que las circunstancias económicas extremas no configuran fuerza mayor. En el mismo sentido, en el *common law* norteamericano, es de mencionarse el caso Cessna Finance Corporation (Cessna), una corporación estadounidense, con Gulf Jet LLC (Gulf Jet), una corporación con sede en Dubái y otros. Cessna alegó que Gulf Jet incumplió con sus obligaciones de pago conforme a los contratos de arrendamiento suscritos, lo que llevó eventualmente a la recuperación y reventa de las aeronaves por parte de Cessna, de conformidad con los términos acordados. Cessna ha afirmado que, tras la venta de las dos aeronaves, aún queda un saldo pendiente significativo a cargo de Gulf Jet.

Gulf Jet, por su parte, argumentó que fue la «parte débil» en las negociaciones de los contratos, sin oportunidad de negociar, y que estos eran contratos de adhesión; que si bien la economía de Dubái era robusta en 2007, en 2008 sufrió una grave crisis económica; que debido al deterioro económico no pudo seguir pagando desde noviembre de 2009, pese a actuar de buena fe y que, en junio de 2010, devolvió las aeronaves a Cessna de buena fe creyendo que con ello se cerraba el trato.

Pequeño detalle: los contratos y las garantías acordados disponen expresamente que la fuerza mayor no es excusa para el incumplimiento. En efecto, el párrafo 15 de cada contrato establecía lo siguiente:

Tabla 5

Párrafo 15 del contrato celebrado entre Cessna Finance Corporation y Gulf Jet LLC

Versión original	Versión traducida
Lessee acknowledges and agrees that its obligation to pay any sums due to OWNER hereunder shall not be discharged, diminished or otherwise affected by any force majeure, and shall not be deemed paid unless and until such sums are actually and fully received by OWNER in United States dollars in the United States.	«El Arrendatario reconoce y acepta que su obligación de pagar cualquier suma adeudada al PROPIETARIO en virtud del presente contrato *no se extinguirá, reducirá ni se verá afectada de otra forma por cualquier fuerza mayor* [énfasis añadido], y no se considerará pagada a menos y hasta que dichas sumas sean realmente y totalmente recibidas por el PROPIETARIO en dólares estadounidenses en Estados Unidos».

En atención a ello, en el laudo administrado por la Cámara de Comercio Internacional, del 17 de enero de 2014, se decidió lo siguiente:

> 136.
> Cuarto, incluso si existiera una cláusula de fuerza mayor en los Contratos, la aplicación de la ley de Kansas probablemente impediría la extensión de cualquier estándar para incluir riesgos de cambios en condiciones económicas o de mercado del tipo descrito y alegado por Gulf Jet. En su Memorial, párrafo 65, el Demandante identificó los principios aplicables bajo la ley de Kansas y afirmó que «un cambio en condiciones económicas o de mercado no se considera fuerza mayor». Los casos citados por el Demandante apoyan esa conclusión y dos merecen especial consideración. En *Kansas Municipal Gas Agency v. Vesta Energy Company, Inc.* 1994 WL171566 (D.Kan.), copias del cual fueron proporcionadas por el Demandante a las partes y al Tribunal, el Tribunal de Kansas determinó que el *alcance de una fuerza mayor es, en primera instancia, una cuestión de interpretación contractual de los eventos específicos acordados por las partes como fuera del control de una parte y que pueden hacer imposible el cumplimiento o excusar el incumplimiento* [énfasis añadido]. En ese caso, el Tribunal consideraba un contrato

de suministro de gas y concluyó que una cláusula de fuerza mayor no incluiría ni se interpretaría para incluir razones económicas como evento de fuerza mayor para justificar la falta de suministro. Esto es relevante para el argumento de Gulf Jet por varias razones. En jurisdicciones de common law como Kansas, y en contraste con las de código civil como los Emiratos Árabes Unidos donde la fuerza mayor está regulada en el código civil, la amplitud de la fuerza mayor es una cuestión de interpretación contractual para interpretar el alcance de las palabras y eventos acordados por las partes. Aquí, por supuesto, *no existía cláusula de fuerza mayor y el principio fue expresamente excluido por las partes en los Contratos.* En segundo lugar, bajo la ley de Kansas, *una cláusula de fuerza mayor acordada por las partes normalmente se interpretará de manera que no se extienda a razones puramente económicas para justificar o excusar el incumplimiento de obligaciones* [énfasis añadido]. La justificación de este enfoque se demuestra claramente en el caso *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 693 F.Supp. 88 en 98 (Delaware D., 1988), copias del cual fueron entregadas por el Demandante a las partes y al Tribunal. Al interpretar la cláusula de fuerza mayor en ese caso, el tribunal señaló que la cláusula no «establecía expresamente que condiciones económicas o de mercado muy adversas pudieran constituir fuerza mayor». La cláusula se interpretó de forma más restrictiva para aplicarse a ciertas instalaciones físicas que afectan el cumplimiento. En esta interpretación, el tribunal se basó en la decisión del juez Posner, un jurista estadounidense muy respetado, en el caso *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265 (7th Cir 1986), donde el juez Posner comentó sobre las cláusulas de fuerza mayor lo siguiente: «Una cláusula de fuerza mayor no pretende proteger a una parte contra los riesgos normales de un contrato. El riesgo normal de un contrato a precio fijo es que el precio de mercado cambie. Si sube, el comprador gana a expensas del vendedor (excepto en la medida en que las cláusulas de escalamiento protejan al vendedor); si baja, como aquí, el vendedor gana a expensas del comprador. El propósito completo de un contrato a precio fijo es asignar riesgos de esta manera. Una

> cláusula de fuerza mayor interpretada para excusar al comprador de las consecuencias del riesgo que asumió expresamente anularía una condición central del contrato». Como se señala en el caso *Panhandle Eastern*, cuando una parte apuesta por el estado de ciertas condiciones del mercado o económicas y esa apuesta falla, el resultado no es fuerza mayor. *Se requeriría un lenguaje claro y expreso para considerar tales circunstancias como un evento de fuerza mayor* [énfasis añadido].
>
> 137.
> *En este caso, Gulf Jet asumió los riesgos comerciales normales de operar un negocio de alquiler de jets ejecutivos* [énfasis añadido] y el riesgo de poder generar ingresos de manera constante en su negocio, incluyendo el riesgo de que una recesión económica pudiera afectar ese negocio y la capacidad financiera para continuar pagando las Rentas Mensuales Regulares bajo los Contratos de Arrendamiento. *Cessna no asumió ese riesgo* [énfasis añadido]. De hecho, Cessna no asumió riesgos asociados con una cláusula de fuerza mayor, ya que no se incluyó tal cláusula en los Contratos de Arrendamiento. No puede implicarse una cláusula de esa naturaleza conforme a la ley de Kansas, ya que la fuerza mayor fue expresamente excluida. Por lo tanto, conforme a la ley de Kansas, Gulf Jet y Al Mulla no pueden exitosamente alegar la defensa de dificultad económica o fuerza mayor. Gulf Jet sigue siendo responsable por el incumplimiento de los Contratos de Arrendamiento debido al impago de las Rentas Mensuales Regulares, como se ha discutido anteriormente. (Laudo Arbitral de Caso Cessna Finance vs. Gulf Jet LLC, 17 de enero de 2014)

En este particular caso, no obstante, el deudor acordó asumir la responsabilidad por incumplimiento, aunque se hubiera configurado la fuerza mayor, el árbitro concluyó, con razón, que un cambio en condiciones económicas o de mercado no se considera fuerza mayor. Esta decisión fue confirmada por la District Court del Southern District de New York el 26 de enero de 2025.

Asimismo, en el 2020, la Cámara Internacional de Comercio dio a conocer la nueva fórmula de la cláusula de fuerza mayor (forma extensa)[4], la cual transcribo:

---

4 También se cuenta con una forma abreviada:

1. «Fuerza mayor» significa la producción de un hecho o circunstancia que imposibilita o impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato, en la medida en que esa parte pruebe: [a] que dicho impedimento está fuera de su control razonable; [b] que no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y [c] que los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada.
2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que los siguientes hechos que afecten a una parte cumplen las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula: (i) guerra (ya esté declarada o no), hostilidades, invasión, actos de enemigos extranjeros, amplia movilización militar; (ii) guerra civil, disturbios, rebelión y revolución, usurpación —militar o no— del poder, insurrección, actos de terrorismo, sabotaje o piratería; (iii) restricciones monetarias y comerciales, embargo, sanción; (iv) acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisa, nacionalización; (v) plaga, epidemia, desastre natural o evento natural extremo; (vi) explosión, incendio, destrucción de equipos, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones, sistemas de información o energía; (vii) disturbios laborales generales tales como boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas y locales.
3. La parte que invoque con éxito esta Cláusula quedará eximida de su deber de cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato y de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios o de cualquier otra penalización contractual por incumplimiento del contrato, desde el momento en que el impedimento haya provocado la incapacidad para cumplirlo, siempre que preavise de ello sin demora. Si la notificación no se efectúa sin demora, la exención de responsabilidad será efectiva desde el momento en que la notificación llegue a la otra parte. Cuando el efecto del impedimento o hecho invocado sea temporal, las consecuencias mencionadas se aplicarán solo mientras el impedimento invocado impida el cumplimiento por la parte afectada de sus obligaciones contractuales. Cuando la duración del impedimento invocado tenga el efecto de privar sustancialmente a las partes contratantes de lo que razonablemente tenían derecho a esperar en virtud del contrato, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato mediante una notificación dirigida a la otra parte con un preaviso razonable. Salvo acuerdo en contrario, las partes acuerdan expresamente que el contrato podrá ser resuelto por cualquiera de ellas si la duración del impedimento excede de 120 días.

CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR ICC 2020

1. **Definición.** «Fuerza mayor» significa la producción de un hecho o circunstancia («Caso de Fuerza Mayor») que imposibilita o impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato, en la medida en que la parte afectada por el impedimento («la Parte Afectada») pruebe:
   a) que dicho impedimento está fuera de su control razonable;
   b) que no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y
   c) que los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la Parte Afectada.
2. **Incumplimiento por parte de terceros.** Cuando una parte contratante incumpla una o varias de sus obligaciones contractuales a causa del incumplimiento de un tercero que se ha comprometido a ejecutar total o parcialmente el contrato, la parte contratante podrá invocar la Fuerza Mayor solo en la medida en que los requisitos del apartado 1 de esta Cláusula se cumplan tanto para la parte contratante como para el tercero.
3. **Casos Presuntos de Fuerza Mayor.** Salvo prueba en contrario, se presumirá que los siguientes hechos que afecten a una parte cumplen las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula, y la Parte Afectada solo necesitará probar que se cumple la condición (c) del apartado 1:
   a) guerra (ya esté declarada o no), hostilidades, invasión, actos de enemigos extranjeros, amplia movilización militar;
   b) guerra civil, disturbios, rebelión y revolución, usurpación —militar o no— del poder, insurrección, actos de terrorismo, sabotaje o piratería;
   c) restricciones monetarias y comerciales, embargo, sanción;
   d) acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisa, nacionalización;
   e) plaga, epidemia, desastre o evento natural extremo;

f) explosión, incendio, destrucción de equipos, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones, sistemas de información o energía;
g) disturbios laborales generales tales como boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas y locales.

4. **Notificación.** La Parte Afectada deberá notificar el hecho sin demora a la otra parte.

5. **Consecuencias de la Fuerza Mayor.** La parte que invoque con éxito esta Cláusula quedará eximida de su deber de cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato y de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios o de cualquier otra penalización contractual por incumplimiento del contrato, desde el momento en que el impedimento haya provocado la incapacidad para cumplirlo, siempre que se notifique de ello sin demora. Si la notificación no se efectúa sin demora, la exención de responsabilidad será efectiva desde el momento en que la notificación llegue a la otra parte. La otra parte podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones, si procede, a partir de la fecha de la notificación.

6. **Impedimento temporal.** Cuando el efecto del impedimento o hecho invocado sea temporal, las consecuencias establecidas en el apartado 5 anterior se aplicarán solo mientras el impedimento invocado impida el cumplimiento por la Parte Afectada de sus obligaciones contractuales. La Parte Afectada deberá notificar a la otra parte la desaparición del impedimento tan pronto como este deje de obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

7. **Deber de limitar los efectos.** La Parte Afectada tiene la obligación de tomar todas las medidas razonables para limitar el efecto del hecho impeditivo invocado y relativo al cumplimiento del contrato.

8. **Resolución del contrato.** Cuando la duración del impedimento invocado tenga el efecto de privar sustancialmente a las partes

contratantes de lo que razonablemente tenían derecho a esperar en virtud del contrato, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato mediante una notificación dirigida a la otra parte con un preaviso razonable. Salvo acuerdo en contrario, las partes acuerdan expresamente que el contrato podrá ser resuelto por cualquiera de ellas si la duración del impedimento excede de 120 días.

9. **Enriquecimiento injusto.** Cuando resulte de aplicación el apartado 8 anterior, si cualquiera de las partes contratantes, debido a cualquier actuación de la otra parte contratante en la ejecución del contrato, ha obtenido una prestación antes de la resolución del contrato, la parte que haya obtenido dicha prestación deberá pagar a la otra parte una cantidad de dinero equivalente al valor de dicha prestación. (Internacional Chamber of Commerce Force Majeure And Hardship Clauses, 2020, pp. 1-3)

La nota característica de esta lista de supuestos es que se trata de presunciones *iuris tantum* establecidas contractualmente, que implican que el deudor está exonerado de demostrar el carácter sobreviniente e imprevisible del evento efectivamente realizado, cuando este coincida con aquellos indicados en el pacto, imponiendo al acreedor la prueba contraria. Es el acreedor el que debe acreditar que el evento invocado por el deudor está vinculado causalmente a la conducta de este. Esta fórmula implica una modificación convencional a las reglas dedicadas a la prueba (Venturelli, 2017a, pp. 1014-1015)[5].

3. LA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

La cláusula de *hardship* confiere al deudor llamado a cumplir una prestación que se ha convertido en antieconómica, a causa de eventos excepcionales ajenos a su control, el derecho de suspender el cumplimiento y pretender de la contraparte una revisión de los términos del acuerdo

5 A propósito de la fórmula empleada en la versión del 2003, plenamente aplicable a la nueva.

(Venturelli, 2017b, p. 1035). Se sostiene que son *cláusulas contra la adversidad*, que expresan la necesidad de afrontar las dificultades y lograr la ejecución de la prestación asumida dentro del contrato (Aceto Di Capriglia, 2023, p. 768).

No obstante, esta figura se puede reconducir a la excesiva onerosidad de la prestación, esta cláusula tiene una regla distinta a la establecida en el artículo 1440 C. C.[6], en el extremo que prevé *in primis* el recurso a la renegociación. En efecto, se trata de una exclusión o limitación convencional de responsabilidad contractual, porque impide la calificación en términos de incumplimiento por la omisión o cumplimiento inexacto de una prestación que es materialmente posible (Venturelli, 2017b, p. 1045).

Lo primero que debe tenerse presente es que, en el entendimiento del *civil law*, la excesiva onerosidad de la prestación tiene connotaciones distintas a la fuerza mayor. Dicho en otras palabras, los supuestos contenidos en los artículos 1440 C. C. y 1315 C. C. son de distinta naturaleza, con distintos remedios: la fuerza mayor genera la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor; en la excesiva onerosidad de la prestación, se puede cumplir con esta, pero resulta gravosa y, por ello, antieconómica para el deudor.

El cambio de las condiciones económicas genera el derecho a solicitar la renegociación del contrato y, si ello no es posible, resolver el contrato o, en todo caso, recurrir al juez o a arbitraje. En el caso Georgia Power Company con Cimarron Coal Corporation, el Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, en decisión del 9 de diciembre de 1975, afirmó:

---

6 Que regula lo siguiente:

> En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
>
> Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

> Cuando las partes de un contrato prevén la posibilidad de un cambio en las circunstancias que podría requerir la modificación de los términos contractuales y prevén la modificación por consentimiento mutuo, y luego no pueden llegar a un acuerdo sobre dicha modificación, la disputa resultante está sujeta a una disposición de arbitraje amplia como la que figura en el Acuerdo que ahora está ante el tribunal. El hecho de que las partes contratantes acuerden en términos generales el arbitraje de controversias indica la determinación de que sus intereses se verán mejor atendidos mediante el arbitraje que recurriendo a los tribunales si surgen problemas. La naturaleza de la controversia que surja posteriormente es irrelevante. Como escribió el juez Learned Hand en Shanferoke Coal & Supply Corp. v. Westchester Service Corp., 70 F.2d 297, 299 (2d Cir. 1934); afirmó: 293 US 449, 55 S. Ct. 313, 79 L. Ed. 583 (1935): «Si la cláusula es general en su forma, no importa lo que pueda suceder después de ella». (Caso Georgia Power Company con Cimarron Coal Corporation, 9 de diciembre de 1975)

Otro caso: en 1973, para asegurarse contra la escasez de gas natural, KN Energy, Inc., una compañía de gasoductos interestatales, firmó un contrato de compra de gas (el Contrato de 1973) con Midlands Gas Corporation, filial al 100 % de KN. En 1975, se modificó el Contrato de 1973. A cambio de añadir 123 000 acres al yacimiento originalmente dedicado, McMoRan Oil and Gas Company y su empresa matriz, FreePort-McMoRan, Inc. (McMoRan) adquirieron el derecho a solicitar la renegociación del precio de compra si el Congreso desregulaba el gas natural. Más tarde, como consecuencia de la recién promulgada Ley de Política del Gas Natural de 1978 (NGPA), 15 U. S. C. §§ 3301-3432, y de la relación sustancialmente modificada entre McMoRan y KN, comenzaron los problemas a propósito del precio de compra.

Ante la demanda presentada, el tribunal de distrito tuvo en cuenta la página 8.1F de la Enmienda de 1975. Esta disposición establecía el derecho a renegociar solo al vendedor:

Tabla 6

Fragmento de la página 8.1F de la Enmienda de 1975 que estableció el derecho a renegociar solo al vendedor en una relación contractual

Versión original	Versión traducida
In the event the Federal Power Commission or any successor governmental body shall cease during the term hereof to regulate the price to be paid hereunder, then within six months after such occurrence Seller shall have the right to request a renegotiation of the price to be paid hereunder. If Seller so requests a renegotiation of the price, Seller and Buyer shall determine the highest price then being paid for natural gas by interstate or intrastate pipeline companies in Phillips or Valley Counties, Montana, for gas of similar quantity and quality and being sold under similar terms and conditions. The price so determined shall be come [sic] effective upon the first day of the month six months after the date of cessation of price regulation. If said renegotiated price is put in effect, then three (3) years after the cessation of price regulation and every third year thereafter, Seller shall have the right to request a further renegotiation of the price to be paid hereunder. Each price so determined shall remain in effect for a period of one year, and at the beginning of each succeeding yearly period the price shall increase one (1 cents) per thousand (1,000) cubic feet until the effective date of each subsequent redetermined price.	En caso de que la Comisión Federal de Energía o cualquier organismo gubernamental sucesor deje de regular el precio a pagar en virtud del presente durante su vigencia, el *Vendedor tendrá derecho a solicitar una renegociación del precio a pagar en virtud del presente en un plazo de seis meses a partir de dicho suceso* [énfasis añadido]. Si el Vendedor solicita una renegociación del precio, el Vendedor y el Comprador determinarán el *precio más alto pagado en ese momento por el gas natural* [énfasis añadido] por compañías de gasoductos interestatales o intraestatales en los condados de Phillips o Valley, Montana, por gas de cantidad y calidad similares y vendido en términos y condiciones similares. El precio así determinado entrará [sic] en vigor el primer día del mes seis meses después de la fecha de cese de la regulación de precios. Si dicho precio renegociado entra en vigor tres (3) años después del cese de la regulación de precios y cada tres años a partir de entonces, el Vendedor tendrá derecho a solicitar una nueva renegociación del precio a pagar en virtud del presente Contrato. Cada precio así determinado permanecerá en vigor durante un período de un año, y al comienzo de cada período anual sucesivo el precio aumentará un (1) céntimo por cada mil (1000) pies cúbicos hasta la fecha de entrada en vigor de cada precio redeterminado subsiguiente.

La Corte de Apelaciones del Décimo Circuito, con decisión del 19 agosto de 1991, afirmó:

> en la p 8.1F, las partes pretendían crear un mecanismo para fijar y controlar el precio del gas en caso de desregulación. Al combinar

> una cláusula de escalada con una disposición de precio fijo/aumento fijo, así como el procedimiento para desencadenar la renegociación del precio, McMoRan y KN intentaron, como determinó el tribunal de distrito, maximizar los incentivos por los que cada uno negoció. Un elemento central de ese diseño contractual es el derecho de McMoRan a renegociar. Ese derecho, según acordaron las partes, se activaba a petición de McMoRan. El tribunal de distrito no podía ni anticipar que McMoRan hiciera esta petición en 1988 ni hacerla por ellos. No encontramos abuso de discrecionalidad en la negativa del tribunal a modificar el decreto para prever una renegociación en 1988. (KN Energy, Inc. vs. FreePort-McMoRan, Inc. 19 de agosto de 1991)

La versión de la cláusula de *hardship* de la Cámara de Comercio Internacional es redactada en estos términos:

1. Las partes de un contrato deben cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando las circunstancias hayan convertido su cumplimiento en más gravoso de lo que razonablemente podrían haber previsto al tiempo de la celebración del contrato.
2. No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de esta Cláusula, cuando una parte del contrato pruebe que:
   a) continuar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiera tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato; y que
   b) razonablemente no podría haber evitado o superado el hecho en cuestión o sus consecuencias, las partes estarán obligadas, dentro de un plazo razonable desde que esta Cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho.

3A Resolución de parte	3B Adaptación o resolución por juez	3C Resolución por juez
Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, la parte que invoque esta Cláusula tendrá derecho a resolver el contrato, pero no podrá solicitar a un juez o árbitro su adaptación sin el acuerdo de la otra parte.	Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que adapte el contrato con el fin de restablecer su equilibrio o para resolverlo, según corresponda.	Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que declare la resolución del contrato.

(Internacional Chamber of Commerce Force Majeure and Hardship Clauses, 2020, p. 5)

Como podemos constatar, lo que diferencia la cláusula *hardship* de la excesiva onerosidad de la prestación (regulada en el artículo 1440 C. C.) es que, frente al mismo supuesto de hecho (prestación devenida en antieconómica por circunstancias extraordinarias, no imputables a quien la invoca), se establece —para la cláusula *hardship*— el deber de renegociación y, si ello no es posible, las opciones son varias y van, desde la resolución de la parte, hasta la adaptación o resolución judicial o arbitral. En el caso del artículo 1440 C. C., la consecuencia es que la parte afectada acuda al juez o árbitro para que se haga el reajuste de prestaciones y, si ello no fuera posible, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato.

Ya en Francia, en el caso entre Electricitè de France con la Societé Shell Française, la Cour d'appel de Paris, con decisión del 28 de septiembre de 1976, dando cumplimiento al acuerdo contractual, reenvió a las partes la renegociación del contrato, con la supervisión de un observador, y solo en el supuesto de fracaso, con conocimiento de las soluciones propuestas, la Corte anularía el contrato si la fórmula modificaba lo ya pagado o la impondría de oficio si no altera la economía de este.

Comentando esta sentencia, se sostuvo que la *clause de sauvegarde* no va más allá de la necesaria consulta de las partes en el momento en que se llega a un cierto umbral de distorsión entre el intento de conciliación y eventualmente la posibilidad contractual de resolución a falta de acuerdo para reordenar el contrato (Robert, 1978, p. 18810).

Con razón se afirma que, aunque se admitiese la aplicación de esta cláusula en los contratos domésticos, esta sufre de limitaciones. En primer lugar, su introducción depende de la voluntad de ambas partes. Si estas no lo hacen, o no lo han podido hacer, no puede ser aplicada. En segundo lugar, la cláusula de *hardship* no especifica las concretas modalidades de renegociación del contrato. Desarrollada en la praxis supranacional, esta no hace referencia a las reglas de un específico ordenamiento jurídico, ni a tratados o convenciones internacionales. Tampoco ha sido previsto que dicha negociación debe realizarse según criterios de justicia y de equidad, ni se hace un llamado a los deberes de corrección y solidaridad en la fase de remodelación del sinalagma contractual (Aceto Di Capriglia, 2023, p. 771).

El artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[7] (Contracts for the International Sale of Goods [CISG]), promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2011), define en la sección relativa a la exoneración lo siguiente:

> 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.

7 La Convención fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y adoptada por una conferencia diplomática el 11 de abril de 1980.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:
    a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
    b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado
3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.
4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

La Opinión n.º 20 del Consejo Asesor de la CISG (CISG Advisory Council, 2020), aprobada el 5 de febrero de 2020, ha incluido al *hardship* dentro de los alcances del artículo 79 del CISG. Se sostuvo lo siguiente:

1. Las siguientes Reglas sobre excesiva onerosidad (*hardship*) aplican, a menos que el contrato disponga lo contrario.
2. La CISG rige las situaciones de excesiva onerosidad (*hardship*).
3. *Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones, aunque su cumplimiento se haya tornado más oneroso, a menos que exista excesiva onerosidad* (*hardship*) [énfasis añadido].
4. Hay excesiva onerosidad cuando un cambio de circunstancias ajeno a la voluntad de una parte hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso (*hardship*), si no cabía razonablemente

esperar que dicha parte tuviese en cuenta el cambio, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.

5. Tal excesiva onerosidad (*hardship*) puede ocurrir bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido.
6. Tal excesiva onerosidad (*hardship*) también puede originarse de eventos suscitados antes de la celebración del contrato si las partes no los conocían o no podrían haber adquirido conocimiento de ellos.
7. Para determinar si existe excesiva onerosidad (*hardship*), los siguientes factores, enunciativos mas no limitativos, deberían de tomarse en cuenta:
    a) si alguna de las partes asumió el riesgo de un cambio de circunstancias;
    b) si el contrato tiene una naturaleza especulativa;
    c) si, y en qué medida, existieron fluctuaciones previas en el mercado;
    d) la duración del contrato;
    e) si el vendedor ha obtenido las mercaderías de su propio proveedor;
    f) si alguna de las partes se ha protegido contra los cambios de mercado.
8. La parte afectada por excesiva onerosidad (*hardship*) deberá comunicar a la otra parte del cambio de circunstancias y sus efectos sobre su capacidad para cumplir sus obligaciones. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte afectada tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la situación de excesiva onerosidad (*hardship*), esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
9. En caso de excesiva onerosidad (*hardship*), nada impedirá a cualquiera de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios y

requerir el cumplimiento específico de la obligación afectada por excesiva onerosidad (*hardship*).

10. La exoneración por causa de excesiva onerosidad (*hardship*) surtirá efecto mientras dure la excesiva onerosidad (*hardship*).
11. Conforme a la CISG, las partes no están obligadas a renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).
12. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de adaptar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).
13. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de declarar la terminación del contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).

En el punto 3.2. de la Opinión n.º 20 se argumenta:

> el principio de *pacta sunt servanda* no es absoluto. Cuando las circunstancias imprevistas e inevitables *son tales que provocan una alteración fundamental del equilibrio del contrato* [énfasis añadido], pueden crear un impedimento que exima a una parte de su cumplimiento y respectiva responsabilidad bajo el artículo 79 CISG.

Esta Opinión fue emitida por cuanto, entre los países que suscribieron la CISG, se ha presentado una disparidad de criterios a nivel judicial y arbitral[8]. Es en atención a estas decisiones que atenta doctrina nacional observa que

---

8 En la introducción del anexo 1 CISG AC Opinión n.º 20, se detalla:

1. En la Opinión núm. 20 se examinaron siete decisiones de tribunales estatales y tres laudos arbitrales en los que se ha considerado, hasta la fecha, la aplicación de la CISG en casos de excesiva onerosidad (*hardship*). En un caso, un juzgado italiano consideró que el artículo 79 no regulaba los casos de excesiva onerosidad (*hardship*) y aplicó en cambio el derecho interno italiano. En ocho casos, el juez o árbitro decidió que la excesiva onerosidad (*hardship*) era un tipo de impedimento regulado por el artículo 79 de la CISG. En un caso distinto, el demandado planteó la cuestión y el Tribunal Arbitral no la rechazó ni la aceptó expresamente. Sin embargo, no encontramos una respuesta uniforme en lo

> si bien la distinción entre *force majeure* y *hardship* es fácilmente defendible en teoría, es difícilmente verificable en la práctica. Por ello, la opción en el derecho contractual transnacional es promover su unificación. […] La distinción entre *force majeure* y *hardship* es solo una diferencia de costos. (García, 2025, p. 317)

No solo eso:

> Si vemos el panorama completo, podemos concluir que existen presupuestos comunes para invocar a la *force majeure* y la *hardship* conforme al derecho contractual transnacional: (a) que el impedimento esté fuera del control; (b) que no era razonable que el impedimento haya sido tomado en cuenta al momento de la suscripción del contrato; (c) que no era razonable que el impedimento haya podido ser evitado o superado, y (d) que el riesgo de ocurrencia del impedimento no haya sido asumido por la parte afectada. (García, 2025, p. 324)

Sinceramente, en lo que a experiencia jurídica peruana se refiere, tendría una posición más cauta. Ya en otra sede he advertido el fenómeno, producto de la globalización jurídica, en el cual los abogados peruanos concluyen contratos sobre la base de modelos diversos a los nacionales, como los del *common law* o, como hemos visto, de la CCI o de la CISG, sin ser conscientes a cabalidad de que, para interpretarlos, se deberá aplicar el derecho peruano (Espinoza, 2023, pp. 337-338). Si bien en ejercicio de la autonomía privada las partes tienen el derecho de delimitar los alcances de sus derechos, sus obligaciones y sus responsabilidades, aquella tiene como límite la imperatividad de nuestro sistema.

---

que respecta al nivel de impedimento económico exigido por la CISG o a las acciones disponibles cuando se alcanzó el umbral requerido.

2. Solo en uno de los ocho casos en los que la CISG se consideró aplicable, una corte determinó que se cumplían los requisitos del artículo 79 de la CISG. Relativo al aumento del 70 % del precio de las mercaderías (acero), la *Cour de Cassation* de Bélgica sostuvo que dicho cambio de circunstancias constituía un impedimento económico con arreglo al artículo 79 de la CISG.

4. LA *COMMERCIAL IMPRACTICABILITY*

La *impracticability* es un supuesto que se genera por un cambio sobreviniente de circunstancias que genera un desequilibro de las prestaciones inicialmente pactadas entre las partes, que hace que una de ellas tenga una pérdida económica severa e irrazonable. Es considerada como una imposibilidad que hace que se extinga la obligación de la parte afectada de cumplir con su prestación.

La doctrina de la *commercial impracticability* es el resultado de la evolución jurisprudencial del *common law* estadounidense. Así:

> en este proceso de elaboración de la disciplina, la imposibilidad absoluta de la prestación no es ya un concepto cerrado con un riguroso límite, la nueva realidad a la que se encuentra sometido el contrato abre la puerta al desarrollo del concepto de *commercial impracticability*, una imposibilidad económica que conducirá luego a una neta distinción entre las dos *doctrines* mediante su codificación en el *UCC* (imposibilidad física y jurídica, e impracticabilidad) en materia de compraventa, extendida luego a todos los contratos en el *Second Restatement* (§§ 261 ss.). (Chamie, 2010, p. 100)

Esta última disposición, que data de 1981, establece:

> Cuando, después de celebrado un contrato, la ejecución por parte de una de las partes se vuelve impracticable sin que medie culpa suya, debido a la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue una suposición básica sobre la que se fundó el contrato, su obligación de cumplir con dicha prestación queda extinguida, salvo que el lenguaje del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario. (American Law Institute, 1981, §261)

Como antecedentes, contamos con el caso Mineral Park Land Co. v Howard, 172 Cal. 289, 292, (L. A. No. 3633. Department One), en el que la Corte Suprema de California, con sentencia del 12 de marzo de 1916, dictaminó:

Las partes estaban contratando el derecho a extraer tierra y grava para ser utilizadas en la construcción del puente. Cuando estipularon que toda la tierra y grava necesaria para este propósito debía tomarse del terreno de la demandante, contemplaron y asumieron que el terreno contenía la cantidad requerida, disponible para su uso. Los demandados no se estaban obligando a tomar lo que no estaba allí. Y, al determinar si la tierra y la grava estaban «disponibles», *debemos considerar las condiciones de manera práctica y razonable* [énfasis añadido]. Aunque había grava en el terreno, estaba situada de tal manera que los demandados no podían extraerla por medios ordinarios, salvo a un costo prohibitivo. *Para todos los efectos prácticos*, era imposible para los demandados extraerla. «*Una cosa es imposible en el ámbito legal cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede hacerse a un costo excesivo e irrazonable* [énfasis añadido]» (1 Beach on Contracts, sec. 216). No queremos sugerir que los demandados pudieran excusarse mostrando la existencia de condiciones que hicieran el cumplimiento de su obligación más costoso de lo anticipado, o que les ocasionaran pérdidas. *Pero cuando la diferencia en el costo es tan grande como aquí, y tiene el efecto, como se determinó, de hacer el cumplimiento impracticable, la situación no es diferente a la de una ausencia total de tierra y grava* [énfasis añadido]. (Caso Mineral Park Land Co. vs. Howard, 12 de marzo de 1916)

Con esta decisión:

se sustituyó el criterio objetivo representado seguramente en la imposibilidad material, con un criterio de imposibilidad económica que exige del juez una complicada valoración subjetiva. Cabe agregar que esta imposibilidad no parece referirse a una mera *difficultas* del deudor, sino a un cumplimiento excesivamente oneroso respecto de las condiciones iniciales del contrato. (Chamie, 2010, p. 104)

Sin embargo, este temperamento no era pacífico. En efecto, en el caso B's Company, Inc v. B. P Barber & Associates, Inc., el Cuarto Distrito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, con decisión del 2 de febrero de 1968, entendió:

> La imposibilidad de cumplimiento de un contrato puede clasificarse como imposibilidad objetiva (la cosa no se puede hacer) o como imposibilidad subjetiva (yo no puedo hacerlo). Por lo general, está bien establecido que *la imposibilidad subjetiva, es decir, la imposibilidad que es personal para el promitente y no es inherente a la naturaleza del acto a realizar, no excusa el incumplimiento de una obligación contractual* [énfasis añadido]. 17 Am. Jur.2d, Sección 415, Contracts. 17A C. J. S. Contracts 459. En el caso de Pearce-Young-Angel Company v. Charles R. Allen, Inc., 213 S. C. 578, 50 S. E. 2d 698 (1948), el tribunal declaró que es una regla de ley bien establecida «que si una parte, por su contrato, se obliga a sí misma a una obligación posible de cumplir, debe cumplirla, a menos que su cumplimiento sea imposible por acto de Dios, la ley o la otra parte». El juez de primera instancia determinó que la evidencia probaba que había dificultad, gasto y posible dificultad involucrados en el cumplimiento del contrato por parte de The B's Co., pero que esto no hacía que el cumplimiento fuera imposible, y que la dificultad del cumplimiento no lo eximía de su obligación de cumplir de acuerdo con su promesa. Había amplia evidencia sobre la cual basar esta conclusión. (Caso B's Company, Inc v. B. P Barber & Associates, Inc., 2 de febrero de 1968)

El § 2-615 del Uniform Comercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1952, regula la Excusa por incumplimiento de las condiciones presupuestas, en los siguientes términos:

> Excepto en la medida en que un vendedor haya asumido una obligación mayor y sujeto a la sección precedente sobre cumplimiento sustituido:
> (a) *La demora en la entrega o la falta de entrega total o parcial por parte de un vendedor* que cumple con los párrafos (b) y (c) *no*

constituye un incumplimiento de su deber en virtud de un contrato de compraventa si el cumplimiento acordado se ha vuelto impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue una suposición básica sobre la que se hizo el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier reglamento u orden gubernamental nacional o extranjero aplicable, independientemente de que posteriormente resulte o no inválido [énfasis añadido].

(b) Cuando las causas mencionadas en el párrafo (a) afecten solo a una parte de la capacidad de cumplimiento del vendedor, este deberá distribuir la producción y las entregas entre sus clientes, pero podrá, a su elección, incluir a los clientes habituales que no estén bajo contrato, así como sus propias necesidades de fabricación posterior. Podrá distribuir esta distribución de cualquier manera que sea justa y razonable.

(c) El vendedor debe notificar al comprador oportunamente que habrá demora o falta de entrega y, cuando se requiera una asignación de conformidad con el párrafo (b), la cuota estimada que se pondrá a disposición del comprador[9]. (Uniform Comercial Code, 1952, § 2-615)

---

9 La versión original es la siguiente:

§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

El hecho de que una de las partes no se beneficiara económicamente no imposibilita su cumplimiento. Tampoco una disminución en el precio de mercado de un producto sería considerada como «impracticabilidad comercial». Así, en el caso Hancock Paper Company v. Champion International Corporation, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Estado de Pensilvania, con decisión del 15 de noviembre de 1976, resolvió:

> La otra defensa del demandante es que, incluso si el contrato fue solo para el N.º 2 , el cumplimiento de sus obligaciones está excusado debido a la «imposibilidad sobreviniente» según se define en la Restatement of Contracts, o «impracticabilidad comercial» según el § 2-615 del UCC. El demandante alega que la comercialización del producto adicional que deprimió los precios no era previsible en el momento de la celebración del contrato. *Este Tribunal sostiene que una caída en los precios de mercado, incluso si es causada por una de las partes, no constituye una «imposibilidad sobrevenida», sino simplemente una «dificultad imprevista» según el Restatement, § 467* [énfasis añadido]. El demandante logró negociar un acuerdo alternativo, con pérdidas económicas. La Sección 467 del Restatement establece: «(F) Los actos que existan en el momento de la celebración del contrato o que se produzcan con posterioridad y que hagan el cumplimiento de la promesa más difícil o costoso de lo previsto por las partes no liberan de una obligación que haya surgido». El hecho de que Hancock no se beneficiara de su contrato con Champion no imposibilita su cumplimiento. Como se desprende claramente de la Ilustración 1 del § 455, la falta de fondos de una fuente prevista (en este caso, las ganancias esperadas por Hancock en la reventa) no imposibilita el cumplimiento. Por lo tanto, las dificultades imprevistas de la reventa no justifican el cumplimiento de Hancock.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

Los comentarios del UCC al § 2-615 prohíben específicamente la consideración de una disminución en el precio de mercado como «impracticabilidad comercial», ya que «ese es exactamente el tipo de riesgo que los contratos comerciales realizados a un precio fijo tienen como objetivo cubrir». Comentario 4, 12A PS § 2-615. Dado que ambas partes pactan este riesgo como parte del contrato, su ocurrencia no altera ninguna obligación derivada del mismo. Esta es exactamente la situación en el caso que nos ocupa. *Este Tribunal considera que el problema del mercado deprimido,* aunque causado por la comercialización del producto N.º 1 por parte de *Champion* (que es la visión de los hechos más favorable al demandante), *no alcanza el nivel de gravedad requerido para excusar el cumplimiento bajo el Restatement o el UCC* [énfasis añadido]. Dado que se ha celebrado un contrato para el N.º 2 sin cláusulas implícitas, que el demandado no ha incumplido ninguna de sus obligaciones y que las obligaciones del demandante no se han extinguido, se concede la sentencia sumaria al demandado. (Caso Hancock Paper Company vs. Champion International Corporation, 15 de noviembre de 1976).

En efecto, en el Comentario 4 del UCC al § 2-615, se explica:

El aumento de los costes por sí solo no excusa de la prestación, a menos que dicho aumento se deba a alguna contingencia imprevista que altere la naturaleza esencial de la prestación. Tampoco una subida o un hundimiento del mercado constituye en sí mismo una justificación, ya que ese es exactamente el tipo de riesgo comercial que los contratos comerciales celebrados a precios fijos pretenden cubrir. Pero una grave escasez de materias primas o de suministros debida a una contingencia como una guerra, un embargo, la pérdida de cosechas locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro o similares, que provoque un marcado incremento de los costes o impida por completo al vendedor obtener los suministros necesarios para su ejecución, entra dentro de la contemplación de este artículo. (Véase Ford & Sons, Ltd., v. Henry Leetham & Sons, Ltd., 21 Com. Cas. 55 (1915, K. B. D.). (Uniform Comercial Code, comentario 4 al § 2-615)

Para que tenga suceso la *commercial impracticability*, la pérdida debe ser tan severa e irrazonable que exigir el cumplimiento generaría una grave injusticia. Así, en el caso Northern Illinois Gas Company (NI-Gas) v. Energy Cooperative, Inc. (ECI), el Tercer Distrito del Tribunal de Apelaciones de Illinois, el 27 de marzo de 1984, afirmó enfáticamente:

> *Ante todo, como sabe cualquier comerciante, la única certeza del mercado es que los precios cambiarán* [énfasis añadido]. La fluctuación de los mercados y precios, causada por múltiples causas, es inherente a la economía en la que vivimos. Las previsiones de mercado realizadas por supuestos expertos a veces son correctas, a menudo erróneas y, por lo general, contradictorias. […]
>
> NI-Gas tampoco demostró un grado suficiente de impracticabilidad. La impracticabilidad que alegó NI-Gas fue el aumento sustancial del coste de su ejecución. Incluso si hubiéramos concluido que los eventos que dieron lugar al aumento del coste fueron eventos que las partes contratantes asumieron que no ocurrirían, *el aumento del coste no suele constituir impracticabilidad según el artículo 2-615* [énfasis añadido].
>
> El Comentario 4 de la sección 2-615 establece que «el aumento del coste por sí solo no excusa el cumplimiento, a menos que dicho aumento se deba a alguna contingencia imprevista que altere la naturaleza esencial del cumplimiento». (Ill. Ann. Stat., cap. 26, párr. 2-615, Código Comercial Uniforme, Comentario 4, pág. 500 [Smith-Hurd 1963]). La naturaleza esencial del cumplimiento de NI-Gas en virtud del contrato era adquirir o pagar la nafta. El contrato no especificaba qué haría NI-Gas con la nafta. De hecho, antes de rescindir el contrato, NI-Gas había comenzado a revender la nafta en el mercado abierto y negoció con ECI para obtener una enmienda al contrato que facilitara dichas ventas.
>
> Cuando se denegó su solicitud de aumento de tarifa, NI-Gas decidió que costaría menos rescindir el contrato que continuar cumpliendo por cualquier medio posible. *Se espera que una parte utilice esfuerzos razonables para superar los obstáculos al cumplimiento y el cumplimiento es impracticable solo si es así a pesar de di-*

> *chos esfuerzos* [énfasis añadido]. (Restatement (Second) of Contracts sec. 261 (1981).) Una parte que intenta excusar su cumplimiento debe demostrar que solo puede operar con pérdida y que *la pérdida será tan severa e irrazonable que la falta de excusar el cumplimiento resultaría en una grave injusticia* [énfasis añadido]. (Gulf Oil Corp. v. Federal Power Com. (3d Cir.1977), 563 F.2d 588) NI-Gas no ha hecho tal demostración. En cambio, la evidencia favorece abrumadoramente la conclusión opuesta. En consecuencia, afirmamos el veredicto dirigido para ECI sobre este tema. (Caso Northern Illinois Gas Company [NI-Gas] vs. Energy Cooperative, Inc. [ECI], 27 de marzo de 1984)

La simple falta de recursos económicos tampoco constituye imposibilidad. Así en el caso Board of Supervisors v. McMahon, en el cual el Condado de Butte, a través de una medida cautelar, obtuvo que un tribunal ordenase al Estado de California que financiara la totalidad de la parte no federal del programa de subsidios de asistencia a familias con hijos dependientes (AFDC, por sus siglas en inglés), por cuanto el condado (que estaba obligado a hacerlo) no contaba con fondos locales suficientes, el Tercer Distrito de Apelaciones del Tribunal de Apelaciones de California, con sentencia del 29 de marzo de 1990, n.º C003383, determinó:

> El expediente no demuestra imposibilidad de cumplimiento.
>
> [9a] Por último, el Condado alega que su difícil situación financiera le impide literalmente cumplir con el mandato estatal. Solicita que se invoque la doctrina equitativa que exime del cumplimiento cuando las circunstancias hacen que este sea imposible.
>
> [10] El principio tradicional de equidad, codificado en nuestro Código Civil, establece: «La ley no obliga a lo imposible» (Código Civil, § 3531). Imposibilidad significa no solo imposibilidad absoluta, sino también imposibilidad práctica debido a una dificultad, gasto, perjuicio o pérdida extrema e irrazonable. (*Oosten v. Hay Haulers etc. Union* (1955) 45 Cal.2d 784, 788).

[11] Conforme a este principio, la ley reconoce excepciones al cumplimiento legal cuando el cumplimiento es imposible. (*People v. Lake County* (1867) 33 Cal. 487, 492 [la imposibilidad convierte una obligación legal imperativa en facultativa]; *County of San Diego v. Milotz* (1953) 119 Cal.App.2d Supp. 871, 883-884; véase *73 Am. Jur. 2d, Statute*, § 15, p. 278 [«Cuando el cumplimiento estricto de una ley es imposible, se permite un cumplimiento tan cercano como sea posible, sobre el principio de que la ley no exige imposibles»]).

[9b] Esta última cita demuestra la dificultad de aplicar la doctrina de la imposibilidad al caso presente. El Condado no sostiene que la medida cautelar le permita cumplir sustancialmente con los mandatos legales. No busca un alivio respecto a algún detalle gravoso exigido por ley. Más bien, el Condado invoca la imposibilidad como justificación para no cumplir en absoluto.

Para respaldar su afirmación, el Condado se apoya en un pasaje de una enciclopedia: «se sostiene de manera bastante general que no se exigirá a un ente público que realice un acto cuando ello sea imposible por falta de fondos y por la imposibilidad de obtenerlos...» (55 C. J. S., *Mandamus*, § 14, p. 39). Además, el Condado se basa en el caso *Sutro Heights Land Co. v. Merced Irr. Dist.* (1931) 211 Cal. 670 [296 P. 1088]. […] el expediente que tenemos ante nosotros no demuestra una imposibilidad suficiente como para justificar una medida cautelar que impida completamente la aplicación del esquema legal. […]

Más bien, el argumento de «imposibilidad» del Condado se basa en la supuesta insuficiencia de sus ingresos para cubrir tanto los programas ordenados por el Estado, incluido el AFDC, como los programas locales. Según el Condado, esta insuficiencia lo exime de financiar los programas estatales obligatorios. No estamos de acuerdo. (Caso Board of Supervisors vs. McMahon, 29 de marzo de 1990)

Sin embargo, se cuenta con la siguiente *dissenting opinion*:

> La ley nunca exige imposibles. (Código Civil, § 3531). *Imposibilidad significa no solo imposibilidad estricta, sino también impracticabilidad debido a una dificultad, gasto, perjuicio o pérdida extremos e irrazonables* [énfasis añadido]. (*Oosten v. Hay Haulers etc. Union* (1955) 45 Cal. 2d 784, 788 [291 P.2d 17].) En consonancia con este axioma, la ley reconoce excepciones a requisitos legales cuando hay imposibilidad de cumplimiento. (*People v. Lake County* (1867) 33 Cal. 487, 492 [la imposibilidad de cumplimiento convierte en directivo un deber legal que normalmente sería imperativo]; *County of San Diego v. Milotz* (1953) 119 Cal. App. 2d Supp. 871, 883-884 [260 P.2d 282]; véase *73 Am.Jur.2d, Statutes*, § 15, p. 278 [«[C]uando el cumplimiento estricto de una ley es imposible, se ha permitido un cumplimiento lo más cercano posible bajo el principio de que la ley no exige imposibles»].) Más directamente en este caso, «es una regla general que no se requerirá a una entidad pública que realice un acto cuando sea imposible debido a la falta de fondos y a la imposibilidad de obtenerlos…» (55 C. J. S., *Mandamus*, § 14, p. 39).
>
> […] Si, como cuestión de equidad, la imposibilidad de cumplimiento sería una defensa frente a una solicitud de mandato por parte del Estado contra el Condado, no veo razón para que el Condado no pueda actuar preventivamente solicitando una orden que impida la aplicación de la ley desde el inicio. (Caso Board of Supervisors vs. McMahon, 29 de marzo de 1990)

En el caso Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States, 308 F.3d 1283 (Fed. Cir. 2002), la U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit decidió el 12 de octubre de 2002 lo siguiente:

> Seaboard sostiene que la caída del mercado de la madera hizo que su ejecución contractual fuera imposible o, alternativamente, comercialmente impracticable, por lo que su incumplimiento estaría justificado. La ejecución solo se excusa bajo esta doctrina cuando

es objetivamente imposible. *Jennie-O Foods, Inc. v. United States*, 217 Ct. Cl. 314, 580 F.2d 400, 409 (Ct. Cl. 1978). Por lo tanto, no basta con que Seaboard demuestre que era incapaz de cumplir con el contrato; debe probar que ningún contratista en situación similar habría podido cumplir. *Las fluctuaciones del mercado no hicieron que el contrato de Seaboard fuera imposible de ejecutar, sino simplemente poco rentable. Otros contratistas sí ejecutaron contratos de tala durante el mismo período. Por tanto, la ejecución por parte de Seaboard no fue objetivamente imposible y no puede excusarse sobre esa base* [énfasis añadido].

Este tribunal y su predecesor han reconocido desde hace tiempo que *la doctrina de la imposibilidad no exige una imposibilidad real o literal de cumplimiento, sino solo una demostración de impracticabilidad comercial. Id.* en 408; *Hercules Inc. v. United States* [énfasis añadido], 24 F.3d 188, 204 (Fed. Cir. 1994) (señalando que la doctrina de imposibilidad de ejecución «exonera de la demora o del incumplimiento cuando la ejecución acordada se ha vuelto "comercialmente impracticable" debido a un evento sobrevenido e imprevisto que no fue contemplado por las partes al momento de celebrar el contrato»); *Natus Corp. v. United States*, 178 Ct. Cl. 1, 371 F.2d 450, 456 (1967). La Corte Suprema ha reformulado la doctrina de la imposibilidad en derecho común del siguiente modo:

[C]uando, tras la celebración de un contrato, la ejecución por parte de una parte se vuelve impracticable sin culpa de esta debido a la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue una suposición básica en que se fundó el contrato, su obligación de ejecutar queda extinguida, salvo que el lenguaje del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario. *United States v. Winstar Corp.*, 518 U. S. 839, 904, 116 S. Ct. 2432, 135 L. Ed. 2d 964 (1996) (citando *Restatement (Second) of Contracts* § 261).

Esta defensa exige que Seaboard demuestre que:

(i) un evento sobrevenido hizo impracticable la ejecución;
(ii) la no ocurrencia del evento fue una suposición básica del contrato;
(iii) la ocurrencia del evento no fue culpa de Seaboard;

(iv) Seaboard no asumió el riesgo de la ocurrencia del evento. Véase *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 904-10.

Incluso si asumiéramos, sin decidirlo, que la ejecución del contrato por parte de Seaboard es impracticable porque llevaría a la quiebra a la empresa, Seaboard debe demostrar que la no ocurrencia de una caída del mercado de la madera fue una suposición básica del contrato What [énfasis añadido]. Véase *id.* en 905. «[S]i [el riesgo] era previsible, debería haberse previsto en el contrato, y la ausencia de dicha previsión da lugar a la inferencia de que el riesgo fue asumido.» *Id.* (citando *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47, 50 (1944)). En *Winstar Corp.*, los contratos en cuestión estipulaban que el gobierno ofrecería cierto tratamiento regulatorio respecto de los requisitos de reservas de capital a las partes que compraran entidades de ahorro quebradas. La Corte Suprema sostuvo que dicha prestación implicaba que el entorno regulatorio podría cambiar y que, *a fortiori*, el riesgo del cambio regulatorio se asignaba al gobierno. *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 906. Además, se determinó que las normas sobre requisitos de capital habían cambiado numerosas veces. *Id.* en 906–07. Por tanto, la no ocurrencia de una reforma regulatoria no era una suposición básica de los contratos en cuestión. *Id.* en 907.

La no ocurrencia de una caída en el mercado de la madera no fue una suposición básica del contrato *What*. Seaboard se comprometió a extraer madera por un precio fijo. «El riesgo normal de un contrato a precio fijo es que el precio de mercado cambie.» *N. Ind. Pub. Serv.*, 799 F.2d en 275. Seaboard apostó a que el mercado se mantendría fuerte. El gobierno, en cambio, se protegió contra caídas del mercado. Por tanto, la no ocurrencia de fluctuaciones de mercado no fue una suposición básica compartida por ambas partes. Véase *Karl Wendt Farm Equip. Co. v. Int'l Harvester Corp.*, 931 F.2d 1112, 1118 (6th Cir. 1991) («[N]i los cambios de mercado ni la incapacidad financiera de una de las partes alteran las suposiciones básicas del contrato de modo que este pueda excusarse bajo la doctrina de la impracticabilidad comercial.»).

> Además, aunque Seaboard no sea responsable de la caída del mercado, no procede una defensa por imposibilidad si el «lenguaje o las circunstancias» indican que el riesgo fue asignado a la parte que solicita la exoneración. *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 908 (citando *Restatement (Second) of Contracts* § 261). Como Seaboard celebró un contrato a precio fijo, asumió el riesgo de una caída del mercado. *Tangfeldt Wood Prods., Inc. v. United States*, 733 F.2d 1574, 1577–78 (Fed. Cir. 1984) (se determinó que el contratista de madera asumía el riesgo general de los cambios en los precios del mercado y que no podía considerarse obligado a aplazar la remoción simplemente por la caída de precios). Por tanto, al no haber sido la no ocurrencia de la caída del mercado una suposición básica de ambas partes, y al haber asumido Seaboard el riesgo, la defensa de imposibilidad fracasa jurídicamente. Así, el rechazo por parte del *Court of Federal Claims* tanto de la imposibilidad como de la impracticabilidad fue correcto. (Caso Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States, 12 de octubre de 2002)

Abona en la configurabilidad de la *impracticability* el criterio de la imprevisibilidad del evento que generaría la excesiva onerosidad o la antieconomicidad de la prestación. En el caso Exelon Generation Co. LLC. v General Atomics Technologies Corp. (GATC), en calidad de garante de Heathgate Resources Proprietary Ltd. (una subsidiaria del demandado), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, ND Illinois, División Este, con decisión del 27 de marzo de 2008, entendió que no era admisible la impracticabilidad comercial, por cuanto:

> La segunda defensa de GATC, a la que las partes dedican la mayor parte de su argumentación, es que sus obligaciones, junto con las de Heathgate, *quedan excusados bajo la doctrina de impracticabilidad comercial debido a una confluencia de contingencias imprevisibles* [énfasis añadido]. GATC sostiene que Heathgate tuvo que reducir su estimación de reservas recuperables en casi 13 millones de libras tras adoptar una nueva herramienta de estimación de reservas. GATC sostiene además que el *costo unitario de producción de*

Heathgate se triplicó entre 2002 y 2006 debido a la depreciación del dólar estadounidense frente al dólar australiano, la inflación en el sector minero australiano y el aumento del contenido de cloruro del uranio en la mina [énfasis añadido]. Como resultado, argumenta GATC, Heathgate no contaba con suficientes reservas ni inventario para cumplir con sus compromisos contractuales, y la ejecución de los contratos conforme a sus términos habría afectado gravemente su viabilidad financiera.

[…]

Debido a que *las contingencias en las que GATC basa su argumento de impracticabilidad eran previsibles y en realidad previstas por Heathgate, la defensa de impracticabilidad no está disponible por ley* [énfasis añadido]. Por tanto, el Tribunal no necesita abordar las cuestiones de si las contingencias hicieron impracticable el cumplimiento, si Heathgate causó la impracticabilidad en sí misma y, si la impracticabilidad fue solo parcial, si Heathgate asignó su producto de manera justa y razonable. (Caso Exelon Generation Co. LLC. vs. General Atomics Technologies Corp., 27 de marzo de 2008)

Se observa con razón que

indudablemente el problema de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos se entrelaza con los temas centrales de la teoría del contrato, en particular la disciplina que regula su ejecución y los efectos del incumplimiento no imputable, pero no puede negarse que existe una opción distinta al principio de la obligatoriedad absoluta del contrato, y es quizás una opción con resultados económicos menos desfavorables y más atenta a la realidad: se trata de valorar el carácter continuo de las obligaciones nacidas de *long-term contracts*, preferir la renegociación del contrato y por ende su conservación si es posible, antes de proceder a su *termination.* Y esta es una argumentación válida tanto para el sistema romanista como para el sistema de *common law*. Ahora bien, si la atención del intérprete hace énfasis en la sustancia económica del contrato (naturaleza del contrato en el sistema romanista o de *civil law*), sin duda el criterio para la gestión del riesgo asume mayores

connotaciones cuantitativas; no obstante, no puede descartarse el aspecto cualitativo del problema, esto es, el análisis de la naturaleza del evento sobrevenido y del perjuicio económico que incumbe al deudor. (Chamie, 2010, pp. 110-111)

Por otro lado:

la valoración del requisito de la imprevisión del evento sobrevenido en la *Section* 2-615 *UCC*, se deja ampliamente a la discrecionalidad del juez, que tiende a asumir una posición rígida valiéndose de la presunción de competencia profesional y considerando a menudo a las partes como dotadas de la experiencia necesaria para prever los riesgos del mercado en que operan. (Chamie, 2010, p. 115)

Autorizadamente se observa que

aquí estamos tratando con incertidumbres absolutas en lugar de riesgos calculables, y con eventos que no pueden ser prevenidos por las partes y que no pueden ser asegurados de manera eficiente debido a su naturaleza no recurrente y a la generalidad de sus consecuencias, y que además son tan poco probables que están por debajo del umbral de percepción de las partes. (Trimarchi, 1991, p. 82)

En atención a ello:

una pérdida seria y no merecida para una de las partes y una correspondiente ganancia inesperada para la otra no solo causa una distribución inequitativa, sino que también ineficiencia, ya que tales transferencias dañan innecesariamente los valores comerciales y financieros. Este resultado ocurre cada vez que un aumento extraordinario en los costos produce una ganancia igualmente extraordinaria para el comprador. En tales casos, por lo tanto, es preferible resolver el contrato, evitando así un daño innecesario a la organización financiera del vendedor, mientras que la posible asignación eficiente de recursos resultante de la ejecución puede ser preservada mediante la renegociación del contrato. (Trimarchi, 1991, p. 82)

5. PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA NACIONAL

Frente a esta reseña de los modelos circulantes tanto en el *common* como en el *soft law* respecto de las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la *commercial impracticability*, hay que determinar si pueden aplicarse en los contratos domésticos. Para ello, intentaré dar respuesta a tres preguntas:

5.1. ¿Es válida una cláusula de fuerza mayor que amplíe o reduzca los alcances del artículo 1315 C. C.?

Va inicialmente dicho que la *cláusula de fuerza mayor* solo tiene sentido si se aparta de los alcances de la fuerza mayor estándar regulada en el artículo 1315 C. C. Por ello, autorizada doctrina nacional, a propósito de las cláusulas de fuerza mayor, afirma:

> determinar las características del evento que constituye fuerza mayor dependerá de si se aplica supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil (extraordinario, imprevisible, irresistible) o de si el contrato contiene una cláusula de fuerza mayor (en cuyo caso las características de la fuerza mayor dependerán de lo que las partes hayan acordado). Se distingue así entre *force majeure concepts* y *force majeure clauses*. (Barchi, 2024, p. 1614)

Como ha sido visto, en los modelos ofrecidos por la CCI, aparte de la cláusula general de fuerza mayor, se enumeran una serie de supuestos específicos que operan como presunciones. Considero que, en ejercicio de la autonomía privada, *se puede reducir el universo de supuestos que constituirían fuerza mayor*, ello en atención al artículo 1317 C. C., el cual establece:

> El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, *salvo que lo contrario esté previsto expresamente* por la ley *o por el título de la obligación* [énfasis añadido].

De lo que se desprende que, si se conviene en contrario, sí se puede agravar el régimen de la responsabilidad del deudor. Dicho en otras palabras: si se acuerda que un supuesto específico no se considere fuerza mayor, el deudor se hace responsable del daño derivado en ese caso particular, no obstante, hubiera quedado liberado según los alcances del artículo 1315 C. C.

En la exposición de motivos se explica:

> la estipulación —de ascendencia romana— se sustenta en el principio de la libertad de las convenciones, ya que no compromete el orden público. En estos casos el deudor desempeña, en cierta forma, el papel de asegurador, pues libera al acreedor de los riesgos. […] Por tratarse de una regla excepcional, ella debe constar, en forma indubitable, en el contrato. (Osterling y Cárdenas, 1985, p. 445)

Una atenta doctrina observa que

> esto significa, entre otras cosas, que, por convenio, las partes pueden moldear, según su conveniencia la noción de causa no imputable, de forma tal que absorba, por ejemplo, supuestos que no coincidan con la caracterización del artículo 1315 del Código Civil. (León, 2022, p. 149)

En el caso de ampliación de supuestos, se requiere de un análisis más fino, por cuanto, si implica, por ejemplo, casos que generan la excesiva onerosidad de la prestación, no se debe olvidar lo dispuesto en el artículo 1444 C. C., el cual recita que «Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación».

En la exposición de motivos se explica:

> este numeral tiene excepcional importancia, pues está destinado a evitar que por acción del contratante de mayor poderío psicológico o económico se imponga la renuncia a la excesiva onerosidad de la prestación, lo que la dejaría en la mayor parte de las veces en la

condición de «letra muerta». Si la institución que hemos comentado está inspirada en razones de elemental justicia, resulta indispensable que esta prevalezca y no quede esterilizada por su renuncia previa[10]. (Arias Schreiber et al., 1985, p. 110)

Frente a ello, autorizada doctrina nacional expresa:

personalmente, no pienso que la acción por excesiva onerosidad de la prestación interese al orden público o a las buenas costumbres, ni proteja la más elemental justicia, pues simplemente significa la opción entre dos principios igualmente respetables, como son la estricta aplicación del *pacta sunt servanda* o su adecuación a la cláusula *rebus sic stantibus*. La recuperación del equilibrio contractual obedece a una política de paliar los efectos perjudiciales que puede sufrir el deudor por variación imprevista de las circunstancias, prefiriéndose la protección del deudor a la del acreedor[11]. (De la Puente y Lavalle, 1993, p. 217)

---

10 En el mismo sentido, Lavalle (1991) afirma:

> la excesiva onerosidad está inspirada en razones de justicia y por ello su renuncia previa es sancionada con nulidad por el art. 1444 del Código Civil Peruano. La persona perjudicada con la excesiva onerosidad puede no hacer valer su derecho, pero no puede renunciar a él. (p. 266)

11 En este mismo sentido, Oviedo (2004) opina lo siguiente:

> consideramos que al único que le interesa alegar la excesiva onerosidad, como causal para pedir el reajuste de la prestación, es al contratante que eventualmente se pueda ver afectado con ella, y por consiguiente, sería un interés renunciable. En cuanto al hecho de que se pretenda proteger a dicho contratante, al asumir que la parte que está en posibilidades de imponer su poderío económico, y en consecuencia «obligar» a la otra a renunciar a su derecho a solicitar la correspondiente revisión ante la excesiva onerosidad, para ello estarían otro tipo de normas y reglas, tales como la anulabilidad por vicio en el consentimiento; la interpretación *contra proferentem*, que permite la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del predisponente, y en general todos los remedios para proteger a la parte que adhiere a un contrato de adhesión. (p. 605)

Sin embargo, se agrega:

> esto no significa que yo esté en contra de lo dispuesto por el artículo 1444, pues considero que, si el legislador desea evitar que mediante la utilización de cláusulas de estilo se llegue a enervar la aplicación de determinadas instituciones, la manera más eficaz de hacerlo es declarando la nulidad de la renuncia a las acciones protegidas por dichas instituciones, como ocurre en los casos del error, el dolo, la violencia, la intimidación y la lesión. Por aplicación del inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, la nulidad declarada por el artículo 1444 produce el efecto de invalidar, como si nunca hubiera existido, la renuncia general a la acción por excesiva onerosidad de la prestación. (De la Puente y Lavalle, 1993, p. 217)

En efecto, habría que preguntar si es que, de pactarse que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción contenida en el artículo 1444 C. C., teniendo como contrapartida la asunción de este riesgo por parte del acreedor.

Considero que la respuesta correcta es la afirmativa y, dentro del ordenamiento jurídico nacional, esta cláusula contravendría el régimen de nulidades establecido en el Código Civil. En efecto, si bien el artículo 1317 C. C. regula la posibilidad de que el deudor pueda asumir responsabilidad por inejecución de las obligaciones, incluso por causas no imputables (lo cual reduce el espectro de la «cláusula de fuerza mayor»), entiendo que no se debería desnaturalizar el supuesto relativo a la excesiva onerosidad de la prestación —el cual implica primero el reajuste y, si no es posible, la resolución judicial (o arbitral)— y convertirlo en una «imposibilidad sobreviniente». El mandato imperativo de la irrenunciabilidad contemplado en el artículo 1444 C. C. implica que la regulación relativa a la excesiva onerosidad y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, no pueden ser alteradas por las partes.

Entiendo por ley imperativa al mandato de cumplimiento ineludible que, como su *nomen* lo indica, prevalece respecto a la autonomía privada.

La sanción si se pacta en contrario es la nulidad (Espinoza, 2025, p. 350). En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público (Lonardo, 1993, p. 137). El orden público es un conjunto de principios de diversa naturaleza (económicos, sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad (Espinoza, 2025, p. 347). Sin ánimo de ser exhaustivo, existen disposiciones de orden público no imperativas (artículo 242.2 C. C.), de orden público imperativas (artículo 12 C. C.), así como imperativas que no son de orden público (artículo 1328 C. C.).

5.2. ¿Es válida una cláusula de *hardship* que modifique lo regulado en el artículo 1440 C. C.?

Una atenta doctrina nacional ha precisado que existe como remedio a la excesiva onerosidad de la prestación «un deber de renegociación a cargo de las partes que debe ser realizado conforme a la buena fe contractual» (Tamani, 2022a, p. 771). Más allá de la denominación que se le quiera dar a la cláusula (*hardship*, *sauvegarde*), en atención a la regla de la libertad, contenida en el artículo 2.24.a de la Constitución (que establece que «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido»), no veo inconveniente alguno para que se pacte que, en caso de excesiva onerosidad de la prestación, siempre dentro de los alcances del artículo 1440 C. C., previamente, la parte afectada solicite la renegociación y la contraparte tenga la obligación de aceptar. En el caso de fracaso:

i. La parte perjudicada puede solicitar al juez o al árbitro que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
ii. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Téngase presente que pactar esta obligación de renegociación no desnaturaliza la regulación doméstica de la excesiva onerosidad de la prestación, más bien la refuerza, ello en aplicación del principio de conservación del contrato, delimitando además pautas de comportamiento entre las partes, basadas en el principio de la buena fe (artículo 1362 C. C.).

5.3. ¿Es válido incorporar una cláusula de *commercial impracticability* en un contrato doméstico en el cual se tengan que aplicar las leyes peruanas?

En otras palabras, ¿es posible transformar contractualmente la excesiva onerosidad de la prestación, de un remedio que consiste en la revisión del contrato a un supuesto de imposibilidad contractual? En este caso, la respuesta correcta es la negativa. Ello, partiendo de la premisa de que dicha transformación implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil. El tratamiento de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro sistema es de carácter imperativo[12]. Prueba de ello es la sanción de nulidad frente a la renuncia a este tipo de acción (*rectius*, pretensión), regulada en el artículo 1444 C. C.[13].

La doctrina nacional entiende que

> si el riesgo produce un desequilibrio que perjudica a la parte que podía prever la contingencia a menor costo, no debe permirtírsele liberarse de sus obligaciones tal como están pactadas (no podrá

12 En este sentido, Benavides (1990) afirma lo siguiente:

> si las partes pactan la renuncia a la acción por excesiva onerosidad o una de ellas la formula unilateralmente, tal renuncia es sancionada por la ley con nulidad y se tiene por no puesta en el contrato ni incluida en el negocio. Las partes tienen también la posibilidad de pactar cláusulas de reajuste o de estabilización, o disposiciones conteniendo soluciones en caso de producirse la excesiva onerosidad. De producirse tales supuestos, obviamente las partes tienen una solución contractual para la excesiva onerosidad, por lo cual la acción judicial no tendría sentido, si la alteración entrara dentro del supuesto de estas cláusulas. (p. 313)

También Tamani (2022b, p. 780).

13 Así, en el sentido de que la nulidad constituye una protección al contratista afectado (Romero, 1985, p. 74.)

> en su caso alegar ni la impracticabilidad comercial ni la excesiva onerosidad de la prestación). Por el contrario, si el desequilibrio perjudica a la otra parte, esta podrá alegar como defensa la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad según corresponda. Esta posición implica que el standard de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante. (Bullard, 1993, p. 85)

Entiendo que este razonamiento solo sería aplicable —en nuestro sistema— respecto a la excesiva onerosidad, mas no a la impracticabilidad comercial, entendida como un supuesto de imposibilidad sobreviniente. En efecto, si bien la parte que «sufriría» la *impracticabilidad-excesiva onerosidad* renunciaría a la «acción» (*rectius*, pretensión), por una situación que la beneficiaría (extinción de la relación jurídica obligatoria por «imposibilidad sobreviniente»), la contraparte asumiría el riesgo del desequilibrio al liberarse al deudor (Trimarchi, 1991, p. 67), cosa que no sucede en circunstancias con «acontecimientos extraordinarios e imprevisibles».

5.4. Sobre la necesidad de internalizar los alcances (y las diferencias) de estas cláusulas a efectos de generar confusiones de alto riesgo... y costos

Un caso: la Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria) suscribe un contrato con un consorcio para que le preste servicios de consultoría en el desarrollo, las pruebas y la puesta en producción del Sistema de Cuenta Única de Contribuyente - MVP1 y MVP2. Entre sus obligaciones estaba la de emplear y suministrar los expertos y los subcontratistas con experiencia que se requieran para la prestación de los servicios, con la aprobación previa de la entidad. En el contrato se pactó la siguiente cláusula:

17. **Fuerza Mayor**

a. Definición

17.1. Para los propósitos de este Contrato, «Fuerza Mayor» significa un evento fuera del control razonable de una Parte y que no sea previsible, sea inevitable y haga el cumplimiento de las obligaciones de una Parte imposibles *o tan imprácticas como se considere razonablemente según las circunstancias*, y sujeto a dichos requisitos, *incluyen, mas no se limitan* [énfasis añadido] a guerras, motines, disturbios civiles, terremoto, incendio, explosión u otras condiciones climáticas adversas, huelgas, cierres u otra acción de la industria, confiscación o cualquier otra acción por parte de agencias del Gobierno.

17.2. Fuerza Mayor no incluirá (i) ningún evento que sea ocasionado por negligencia o acción intencional de una Parte o de los Expertos, Subconsultores o agentes o empleados de esa Parte, ni (ii) ningún evento que una parte diligente podría haber previsto de otra manera razonable tanto para tener en cuenta en el momento de la Conclusión de este Contrato, como para evitar o superar el desempeño y cumplimiento de sus obligaciones según este Contrato.

17.3. Fuerza Mayor *no incluirá insuficiencia de fondos ni incumplimiento en hacer ningún pago requerido según este Contrato* [énfasis añadido].

b. Ninguna violación del Contrato

17.4. El incumplimiento de una de las Partes de cualquiera de sus obligaciones no será considerada una violación o incumplimiento según este Contrato, en la medida que dicha incapacidad surja de un evento de Fuerza Mayor, siempre y cuando la Parte afectada por dicho evento haya tomado todas las precauciones razonables, debido cuidado y medidas alternativas razonables, todo con el objetivo de cumplir con los términos y condiciones de este Contrato.

c. Medidas a Tomar

17.5. *Una Parte afectada por un evento de Fuerza Mayor continuará cumpliendo con sus obligaciones según el Contrato en la medida que ello sea razonablemente práctico* [énfasis añadido], y tomará

todas las medidas razonables para minimizar las consecuencias de cualquier evento de Fuerza Mayor.

17.6. Una Parte afectada por un evento de Fuerza Mayor deberá notificar a la otra Parte dicho evento tan pronto como sea posible, y en cualquier caso, no después de 14 días calendario siguientes al suceso, suministrará las pruebas de la naturaleza y causa de dicho evento, y dará aviso escrito de la restauración de las condiciones normales tan pronto como sea posible.

17.7. Cualquier período dentro del cual una Parte, según este Contrato, termine cualquier acción o tarea, será prorrogado por un período igual al tiempo durante el cual esa Parte no haya podido realizar tal acción como resultado de la Fuerza Mayor.

17.8. Durante el período de su incapacidad en prestar los Servicios como resultado de un evento de Fuerza Mayor, el Consultor, por instrucciones del Cliente deberá:

(a) desmovilizarse, en cuyo caso, se reembolsará al Consultor por concepto de costos adicionales en que razonable y necesariamente haya incurrido, y si así lo exige el Cliente, en reactivar los Servicios; o

(b) continuar con los Servicios en la medida razonablemente posible, en cuyo caso, se continuará pagando al Consultor de acuerdo con los términos y condiciones de este Contrato y se le reembolsarán los costos en que razonable y necesariamente haya incurrido.

17.9. En caso de desacuerdo entre las Partes en cuanto a la existencia o alcance de la Fuerza Mayor, el asunto será transado de acuerdo con las Cláusulas CGC 44 y 45. (Sunat, 2020, pp. 6-7)

En buena cuenta se trata de una cláusula de fuerza mayor, que amplía los alcances de la fuerza mayor ordinaria (contemplada en el artículo 1315 C. C.), comprendiendo un supuesto de «impracticabilidad», que —como se ha visto— *convierte* la excesiva onerosidad de la prestación en una imposibilidad sobreviniente, transformando así el remedio contemplado en el artículo 1440 C. C. (de reajuste de la prestación y, si

fuere el caso, la resolución judicial o arbitral del contrato) en uno en el cual el deudor tendría el derecho a la terminación anticipada del contrato. Ahora bien, el problema surge cuando el contratista argumentó que el cumplimiento de sus obligaciones se tornó impráctico por los efectos de la segunda ola de COVID-19, alegando lo siguiente:

- La Sunat requería prestaciones de mayor complejidad (para el desarrollo del *software*), lo cual significaba «mayor esfuerzo» (mayor inversión de tiempo y costos) por parte del consorcio.
- Las reuniones entre la Sunat y el consorcio (ceremonias) fueron empleadas para distintos fines por exigencia de la Sunat, con participación de terceros, y tuvieron una duración excesiva.
- Afectación del desempeño del equipo (por contagios, licencias, imposibilidad de conseguir reemplazos, proceso de *onboarding*[14]).
- Las exigencias de la Sunat complejizaron la ejecución del servicio, en tanto la especificidad y las funcionalidades del *software* al menos se duplicaron, lo cual generó que deba replantearse el planeamiento inicial, incurrir en reprocesos, así como duplicar el personal dedicado al proyecto para atender la mayor complejidad.
- Las reuniones con la Sunat para el desarrollo del *software* (ceremonias) se desnaturalizaron, dado que el tiempo estimado se duplicó por la participación de numerosas personas, inclusive terceros, así como la finalidad de las reuniones fue fiscalizar la actuación del consorcio.
- En este contexto en el que la metodología se distorsionó, los efectos de la segunda ola de COVID-19 generaron una situación crítica irreversible, lo que volvió impráctico que se continúe desarrollando el *software*.

El caso fue llevado a arbitraje. Mediante laudo en un proceso administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 20 de noviembre de 2025, se decidió lo siguiente:

14 El *onboarding* es un proceso de integración de un nuevo empleado en una empresa, que abarca más allá de la simple bienvenida y orientación inicial.

b) ¿La prestación se tornó impráctica?

2.69. ¿Qué debe entenderse por «impráctico»?

Debe advertirse que esta no es una causa de resolución prevista en la ley. Esto es relevante teniendo en consideración el principio de vinculación del contrato.

De acuerdo con este principio el contrato «tiene fuerza de ley entre las partes», no puede ser disuelto salvo por mutuo acuerdo (mutuo disenso) o «por causas admitidas por la ley».

La expresión *lieu de loi,* recogida en el artículo 1134 del *Code Napoléon*[15] (1804), fue tomada de Domat y traducida como «fuerza de ley» por el Código Civil italiano de 1865 (art. 1123) y luego por el de 1942 (art. 1372). Ello también ocurrió en el artículo 1256 del Código Civil peruano de 1852. La expresión «fuerza de ley» tiene un sentido figurado o metafórico. En efecto, una interpretación *ad pedem litterae* implicaría que el contrato se asimila a la ley, lo cual no es correcto. Es el contrato y no la ley el que obliga a las partes. (De Nova, 2011, p. 221). Es el *pacta sunt servanda* de los romanos: las partes de un contrato deben cumplir lo acordado y de la forma acordada.

Del principio de vinculación (*pacta sunt servanda*) se ha deducido que las formas de resolución del vínculo deben ser consideradas como anómalas, irregulares y, por tanto, excepcionales. Según esta regla el contrato solo podría extinguirse por los casos previstos en la ley (además del mutuo disenso). Esta regla de la tipicidad de las causas de resolución pondría en discusión la posibilidad de recurrir a figuras no legisladas como, por ejemplo: la *frustration*, la presuposición o la *impracticability*.

2.70. Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, las propias partes han acordado la posibilidad de resolver el contrato cuando la ejecución de la prestación se torne «impráctica».

---

15 «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise […]».

Al respecto, debe recordarse que la doctrina distingue las resoluciones voluntarias de las legales. Los mecanismos de resolución voluntaria extinguen los efectos del contrato en virtud de la voluntad negocial de las mismas partes. Esta voluntad puede ser externa al contrato objeto de resolución, como es el caso del mutuo disenso, que es un contrato ulterior y distinto de aquel cuyos efectos se extinguen. Puede ser interna al contrato, como en el caso de la condición resolutoria, donde el factor extintivo (hecho condicionante) está previsto en el mismo contrato cuyos efectos se extinguen. Puede ser, en parte interna y en parte externa caso del receso convencional que deja sin efecto el contrato gracias a una voluntad negocial interna al contrato (la cláusula de receso acordada por las propias partes) junto con una voluntad externa a dicho contrato (la declaración unilateral de quien recesa).[16]

2.71. Los mecanismos de resolución legal permiten la extinción del contrato solo porque la norma dispone que, en presencia de determinados presupuestos, el contrato se resolverá o podrá resolverse. Si no hubiera norma, si no se verificaran los presupuestos, el contrato no se resolvería, no sería resoluble. Están comprendidos los casos de recesos legales y todos los casos en los cuales la resolución tiene naturaleza de remedio contra factores de mal funcionamiento del contrato (por ejemplo, la resolución por incumplimiento).[17]

2.72. Teniendo en cuenta las razones de la resolución, esta puede ser remedial y no remedial. La resolución puede no tener naturaleza de remedio y, por tanto, responder a una lógica distinta a la de dar a una de las partes la posibilidad de liberarse del vínculo contractual frente a circunstancias que hacen injustificado mantenerlo vigente. La razón para la extinción de los efectos no remedial puede ser la actuación de un punto del programa contractual elaborado por las propias partes: la verificación de la condición resolutoria o el receso

16 Referencia propia del texto citado: «Roppo, Vincenzo. *Il contratto*. Ob. Cit., pág. 939».

17 Referencia propia del texto citado: «Loc. Cit.».

convencional. También la facultad dada a la parte por la ley por razones de la necesidad de reaccionar frente a un malfuncionamiento de la relación contractual: es el caso de los recesos no remediales como es el caso de los recesos de liberación. O, finalmente, una autónoma manifestación de libertad contractual como en el caso del mutuo disenso.[18]

Tienen, en cambio, naturaleza de remedio las resoluciones que operan frente a circunstancias que determinan un mal funcionamiento del contrato perjudicial para una de las partes y así hacen injustificado frente a esta permanecer vinculada contractualmente.[19]

2.73. Las tres figuras generales de resolución-remedio son: resolución por incumplimiento, resolución por imposibilidad sobreviniente y resolución por excesiva onerosidad.

Como puede apreciarse, entonces, cuando se habla de resolución se comprenden diversos tipos, entre los cuales, puede haber resoluciones remediales o no remediales.

2.74. Como se aprecia entonces las partes pueden convenir la facultad de receso (receso convencional). El receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato manifiesta su voluntad de dejarlo sin efecto. El receso es una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes.

Teniendo en consideración el principio de la fuerza vinculante del contrato, el receso es un derecho potestativo atribuido a ambas partes o, bien, a solo una de ellas por la ley o por acuerdo de las partes, por tanto, el receso puede tener fuente legal (receso legal) o fuente convencional (receso convencional).

2.75. El titular del derecho potestativo de receso tiene la facultad de elegir entre ejecutar el contrato o no ejecutarlo. A la otra parte le corresponde una situación de sujeción; es decir, que solo le queda tolerar el ejercicio del receso, no se requiere su aceptación.

---

18 Referencia propia del texto citado: «Ibidem, pág. 940-941».

19 Referencia propia del texto citado: «Ibidem, pág. 941».

2.76. El derecho de receso puede ser ejercitado libremente (*ad nutum*)[20] o bien subordinado a la subsistencia de una justa causa; es decir, por una causa que lo justifique. En el caso del receso *ad nutum*[21] la parte en cuyo favor es atribuido el derecho de receso, puede ejercerlo en cualquier momento y sin necesidad de justificar el receso.

El receso *ad nutum* es el acto jurídico unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución[22]. También se conoce como «Terminación Anticipada por Conveniencia»[23].

El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas específicamente por la ley o por las partes.

2.77. El ejercicio del receso supone la terminación anticipada del contrato. Se trata de un acto jurídico con efectos extintivos que se encuentra dentro de la categoría de los «negocios jurídicos de segundo grado» puesto que opera sobre otro negocio jurídico preexistente[24].

---

20 La expresión *ad nutum* es análoga a la expresión *ad libitum* y se utiliza para caracterizar una decisión que depende exclusivamente del arbitrio de una de las partes.

21 La cláusula de receso *ad nutum* equivale a la Termination for Convenience Clause (TFC) del derecho anglosajón.

22 Referencia propia del texto citado: «Se diferencia de la revocación en cuanto esta extingue los efectos de un acto jurídico unilateral (así, por ejemplo, la revocación de un poder) mientras que el receso los de un contrato. Al respecto ver Sirena, Pietro. «Effetti e Vincolo». En: *Trattato del Contratto*. Diretto da Vincenzo Roppo. Tomo III. Milano: Giuffrè, 2006, pág. 114. En nuestro ordenamiento la única excepción es la revocación del contrato de donación (artículo 1637 del Código Civil)».

23 La cláusula de receso *ad nutum* equivale a la Termination for Convenience Clause (TFC) del derecho anglosajón.

24 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «En este sentido Tabellini citado por Ravera, Enrico. *Il recesso*. Il Diritto Privato Oggi a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2004, pág. 31».

En efecto, el receso es propio de las relaciones obligatorias contractuales con prestaciones de ejecución duradera y, precisamente, permite terminar de manera anticipada la relación contractual. El receso no tiene efectos retroactivos, de tal manera que no afecta las prestaciones ya ejecutadas.

2.78. El receso supone una declaración de voluntad de carácter recepticio, en principio, con libertad de forma[25], salvo que las partes hayan previsto una forma determinada[26].

2.79. El receso puede perseguir una pluralidad de funciones, en virtud de las cuales se distingue en: receso determinativo, receso impugnatorio o receso de arrepentimiento:

(i) La función determinativa es la que tiene el receso previsto en la disciplina de los contratos de duración a tiempo indeterminado. Así, es el caso del artículo 1365 del Código Civil:

> «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho».

(ii) La otra función que puede cumplir el receso es la de constituir un remedio para defectos genéticos o funcionales del contrato, especialmente cuando se refiere al equilibrio sinalagmático de las prestaciones (receso impugnatorio), tal como como el derecho de receso a favor del asegurador en el caso de declaraciones falsas o inexactas, o la facultad de receso en el caso de la imposibilidad parcial del contrato (artículo 1433 del Código Civil).

(iii) Finalmente, la tercera función es la del receso de arrepentimiento que reserva a una de las partes una nueva evaluación

25 Ver artículo 143 del Código Civil. En el caso del receso previsto en el artículo 1365 del Código Civil el aviso debe hacerse por vía notarial.

26 Ver artículo 1411 del Código Civil.

> de la conveniencia del negocio. Este tipo de receso permite a su titular terminar anticipadamente el contrato porque ha perdido interés en su continuación (receso de arrepentimiento o *ius se poenitendi*). En este sentido Sirena señala: «El receso puede constituir el instrumento para reservar a una de las partes una nueva valoración de la conveniencia del negocio»[27].

2.80. En tal sentido, si bien el principio de vinculación del contrato podría excluir la aplicación de remedios no legislados como, por ejemplo: la *frustration*, la presuposición o la *impracticability*; lo cierto es que sí es posible que las partes se otorguen recíprocamente la facultad de recesar el contrato por una específica razón que ellas mismas acuerden (justa causa). En tal sentido, sería posible que las partes acuerden la facultad de recesar el contrato en presencia de una específica razón (justa causa) fuera de la cual el receso no se justificaría. Ello puede deberse a hechos sobrevinientes que modifican algún elemento significativo del contrato, colocando a las partes o a una de ellas frente a un vínculo contractual distinto al originalmente asumido.

2.81. Por lo expuesto, entonces, en opinión del Tribunal Arbitral sí es posible, en el ordenamiento jurídico peruano, que las partes acuerden la facultad de recesar el contrato en presencia de una específica razón (justa causa). Habrá que determinar si ello es posible cuando se torne «impráctica».

2.82. Las partes no han definido en el CONTRATO en qué casos la ejecución de la prestación se torne «impráctica». Las partes, pese a las reiteradas preguntas del Tribunal Arbitral no han sido precisas respecto a lo que debe ser entendido con dicha expresión[28]. Ello obliga a recurrir a los criterios de interpretación con el fin de determinar cuál fue la común intención de las partes.

---

27 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Sirena, Pietro. "Effetti e vincolo". En: Ob. Cit., pág. 119».

28 Se verá esto más adelante.

La interpretación es la operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como «voluntad común» de una determinada regulación contractual. Como señala Bianca: «La interpretación es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual»[29].

2.83. Todo proceso de interpretación (proceso hermenéutico) se inicia con la interpretación textual o literal. Ello se explica porque las partes utilizan la palabra escrita para exteriorizar su voluntad. La interpretación literal es el punto de partida, pero no necesariamente el punto de llegada, puesto que será necesario contrastarlo con otros criterios de interpretación que pueden confirmar el significado obtenido por el criterio literal o cambiarlo.

Punto de partida es la interpretación textual o literal que se basa en la búsqueda del significado expreso de las palabras del texto y de sus conexiones sintácticas, según el código lingüístico compartido por la comunidad de parlantes a la cual pertenecen los contratantes[30]. En efecto, las partes al redactar el texto del contrato utilizan el lenguaje natural.

No obstante, las partes no solo usan el lenguaje natural, sino que lo combinan con el lenguaje especializado.

2.84. Si se tiene en consideración el lenguaje natural, entonces, habrá que recurrir al Diccionario de la Lengua Española. En él se encuentra la palabra «impracticabilidad» que es definida como «cualidad de impracticable». Impracticable es un adjetivo que tiene dos acepciones: (i) «que no se puede practicar» y (ii) «dicho de un camino o de un paraje: por donde no se puede caminar o no se puede pasar sin mucha dificultad».

---

29 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Bianca, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 3. Ob. Cit., pág. 377».

30 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «En este sentido Roppo, Vincenzo. *Il Contratto*. Ob. Cit., pág. 471. Igualmente, para Sacco y De Nova la interpretación textual abre el proceso hermenéutico (Sacco, Rodolfo y De Nova, Giorgio. *Il contratto*. IV edizione. Vincenza: UTET, 2016, pág. 383».

El término «impracticable» tiene como sinónimo la palabra «imposible».

2.85. Como se ha visto, la fuerza mayor definida en el numeral 17.1 del CONTRATO o hace imposible el cumplimiento o lo hace impráctico, pero de manera exclusiva; es decir, el deudor puede excusar su cumplimiento si la prestación se torna imposible o si su ejecución es impráctica.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que en el contexto del numeral 17.1 del CONTRATO no podría considerarse que lo «impráctico» es sinónimo de imposible puesto que, entonces, habría una redundancia. Lo «impráctico» debe ser entendido como algo distinto a lo «imposible».

2.86. La otra acepción de «impracticable» lleva al significado de «dificultad»; en tal sentido, podría entenderse que la prestación se torna «impráctica», no imposible, si existe una *difficultas prestando.* Esto debe ser analizado.

2.87. Ahora corresponde analizar el lenguaje especializado, vale decir, el Tribunal Arbitral debe recurrir al lenguaje jurídico para determinar cuál es el significado de «impráctico».

El término «impráctico» no aparece en el ordenamiento jurídico peruano, pero sí ha sido usado en el *common law* para describir las condiciones que excusan el cumplimiento (se disculpa el incumplimiento). Al respecto debe tenerse en cuenta que el CONTRATO es un modelo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Ello puede suponer que el término «impráctico» se ha usado, no en el lenguaje común, sino en el especializado.

2.88. La doctrina nacional sí ha hecho referencia a la «impracticabilidad comercial». En este sentido Bullard González la ha descrito de la siguiente manera[31]:

---

31 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Bullard González, Alfredo. "¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial". En: *Thémis, Revista de Derecho*. N.º 25, 1993, pág. 81».

> «…figura del derecho norteamericano, y que es considerada una excusa de cumplimiento del contrato. Esta defensa está prevista en el Artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos».

2.89. El § 2-615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos dispone:

> «(a) El retraso en la entrega o la falta de entrega de la totalidad o parte de las mercaderías por parte de un vendedor que cumpla con los parágrafos (b) y (c) no constituyen violación de sus obligaciones derivadas del contrato de compraventa si la prestación pactada se ha convertido *impracticable* («impracticable») por un determinado acontecimiento cuando el contrato se hizo basándose en la suposición fundamental de que se produciría tal acontecimiento; o si se debe al cumplimiento de buena fe de cualquier regulación u orden nacional o extranjera aplicables, con independencia de que posteriormente se demuestre su invalidez»[32] (cursivas agregadas).

Como se advierte el artículo citado hace referencia al término *impracticable* («impracticable»). No existe en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos una definición de «impracticable».

2.90. Los propios autores americanos reconocen la existencia de confusión en los términos[33]:

---

32 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «*Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*. Texto oficial. Estudio preliminar y traducción a cargo de José Ma. Garrido. Madrid: Marcial Pons, 2002, pág. 130».

33 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Palmer, Vernon Valentine. "Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract". En: The American Journal of Comparative Law. Volume 70. October, 2022, pág. 171. "In the United States, a confusing array of terms, with overlapping meanings and uncertain applications, have been used to describe the conditions of excused performance. Courts and writers sometime refer to impossibility (objective or subjective), impracticability of performance, frustration of purpose, and *force majeure*"».

> «En Estados Unidos, se ha utilizado una confusa variedad de términos, con significados superpuestos y aplicaciones inciertas, para describir las condiciones de cumplimiento excusado. Los tribunales y los autores se refieren en ocasiones a la imposibilidad (objetiva o subjetiva), la impracticabilidad del cumplimiento, la frustración del propósito y la fuerza mayor».

Como se aprecia a veces las cortes hablan de imposibilidad y, en ocasiones, de impracticabilidad como excusa del cumplimiento (*excused performance*).

2.91. Según explica Palmer, la noción de *impracticability of performance* fue admitida como una defensa más flexible y «suavizada» respecto a la imposibilidad especialmente objetiva[34]. La jurisprudencia americana consideró que:

> «Una cosa es imposible desde el punto de vista jurídico cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede llevarse a cabo con un coste excesivo e irrazonable»[35].

Adviértase, entonces, que la «impracticabilidad» supondría que la prestación no es imposible, pero que su ejecución supondría «an excessive and unreasonable cost»; es decir, un costo excesivo e irrazonable, lo que lo identificaría con nuestra «excesiva onerosidad de la prestación».

---

34 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Palmer, Vernon Valentine. "Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract". En: Ob. Cit., pág. 172».

35 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Palmer, Vernon Valentine. "Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract". En: Ob. Cit., pág. 177. "A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost" ("Una cosa es imposible desde el punto de vista jurídico cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede llevarse a cabo con un coste excesivo e irrazonable")».

2.92. El § 261 Restatement (Second) of Contracts señala:

> «Cuando, después de celebrado un contrato, el cumplimiento por una de las partes se hace *impracticable* sin su culpa por la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue un supuesto básico sobre el cual se celebró el contrato, su obligación de realizar ese cumplimiento queda extinguida, a menos que el lenguaje o las circunstancias indiquen lo contrario»[36] (cursivas agregadas).
>
> En los comentarios se señala[37]:
>
> «Por lo tanto, esta sección utiliza el término "impráctico", empleado en el Código Comercial Uniforme § 2-615(a), para describir el grado requerido de impedimento para el cumplimiento. El cumplimiento puede ser impráctico debido a que implicaría una dificultad, un gasto, un perjuicio o una pérdida extremos e irrazonables para una de las partes».

2.93. Como se advierte el cumplimiento puede ser impracticable porque implica dificultades, gastos, daño o pérdida extremos irrazonables para una de las partes[38].

---

36 «Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary» («Cuando, tras la celebración de un contrato, el cumplimiento de una de las partes resulte impracticable, sin culpa alguna por su parte, debido a la ocurrencia de un acontecimiento cuya no ocurrencia era una premisa básica sobre la que se basó el contrato, su obligación de cumplir quedará extinguida, salvo que el texto o las circunstancias indiquen lo contrario»).

37 Referencia propia del texto citado: «https://opencasebook.org/casebooks/11720-bruckner-howard-law-contracts-2024/resources/10.5.1-restatement-second-of-contracts-261/».

38 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Palmer, Vernon Valentine. "Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract". En: Ob. Cit., pág. 180. "Extreme or unreasonable difficulty, expense, injury or loss to one of the parties"».

En tal sentido, en efecto el término «impracticable» en el lenguaje jurídico coincide con la acepción «dificultad» del lenguaje natural, pero no es una simple dificultad (*difficultas prestando*), sino que exige que ella se produzca porque la prestación solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable.

Es decir, debe tratarse de una «extraordinaria dificultad» de la ejecución de la prestación que se da en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato que rompen el equilibrio contractual tal y como las partes lo acordaron, y suponen la excesiva onerosidad de una de las prestaciones

2.94. En tal sentido, en opinión del Tribunal Arbitral, teniendo en consideración que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, la referencia a «impracticable» (utilizada en el modelo del BID) está comprendida en nuestra figura de la excesiva onerosidad prevista en el artículo 1440 del Código Civil.

2.95. De acuerdo con el Código Civil, la fuerza mayor es una excusa al incumplimiento del deudor. El deudor no ejecuta la prestación porque esta se torna —definitiva o temporalmente— imposible.

La excesiva onerosidad de la prestación, en cambio, no es un evento impeditivo. En la excesiva onerosidad de la prestación los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles no tornan imposible la prestación, sino que la prestación se torna excesivamente onerosa. El artículo 1440 del Código Civil señala:

> «En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si *la prestación llega a ser excesivamente onerosa* por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles…» (cursivas agregadas).

2.96. La excesiva onerosidad, a diferencia de la fuerza mayor, no permite exonerar *per se* al deudor de la responsabilidad por incumplimiento. Más bien el deudor evitará incurrir en tal responsabilidad proponiendo el remedio contra la excesiva onerosidad de la prestación. Desde el momento de la demanda el cumplimiento de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa quedará en suspenso.

Para la excesiva onerosidad de la prestación, a diferencia de la fuerza mayor, el evento no es impeditivo[39]; es decir, la prestación es posible. En efecto, el obstáculo para la ejecución de una prestación puede ser tal de no producir propiamente una imposibilidad, pero ser de tal intensidad que incida sensiblemente en el equilibrio económico del contrato[40].

2.97. Por lo tanto, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad de la prestación son figuras que se excluyen (incompatibles)[41]. En el presente caso, el Tribunal Arbitral ha determinado que la prestación sí es posible, por tanto, podría haberse dado la excesiva onerosidad de la prestación.

2.98. Ahora bien, si la prestación «impráctica» es aquella que, siendo posible, solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable, entonces, se trataría del supuesto de la excesiva onerosidad. Cabe preguntarse, entonces, teniendo en cuenta que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, si es jurídicamente posible considerar como una justa causa de receso la excesiva onerosidad de la prestación (la impracticabilidad) o, si por el contrario, para alegarla hay que remitirse a lo establecido en el artículo 1440 y siguientes del Código Civil.

2.99. Como se ha señalado la facultad de receso puede ser ejercida libremente (receso *ad nutum*) o subordinada a la subsistencia de una justa causa[42] (receso por justa causa). La justa causa es el evento que legitima a la parte a la que le es atribuida la facultad de

---

39 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Delfini, Francesco. *Dell'impossibilità sopravvenuta.* Commentario fondato da Piero Schlesiger. Milano: Giuffrè, 2003, pág. 9».

40 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Cabella Pisu, Luciana. *Impossibilità sopravvenuta*. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Bologna: Zanichelli, 2002, pág. 21».

41 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Ver Terranova, Carlo. *L'eccesiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*. Milano: Giuffrè, 1995, pág. 115».

42 También se habla de «justos motivos».

receso ejercerla. La justa causa puede consistir en la verificación de determinadas circunstancias previstas por la ley o por el acuerdo de las partes[43].

Los eventos que constituyen justa causa pueden estar indicados de modo genérico; es decir, que no estén definidos expresamente así, por ejemplo, en el artículo 1769 del Código Civil. Ello obliga al juzgador, entonces, a evaluar el evento alegado como justa causa en caso de que una de las partes ejerza la facultad de receso[44].

2.100. Sin perjuicio de lo señalado, en el caso del receso convencional, las partes sí pueden definir expresamente el o los eventos que constituyen justa causa[45]. Dichos eventos deben ser tales de justificar la atribución en cabeza de una de las partes la facultad de terminar anticipadamente el vínculo contractual.

La justa causa definida por las partes pueden ser eventos sobrevinientes que amenazan sus intereses contractuales así como eventos que tornan especialmente gravosa la prosecución de la relación obligatoria hasta su conclusión «natural»[46].

2.101. Corresponde determinar, entonces, si el cambio de circunstancias generado por un evento que reúna las características señaladas en el numeral 17.1 del CONTRATO que torne «impráctica» la prestación, puede ser considerado «justa causa» de receso.

Al respecto en opinión del Tribunal Arbitral ello supondría «una injustificada duplicación de medios idénticos» si, como se ha

---

43 Referencia propia del texto citado: «Ravera, Enrico. Ob. Cit., pág. 112».

44 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Ravera, Enrico. Ob. Cit., pág. 122. Betti, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, pág. 337. Así, se habla de "justa causa putativa" para referirse a la circunstancia erróneamente alegada como justa causa que no cumple con los requisitos objetivos requeridos».

45 Referencia propia del texto citado: «Roppo, Vincenzo. *Il contratto*. Ob. Cit., pág. 543».

46 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Massella Ducci Teri, Niccoló. *Contributo ad una teoría generale del negozio di recesso*. Milano: Giuffrè, 2016, pág. 48».

visto, lo «impráctico» se identifica con la «excesiva onerosidad de la prestación» regulada en el artículo 1440 del Código Civil. Pero, además, alterando los remedios previstos para ella, convirtiéndolo en un remedio resolutorio y atribuyéndoselo a quien la ley no se lo confiere en el segundo párrafo del artículo 1440 del Código Civil.

2.102. En tal sentido, en opinión del Tribunal Arbitral lo «impracticable» supone la «dificultad» de la ejecución de la prestación, pero no es una simple dificultad, sino que exige que ella se produzca porque la prestación solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable. Teniendo en consideración que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, la referencia a «impracticable» (utilizada en el modelo del BID) está comprendida en nuestra figura de la excesiva onerosidad prevista en el artículo 1440 del Código Civil.

2.103. En opinión del Tribunal Arbitral, no es posible considerar la «impracticabilidad» como justa causa o justo motivo de receso, por cuanto ello supondría «una injustificada duplicación de medios idénticos» (puesto que ya está regulada por el Código Civil), pero además supondría una alteración de los remedios previstos en el artículo 1440 del Código Civil.

2.104. En la medida en que el numeral 17.1 del CONTRATO amplía los alcances del artículo 1315 del Código Civil al incorporar a la «imposibilidad sobreviniente» la impracticabilidad, el Tribunal Arbitral considera necesario plantearse la siguiente pregunta: ¿es válida una cláusula de fuerza mayor que amplíe —o reduzca— los alcances del art. 1315 del Código Civil?

En opinión del Tribunal Arbitral, si se pacta que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad —entiéndase «impracticabilidad»—, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción, lo que contraviene lo previsto en el artículo 1444 del Código Civil.

2.105. En otras palabras, no es posible transformar contractualmente la excesiva onerosidad de la prestación —léase «impracticabilidad»—, de un remedio que consiste en la revisión del contrato, a un supuesto de imposibilidad contractual. Ello, partiendo de la premisa de que dicha transformación implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil. El tratamiento de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro sistema es de carácter imperativo[47]. Prueba de ello es la sanción de nulidad frente a la renuncia a este tipo de acción (*rectius*, pretensión), regulada en el art. 1444 del Código Civil[48].

2.106. Por lo expuesto, en el presente caso el incumplimiento del CONSORCIO no fue justificado, por tanto, se cumplieron los presupuestos para la resolución del CONTRATO; así, en opinión del Tribunal Arbitral, la segunda pretensión principal de la demanda es fundada.

De esta decisión, se puede concluir:

1. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden acordar la facultad de recesar (es decir, terminar anticipadamente) el contrato en presencia de una específica razón (justa causa).
2. En la *impracticability*, la prestación no es imposible, pero su ejecución supondría un costo excesivo e irrazonable, lo que la identificaría —en el ordenamiento jurídico peruano— con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C.

---

47 Referencia bibliográfica propia del texto citado:

> En este sentido quien afirma que las normas sobre excesiva onerosidad son de orden público y no admiten pacto en contrario (Benavides Torres, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, pág. 312). También Tamani Rafael, Carlos. «Definición, Comentario al art. 1444 C. C.». En: *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, *cit*., pág. 780.

48 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Así, en el sentido que la nulidad constituye una protección al contratista afectado (Romero Zavala, Luis. *Nuevas instituciones contractuales - Parte General*. Lima: Impresor Julio Ascencios E., 1985, pág. 74)».

3. Si bien las partes, siempre en ejercicio de su autonomía privada, pueden pactar una cláusula de fuerza mayor, esta no debe comprender un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación. La fuerza mayor (regulada en el artículo 1315 C. C.) exonera al deudor de la responsabilidad por cumplimiento: esta consecuencia jurídica no le es reconocida a la excesiva onerosidad de la prestación. Por tanto, son categorías jurídicas que se excluyen mutuamente.
4. En nuestro ordenamiento jurídico, no se debería admitir un supuesto de «impracticabilidad», ya que —como se advirtió— se identifica con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C. Su inclusión traería como consecuencia una injustificada duplicidad de medios idénticos, alterando el remedio de revisión del contrato, establecido por ley, en uno de carácter resolutorio.
5. El pactar que un supuesto de «impracticabilidad» integre la cláusula de fuerza mayor implicaría, no obstante, se trataría de una posición más ventajosa para el deudor, una renuncia tácita a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el art. 1444 C. C., que la sanciona con nulidad.
6. La transformación de la excesiva onerosidad de la prestación en un supuesto de «impracticabilidad» implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil, el cual es de carácter imperativo.

6. CONCLUSIONES

- Resulta válido interpretar que las denominadas cláusulas de fuerza mayor económicas pueden tener un radio de comprensión más amplio que la fuerza mayor estándar, de tal manera que se pueden ensanchar las posibilidades de falta de responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. Ello siempre y cuando nos encontremos frente a dos contratantes que son agentes con posiciones económicas similares y que no se trate de acuerdos manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles.

- No obstante, se puedan acreditar hechos que impidan el cumplimiento de la obligación, el deudor deberá probar también que dichos hechos escaparon de su posibilidad objetiva de control, para el *common law*, bajo el parámetro de la razonabilidad.
- La nota característica de la lista de supuestos que integran la cláusula de fuerza mayor, elaborada en el 2020 por la Cámara Internacional de Comercio, es que se trata de presunciones *iuris tantum* establecidas contractualmente, que implican que el deudor está exonerado de demostrar el carácter sobreviniente e imprevisible del evento efectivamente realizado, cuando este coincida con aquellos indicados en el pacto, imponiendo al acreedor la prueba contraria. Es el acreedor el que debe acreditar que el evento invocado por el deudor está vinculado causalmente a la conducta de este.
- La cláusula de *hardship* confiere al deudor llamado a cumplir una prestación que se ha convertido en antieconómica, a causa de eventos excepcionales ajenos a su control, el derecho de suspender el cumplimiento y pretender de la contraparte una revisión de los términos del acuerdo.
- No obstante, esta figura se puede reconducir a la excesiva onerosidad de la prestación, esta cláusula tiene una regla distinta a la establecida en el artículo 1440 C. C., en el extremo que prevé *in primis* el recurso a la renegociación. En efecto, se trata de una exclusión o limitación convencional de responsabilidad contractual, porque impide la calificación en términos de incumplimiento por la omisión o el cumplimiento inexacto de una prestación que es materialmente posible.
- En el entendimiento del *civil law*, la excesiva onerosidad de la prestación tiene connotaciones distintas a la fuerza mayor. Dicho en otras palabras, los supuestos contenidos en los artículos 1440 C. C. y 1315 C. C. son de distinta naturaleza, con distintos remedios: la fuerza mayor genera la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor; en la excesiva onerosidad de la prestación, se puede cumplir con esta, pero resulta gravosa y, por ello, antieconómica para el deudor.
- En el *common law*, el principio que puede recabar es que las circunstancias económicas extremas no configuran fuerza mayor. El cambio

de las condiciones económicas genera el derecho a solicitar la renegociación del contrato y, si ello no es posible, resolver el contrato o, en todo caso, recurrir al juez o a arbitraje.

- Lo que diferencia la cláusula *hardship* de la excesiva onerosidad de la prestación (regulada en el artículo 1440 C. C.) es que, frente al mismo supuesto de hecho (prestación devenida en antieconómica por circunstancias extraordinarias, no imputables a quien la invoca), se establece —para la cláusula *hardship*— el deber de renegociación y, si ello no es posible, las opciones son varias y van, desde la resolución de la parte hasta la adaptación o resolución judicial o arbitral. En el caso del artículo 1440 C. C., la consecuencia es que la parte afectada acuda al juez o árbitro para que se haga el reajuste de prestaciones y, si ello no fuera posible, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato.
- La *impracticability* es un supuesto que se genera por un cambio sobreviniente de circunstancias que genera un desequilibro de las prestaciones inicialmente pactadas entre las partes, que hace que una de ellas tenga una pérdida económica severa e irrazonable. Es considerada como una imposibilidad que hace que se extinga la obligación, de la parte afectada, de cumplir con su prestación.
- Para el *common law*, el hecho de que una de las partes no se beneficiara económicamente no imposibilita su cumplimiento. Tampoco una disminución en el precio de mercado de un producto sería considerada como «impracticabilidad comercial». La simple falta de recursos económicos tampoco constituye imposibilidad. Abona en la configurabilidad de la *impracticability* el criterio de la imprevisibilidad del evento que generaría la excesiva onerosidad o la antieconomicidad de la prestación.
- En el ordenamiento jurídico nacional, va inicialmente dicho que la *cláusula de fuerza mayor* solo tiene sentido si se aparta de los alcances de la fuerza mayor estándar regulada en el artículo 1315 C. C. Como ha sido visto, en los modelos ofrecidos por la CCI, aparte de la cláusula general de fuerza mayor, se enumeran una serie de supuestos específicos que operan como presunciones. Considero que, en ejercicio de la autonomía privada, se puede reducir el universo de supuestos que constituirían fuerza mayor, ello en atención al artículo 1317 C. C.

- En efecto, si se acuerda que un supuesto específico no se considera fuerza mayor, el deudor se hace responsable del daño derivado en ese caso particular, no obstante, hubiera quedado liberado según los alcances del artículo 1315 C. C.
- Habría que preguntar si es que, de pactarse que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción contenida en el artículo 1444 C. C. (que establece que «es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación»), teniendo como contrapartida la asunción de este riesgo por parte del acreedor.
- Considero que la respuesta correcta es la afirmativa y, dentro del ordenamiento jurídico nacional, esta cláusula contravendría el régimen de nulidades establecido en el Código Civil. En efecto, si bien el artículo 1317 C. C. regula la posibilidad de que el deudor pueda asumir responsabilidad por inejecución de las obligaciones, incluso por causas no imputables (lo cual reduce el espectro de la «cláusula de fuerza mayor»), entiendo que no se debería desnaturalizar el supuesto relativo a la excesiva onerosidad de la prestación —el cual implica primero el reajuste y, si no es posible, la resolución judicial (o arbitral)— y convertirlo en una «imposibilidad sobreviniente». El mandato imperativo de la irrenunciabilidad contemplado en el artículo 1444 C. C. implica que la regulación relativa a la excesiva onerosidad y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, no pueden ser alteradas por las partes.
- Entiendo por ley imperativa al mandato de cumplimiento ineludible que, como su *nomen* lo indica, prevalece respecto la autonomía privada. La sanción, si se pacta en contrario, es la nulidad.
- Más allá de la denominación que se le quiera dar a la cláusula (*hardship*, *sauvegarde*), en atención a la regla de la libertad, contenida en el artículo 2.24.a de la Constitución (que establece que «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido»), no veo inconveniente alguno para que se pacte que, en caso de excesiva onerosidad de la prestación, siempre dentro de los alcances del artículo 1440 C. C.,

previamente, la parte afectada solicite la renegociación y la contraparte tenga la obligación de aceptar. En el caso de fracaso:

i. La parte perjudicada puede solicitar al juez o al árbitro que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
ii. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

- Téngase presente que pactar esta obligación de renegociación no desnaturaliza la regulación doméstica de la excesiva onerosidad de la prestación, más bien la refuerza, ello en aplicación del principio de conservación del contrato, delimitando además pautas de comportamiento entre las partes, basadas en el principio de la buena fe (artículo 1362 C. C.).
- En nuestro ordenamiento jurídico, no se debería admitir un supuesto de «impracticabilidad», ya que —como se advirtió— se identifica con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C. Su inclusión traería como consecuencia una injustificada duplicidad de medios idénticos, alterando el remedio de revisión del contrato, establecido por ley, en uno de carácter resolutorio.
- El pactar que un supuesto de «impracticabilidad» integre la cláusula de fuerza mayor implicaría, no obstante, que se trataría de una posición más ventajosa para el deudor, una renuncia tácita a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1444 C. C., que la sanciona con nulidad.
- La transformación de la excesiva onerosidad de la prestación en un supuesto de «impracticabilidad» implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil, el cual es de carácter imperativo.

REFERENCIAS

Aceto Di Capriglia, S. (2023). Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La normazione internazionale e le diverse soluzioi nazionali. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (18), 762-811.

American Law Institute (1981). *Restatement (second) of contracts* (vol. 2). American Law Institute Publishers.

Arias Schreiber, M., Cárdenas, C. (colaborador) y Arias Schreiber, A. (colaboradora). (1985). Exposición de motivos y comentarios. Nulidad de la renuncia a la acción. En D. Revoredo (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentario* (vol. VI). Ocurra Editores.

Barchi Velaochaga, L. (2024). *Las obligaciones* (vol. 2). Instituto Pacífico.

Benavides, E. (1990). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Cultural Cuzco.

Bullard González, A. (1993). ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial. *THEMIS Revista de Derecho*, (25), 81-90.

Chamie, J. F. (2010). Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense. *Revista de Derecho Privado*, (18), 95-122.

De la Puente y Lavalle, M. (1993). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (vol. 15). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

De Nova, G. (2011). *II contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*. CEDAM.

Espinoza Espinoza, J. (2023). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (5.ª ed.). Instituto Pacífico.

Espinoza Espinoza, J. (2025). *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (5.ª ed.). Instituto Pacífico.

García Long, S. (2025). Crónica de una convergencia inesperada. *Force majeure* y *hardship* en los contratos internacionales. En S. García (ed.), *Ensayos de derecho contractual comparado* (pp. 305-330). Grijley.

Lavalle, E. (1991). *Contratos.* Ediciones Jurídicas.

León Hilario, L. (2022). Inejecución de obligaciones por causas no imputables. Comentario al art. 1317 C. C. En J. Espinoza Espinoza (dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 8, pp. 134-155). Instituto Pacífico.

León Hilario, L. (2026). Giorgio de Nova. Memorias y reflexiones sobre la contratación en la teoría y la práctica. *Actualidad Civil*, (139), 65-91.

Lonardo, L. (1993). *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Osterling, F., y Cárdenas, C. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro VI del Código Civil. (Las obligaciones). En D. Revoredo (comp.), *Código Civil V. Exposición de motivos y comentarios* (vol. V, p. 445). Industria Avanzada.

Oviedo, J. (2004). Nulidad de la renuncia a la acción. Comentario al artículo 1444 C. C. En Gaceta Jurídica (ed.), *Código Civil comentado*. *Contratos en general* (vol. 8, p. 605). Gaceta Jurídica.

Robert, J. (1978). Observations. *La Semaine Juridique*, *2.*

Romero, L. (1985). *Nuevas instituciones contractuales. Parte general.* Impresor Julio Ascencios E.

Sirena, P. (2006). Effetti e Vincolo. En V. Roppo (ed.), *Trattato del Contratto* (vol. 3). Giuffrè.

Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria. (2020). *Contrato para Servicio de Consultoría, N.º 02-2020-SUNAT-MSI derivado del proceso SPI N.º 001-2019-SUNAT/BID, Servicio de desarrollo, pruebas y puesta en producción del Sistema de Cuenta Única de Contribuyente - MVP1 y MVP2*. https://objectstorage.us-ashburn-1.oraclecloud.com/p/Dzntd99-p_tkMvf4fBb84XnTuATEnKSVs5kmqURV5UKjaREd6MlLfIx6a30XDwUP/n/axx9tnhijsfw/b/BUCKET_PROD_SEACE/o/documentos/mon/docs/contratos/2020/203626/363958709062020161833.pdf

Tamani, C. (2022a). Definición. Comentario al art. 1440 C. C. En J. Espinoza (ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 9, pp. 752-778). Instituto Pacífico.

Tamani, C. (2022b). Definición. Comentario al art. 1444 C. C. En J. Espinoza (ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 9, pp. 785-788). Instituto Pacífico.

Trimarchi, P. (1991). Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis. *International Review of Law and Economics*, *11*(1), 63-82.

Venturelli, A. (2017a). Clausola di «forza maggiore». En Confortini, M., *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (t. 1). Milano.

Venturelli, A. (2017b). Clausola di «Hardship». En Confortini, M., *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (t. 1). Milano.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Caso Mineral Park Land Co. vs. Howard. Corte Suprema de California (12 de marzo de 1916).

Caso B's Company, Inc vs. B. P Barber & Associates, Inc. Cuarto Distrito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos (2 de febrero de 1968).

Caso Georgia Power Company vs. Cimarron Coal Corporation. Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos (9 de diciembre de 1975).

Caso Electricitè de France vs. Societé Shell Française. Court d'appel de Paris (28 de septiembre de 1976).

Caso Hancock Paper Company vs. Champion International Corporation. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Estado de Pensilvania (15 de noviembre de 1976).

Caso InterPetrol Bermuda Limited vs. Kaiser Aluminum International Corporation. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito (1 de noviembre de 1983, modificado el 27 de enero de 1984).

Caso Northern Illinois Gas Company (NI-Gas) vs. Energy Cooperative, Inc. (ECI). Tercer Distrito del Tribunal de Apelaciones de Illinois (27 de marzo de 1984).

Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito (23 de abril de 1984).

Caso Shell Oil Company y PPG Industries. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, E. D. Louisiana (18 de diciembre de 1989).

Caso Board of Supervisors vs. McMahon. Tercer Distrito de Apelaciones del Tribunal de Apelaciones de California (29 de marzo de 1990).

Caso KN Energy, Inc. vs. FreePort-McMoRan, Inc. Corte de Apelaciones del Décimo Circuito (19 de agosto de 1991).

Caso Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States. U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit (12 de octubre de 2002).

Caso Exelon Generation Co. LLC. vs. General Atomics Technologies Corp. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, ND Illinois, División Este (27 de marzo de 2008).

Caso Tandrin Aviation Holdings Limited vs. Aero Toy Store LLC. (ATS) e Insured Aircraft Title Service, Inc. Royal Courts of Justice (19 de enero de 2010).

Código Civil. Decreto Legislativo n.º 295 (24 de julio de 1984).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1 de enero de 1988). https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf

Energy Policy and Conservation Act. *United States Statutes at Large (89 Stat. 871)* (1975). https://www.congress.gov/bill/94th-congress/senate-bill/622/text

Internacional Chamber of Commerce Force Majeure and Hardship Clauses. (2020). ICC *Force Majeure Clause («Clause») (Long Form)*. https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf

Laudo arbitral. Cámara de Comercio Internacional (17 de enero de 2014).

Laudo arbitral. Pontificia Universidad Católica del Perú (20 de noviembre de 2025).

Opinión n.º 20 del Consejo Asesor de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (5 de febrero de 2020).

Uniform Commercial Code (1952).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
El autor declara que realizó individualmente la búsqueda, la recopilación, el análisis, la interpretación crítica y reflexiva, y la redacción del contenido del presente trabajo.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial (IA) en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía del autor
Juan Alejandro Espinoza Espinoza es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es profesor principal de Derecho Civil en las universidades en mención. Ha laborado en entidades como Indecopi, donde ha sido vicepresidente del Tribunal de la Sala Especializada en Derecho del Consumidor; y Ositran, como presidente del Tribunal de Controversias, para luego desempeñarse como árbitro en la PUCP y en la CCL. Cuenta con una vasta investigación y producción jurídica como autor y director, muestra de ello es la quinta edición de *Introducción al Derecho Privado*, publicada en diciembre del año 2025.

Correspondencia
jaespino@pucp.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 199-213
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1536

Derecho y literatura: entre la superficie y la profundidad

Law and Literature: Between Surface and Depth

Direito e literatura: entre superfície e profundidade

Camilo Arancibia Hurtado
Universidad de Valparaíso
(Valparaíso, Chile)
Contacto: camilo.arancibia@uv.cl
https://orcid.org/0000-0001-7484-3068

RESUMEN

Dentro de los estudios de derecho y literatura hay una pregunta esencial que debe responder la teoría: ¿cuál es la relación entre uno y otra? En este texto se plantea que ambos poseen similitudes, pues se comportan como objetos del mundo, permanentes e inmortales, pero se diferencian en cuanto a las trayectorias que dibujan. ¿Hacia dónde se dirigen? Sobre la base de la teoría estética de Hannah Arendt y los comentarios de Johan van der Walt, se puede fundamentar que el derecho se dirige hacia la superficie y la literatura hacia lo profundo, esto es, hacia «el corazón humano», como señala Arendt. Ahora bien, la dialéctica entre uno y otro pone en tensión sus direcciones, lo cual puede ser aprovechado por el movimiento en comento.

Palabras clave: derecho; literatura; permanencia; superficie; profundidad.

ABSTRACT

Within the field of law and literature studies, there is an essential question that theory must answer: what is the relationship between law and literature? This paper argues that both share similarities, as they behave as objects of the world that are permanent and immortal, yet they differ in the trajectories they trace. Where do they lead? Based on Hannah Arendt's aesthetic theory and Johan van der Walt's commentaries, it can be argued that law moves toward the surface, while literature moves toward depth, that is, toward the "human heart," as Arendt puts it. The dialectic between the two creates tension between their respective directions, a phenomenon that can be fruitfully explored by the movement under discussion.

Keywords: law; literature; permanence; surface; depth.

RESUMO

Dentro dos estudos de direito e literatura, há uma questão essencial que a teoria deve responder: qual é a relação entre um e a outra? Neste texto, sustenta-se que ambos possuem semelhanças, pois se comportam como objetos do mundo, permanentes e imortais, mas se diferenciam quanto às trajetórias que percorrem. Para onde se dirigem? Com base na teoria estética de Hannah Arendt e nos comentários de Johan van der Walt, pode-se sustentar que o direito se dirige à superfície e a literatura à profundidade, isto é, ao «coração humano», conforme assinala Arendt. Por sua vez, a dialética entre um e outra tensiona suas respectivas direções, o que pode ser aproveitado pelo movimento em questão.

Palavras-chave: direito; literatura; permanência; superfície; profundidade.

Recibido: 13/1/2026 **Revisado:** 27/3/2026
Aceptado: 8/6/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN: EL VALOR ESTÉTICO DEL DERECHO

En su *Filosofía del derecho*, Gustav Radbruch titula uno de sus capítulos como «Estética del derecho». Allí señala que en «el alba de los pueblos», derecho, moral, religión y arte se encontraban mezclados, sin que se les considerara como autónomos unos respecto de otros (Radbruch, 1999, p. 136). Todo ello cambia con la modernidad, donde la diferenciación de las esferas hace que cada una de ellas pueda concebirse como independiente de las demás. De aquí colige Radbruch (1999) dos cosas: la primera, que de ahí viene esa enemistad natural entre el derecho y el arte, «tal como se manifiesta en numerosas expresiones de poetas sobre el derecho, y en la reiterada repugnancia de jóvenes artistas por la profesión jurídica» (p. 136). El caso emblemático es el de Kafka (2023), quien consideraba al derecho «como auténtico serrín, que además miles de mandíbulas habían masticado previamente» (p. 87). Pero la otra consecuencia, más relevante para nosotros, es que de esa separación entre derecho y arte «puede derivarse el valor estético específico del derecho» (Radbruch, 1999, p. 136). Digamos, lo distintivo del derecho estaría marcado por su alejamiento de lo que significa el arte. La pregunta entonces es ¿qué sería eso que lo distingue y que se manifiesta en dicho alejamiento[1]? Radbruch contempla el lenguaje jurídico con sus características de frialdad, aspereza y concisión. Esa es una manera de verlo, pero tomándonos de la reflexión del jurista alemán abordaremos la cuestión desde otro punto de vista. A partir de ese alejamiento entre una esfera y otra nos preguntaremos hacia dónde se dirigen. Cuando una y otra se despegan, ¿a dónde va el derecho?, ¿a dónde va el arte? La respuesta a estas interrogantes puede abarcar al lenguaje, desde luego, pero más importante es saber cuál es su rumbo. Lo relativo a la obediencia del derecho puede ser un punto de inicio de la reflexión.

Para discurrir sobre ello nos valdremos de las ideas de la filósofa Hannah Arendt sobre fenomenología, estética y literatura, y de Johan van der Walt, comentador de su obra.

---

1 Como se sabe, hay una corriente que distingue entre derecho en la literatura y derecho como literatura. Un comentario crítico a esas categorías en Weisberg (2016). La aproximación que hacemos acá propone una nueva relación.

2. ARTE Y DERECHO PARA HANNAH ARENDT: UNA ESTÉTICA DE LA PERMANENCIA

Hannah Arendt se vale de la literatura para ilustrar ciertas ideas. Así, por ejemplo, la del paria judío es vista a través de la obra de Proust, o la de la revolución, en los libros de Melville. Birulés y Fuster (2014) señalan que el arte le añade profundidad y concreción a su análisis (p. 17). Pero además de lo anterior, la escritura de ensayos de Arendt tomó la forma narrativa para contar los horrores del totalitarismo. Ella le llamó su «old-fashioned story-telling» (Arendt, 1962, p. 10). Por último, y más en general, la dimensión estética es central para su reflexión. Su teoría sobre la acción se cimenta sobre las intersecciones entre el fenómeno estético y el político. Veamos en qué consiste.

Es verdad que nuestra filósofa no elabora una sistemática sobre el arte, pero sí ahonda en una teoría fenomenológica que relaciona arte, *vita activa* y temporalidad. Dicha teoría se encuentra expuesta principalmente en *La condición humana* de 1958 y en el ensayo «La crisis en la cultura: su significado político y social» de 1960. El concepto primigenio para Arendt es el de nacimiento ligado al de mundo. Llegamos a este mundo y nos vamos de él, por lo que lo permanente no es el ser humano sino ese espacio que crea en su corta vida. Es allí donde se generan las actividades que luego serán traspasadas a la siguiente generación. A partir del mundo, por ejemplo, podemos pensar en una civilización, esto es, ese conjunto de costumbres, ideas, cultura y conocimientos a los cuales los seres humanos damos forma y que nos sobrevivirán una vez que hayamos partido del planeta. Ahora bien, por lo mismo, el ser humano crea actividades, instituciones y objetos que le permitan trascender su existencia. Dentro de estas actividades e instituciones permanentes encontramos la política, la historia, la filosofía y el arte. Arendt (2021) pone especial atención al objeto cultural denominado obra de arte (p. 30). Lo hace pues ellos son permanentes y mundanos, convirtiéndose así en testigos privilegiados de la civilización, hallándose en ellos «el testimonio duradero del espíritu que las animó» (Arendt, 2019a, p. 308). El ser humano trae a la materialidad del mundo una obra que nace de él, pero se independiza para poder ser apreciada por los demás.

El lugar donde se concretan las obras de arte es en los libros, los cuadros, los discos, las películas, todos objetos materiales que, al no ser destinados al consumo, perviven para las generaciones actuales y las que vendrán. Dice Arendt (2019b) que es como si la estabilidad mundana se hubiera hecho transparente en la permanencia del arte, o sea, que de manos mortales ha salido algo inmortal, «para brillar y ser visto, para resonar y ser oído, para hablar y ser leído» (p. 185). Esta misma característica de permanencia e inmortalidad se puede apreciar en las observaciones que Arendt vierte sobre el derecho, arista de su obra que no ha sido suficientemente investigada.

En el 2012 se publicó el libro *Hannah Arendt and the Law*, donde se examina la obra de Arendt a propósito del concepto de derecho que se traslucía en sus publicaciones, el constitucionalismo, el derecho internacional y el derecho a tener derechos. En el prefacio de esta obra Richard Bernstein (2012) señala que el derecho siempre ha sido un tema para Arendt y por eso le llama la atención que no haya sido foco de atención por parte de la academia (p. vi). Dice que el derecho es igualmente importante en su análisis de la polis en *La condición humana*, porque el fenómeno jurídico, en condiciones prepolíticas, da vida al espacio de aparición en el que tiene lugar la acción política, o sea, establece los límites dentro de los cuales se moverá la segunda. Arendt (2019b) allí resalta que la ley siempre se identificó con una «línea fronteriza» (p. 71). Esto porque la idea que tenemos de la ley como actividad legisladora es moderna y se la debemos fundamentalmente a la «filosofía política de Kant» (Arendt, 2019b, p. 71), pero esta primera forma, una verdadera muralla premoderna, no dotaba de contenido político al espacio público, sino que protegía lo que ocurría en su interior. Arendt (2019b) señala que, sin ese muro, «la esfera pública pudiera no tener más existencia que la de una propiedad sin valla circundante» (p. 71). Por esto mismo Arendt no le concede relevancia, más que histórica, a la ley griega, porque lo interesante allí es cómo se desenvuelve la acción en lo público, más que las paredes dentro de las cuales se manifiesta. De hecho, siempre destacará la capacidad fundadora del derecho romano frente a la fragilidad normativa de los griegos (Arendt, 2007). Ello cambiará con la modernidad porque esa ley se fundará justamente en el espacio público,

visto como el lugar donde se expresa la soberanía popular. En la modernidad la ley no será un muro que contenga un espacio, sino que surgirá de ese mismo espacio.

Con todo, Arendt trae a colación esa forma primigenia de ley en algunos breves momentos de *La condición humana*. Lo hace para explicar lo que ella entiende por esfera privada. Haciendo la analogía con las casas es que nuestra autora llega a la concepción de la ley. En la idea de Arendt (2019b) lo privado «acoge las cosas ocultas a los ojos humanos e impenetrables al conocimiento humano» (pp. 70-71). Traza una línea demarcatoria entre lo privado y lo público que se ve separado por la ley, ese muro, esa línea fronteriza. Por un lado, la casa y sus misterios; fuera de ella, el espacio público. Si bien es cierto que esta férrea división entre lo privado y lo público ha sido puesta en tensión (parte de ella se puede apreciar en la crítica de Fraser a la noción habermasiana de espacio público), no deja de tener sentido todavía. En este trabajo puede servir para señalar el valor estético específico del derecho cuando se ha despegado del arte. Para ello recurriremos al estudio de Johan van der Walt «Law and the Space of Appearance in Arendt's Thought».

3. LOS CAMINOS DEL DERECHO Y EL ARTE: LA TENSIÓN ENTRE LA SUPERFICIE Y LA PROFUNDIDAD

Este autor parte su análisis con una cita de Arendt de *La condición humana* referida a la diferencia que media entre lo público y lo privado. La cita se encuentra inserta específicamente a propósito del auge de lo social y cómo ello afectó a lo privado. Vale la pena explicar esto antes de comentarla. Dice Arendt (2019b) que cuando la sociedad entró por vez primera en la esfera pública «adoptó el disfraz de una organización de propietarios» (p. 73). Esta sociedad no pidió acceder a la esfera pública debido a su riqueza, sino con el ánimo de proteger la acumulación de riqueza. Se trata de los propietarios que Habermas (2002), en su conocido estudio sobre la opinión pública, señala como fundadores de la esfera pública, pero acá vistos solo como dueños, dominadores de la propiedad. Pues bien, ellos, dice Arendt (2019b), en su acumulación de cosas privadas «que por esencia son mucho menos permanentes y

mucho más vulnerables a la mortalidad de sus dueños que el mundo común», comenzaron a socavar la durabilidad del mundo (p. 74). De esta manera la riqueza se privatizó y ya no se pudo hablar de riqueza común. Muy por el contrario, la riqueza se asimiló con la propiedad, la cual se localizó en la propia persona. Con ello se puso en peligro la esfera privada. Ahora bien, para darnos cuenta, dice Arendt, de la amenaza que consiste en sustituir a la esfera privada por lo íntimo, hay que considerar algunos rasgos no privativos de lo privado, donde se encuentra la cita que toma Johan van der Walt para abrir su estudio. Arendt señala que una característica sobresaliente y no privativa de lo privado es que las paredes de las casas donde vivimos, de nuestra propiedad, ofrecen el único lugar seguro y oculto del mundo público, en el sentido de que estamos a salvo de ser vistos y oídos por otros. En una palabra, de ser percibidos por otros. Y acá es cuando dice:

> Una vida que transcurre en público, en presencia de otros, se hace superficial. Si bien retiene su visibilidad, pierde la cualidad de surgir a la vista desde algún lugar más oscuro, que ha de permanecer oculto para no perder su profundidad en un sentido muy real y no subjetivo. (Arendt, 2019b, pp. 76-77)

De esta manera, la propiedad tiene el sentido de protegernos del escrutinio público y por ello la transgresión del límite entre lo privado y lo público que causa el auge de lo social es peligrosa. Ahora bien, la cita de Arendt posee muchos elementos enigmáticos. Si bien sirve para explicar la diferencia entre el espacio privado y el público, deja un reguero de preguntas. ¿Qué significa una vida vivida en público?, ¿por qué esa vida sería superficial?, ¿qué significa superficial acá?, ¿es superficial sinónimo de vano, de externo o de aparente?, ¿qué quiere decir Arendt con oscuridad, profundidad? Como se puede apreciar, varias son las interrogantes que detona la cita. En relación con ellas se pronuncia Johan van der Walt.

Una vez que ha abierto su ensayo con dicha cita, este autor cifra el objetivo de su trabajo en establecer, a partir de este fragmento, una fenomenología del derecho en la obra de Arendt (Van der Walt, 2012, p. 63). Para ello Van der Walt parte por exponer la teoría de las apariencias.

Ella consiste en que solo lo que aparece puede ser percibido por los demás, pues el interior del ser humano es un lugar confuso y que llama a engaño. Solo lo que aparece, entonces, tiene realidad. Lo que no hace su aparición en público no existe. Para saber la verdad interior del ser humano y la verdad en general, dice el autor que venimos siguiendo, habría que creer en un Dios omnisciente (Van der Walt, 2012, p. 68), pero la fenomenología no juega a ser Dios. La verdad, las verdades, las razones para ellas aparecen en la esfera pública y es ahí donde se prueban. Lo contrario, o sea, hacer aparecer la verdad como única e incontestable recuerda a las máximas de la Revolución francesa tratadas por Arendt en *Sobre la revolución* de 1963. Allí la autora pasa revista al terror que se impuso por Robespierre, que identificó la virtud con las cualidades del corazón, por lo cual empezaron a ver «la intriga y la calumnia, el engaño y la hipocresía por todas partes» (Arendt, 2019c, p. 152). Si el corazón es la fuente de la virtud política, entonces la investigación que se cierne sobre el ser humano para saber si cumple o no con la máxima, es indudablemente injusta. Arendt pone un ejemplo de esa injusticia. Dice que el corazón conoce muchas luchas para dilucidar lo correcto de lo incorrecto, pero aquello que puede parecer recto mientras permanecía oculto «puede parecer deshonesto una vez que se descubre» (Arendt, 2019c, p. 153). ¿Por qué desconfiaba Robespierre de los demás? Porque sospechaba de sí mismo, como todos nosotros también albergamos una cuota de oscuridad que no queremos que salga a la luz. Por esto es por lo que, en este punto, Arendt se emparenta con Kant y su idea del derecho. Pensemos: en la modernidad, ¿cómo pasamos la prueba de obediencia de las leyes? No por una motivación íntima, un estar de acuerdo completamente con lo que señala el derecho, sino con algo que requiere menos compromiso, pero es más fuerte: actuando conforme a él, o sea, cumpliendo con lo que Kant llama la mera legalidad. No una investigación sobre nuestro interior, pues eso nos llevaría a la confusión, sino una conducta, un aparecer, conforme a la ley. Como dice Arendt (2019c) para cerrar: «En la esfera de los asuntos humanos, ser y apariencia son la misma cosa» (p. 155). Si todo lo anterior es así, ¿qué rol cumplen derecho por un lado y arte por otro? Acá es donde lo superficial y lo profundo encuentran explicación.

Vamos a tomar el par «superficialidad/profundidad» en su sentido fenomenológico y lo aplicaremos a la literatura. Para ello nos valdremos de un estudio de Van der Walt sobre Arendt. Este autor señala que ambos, derecho y literatura, provienen de un núcleo común, pero que luego se escinden en direcciones completamente opuestas. Ese núcleo común es el espacio de aparición que puede ser pensado como el espacio público (Van der Walt, 2012, p. 72). Como veíamos antes, los seres humanos fundamos instituciones, buscamos la permanencia a través de diferentes objetos. Esto lo hacemos para encontrar estabilidad en un mundo que nos es dado sin esa característica. Donde la contingencia es la ley, el ser humano debe dotarse de medios para su control y examen. Aquí es donde aparecen el arte y el derecho, portadores ambos de esa idea de durabilidad. No otra cosa es la alabanza que hace Arendt del derecho romano o de la revolución en Estados Unidos, frente a la Revolución francesa y, por otro lado, el arte como testigo de la quintaesencia de una época. Siendo así, no existe una diferencia en cuanto a su permanencia, pues ambas admiten esa característica como decíamos antes. La diferencia tiene que estar, si recordamos a Radbruch, en el desapego de una y otra como síntoma de la diferencia. Así las cosas, derecho y literatura se encuentran en el espacio de aparición, pero toman direcciones diferentes. En el mismo ejemplo de Arendt que veíamos con anterioridad, aquel del corazón como fuente de la virtud política, si el derecho no se puede dirigir hacia el corazón humano, ¿qué puede dirigirse hacia él? Y si es así, ¿hacia dónde se dirige el derecho entonces? Analicemos lo primero. Arendt, como hemos dicho, utiliza la literatura en diversos pasajes de su extensa obra. Uno de ellos es cuando se refiere al terror de la Revolución francesa. Señala que no son, en general, los teóricos de dicha revolución los que han ponderado de mejor forma los desastres de la bondad estatuida como virtud política, sino Melville en *Billy Bud* (1924) y Dostoievski cuando hace hablar al «Gran inquisidor» en *Los hermanos Karamazov* (1880). Es en esas obras donde la bondad, la virtud del ser humano, se pone a prueba y se somete a investigación. Dice Arendt (2019c): «Si queremos saber lo que haya podido significar la bondad absoluta en el curso de los asuntos humanos… lo mejor que podemos hacer es volvernos a los poetas…» (p. 130). Aquí podemos observar el rumbo que toma la

literatura. Esta se dirige hacia el centro del corazón humano, pues allí es donde se entabla ese combate interior que la literatura puede ayudar a exponer. Es la literatura como pregunta más que como respuesta. Arendt (2019c) cita a Melville, quien señalaba que el escritor recrea en verso las exaltaciones del sentimiento que un ser humano como Nelson «vivifica en actos» (p. 130). La lectura permite pensar, sustituir acciones políticas por acciones literarias, en definitiva, auscultar una determinada situación. Ello posibilita, en última instancia, modificar ciertas relaciones que se producen en la realidad. Sobre esto Jacques Rancière señala que la ficción es un modo de enlace que utiliza modelos de racionalidad para ligar un acontecimiento a otro y darle un sentido a este vínculo. Dice: «En este sentido, la acción política y la ciencia social utilizan ficciones tanto como los novelistas o los cineastas» (Rancière, 2014, p. 25). Esto es efectivo tanto en la literatura como en el derecho. Pensemos en cómo se presenta la forma más grave de infidelidad en el matrimonio heterosexual regulado por el derecho chileno: como un sostener relaciones sexuales con alguien que no es el cónyuge. El modelo de racionalidad que está actuando detrás de esta norma es uno que supone que la relación sexual es el acto de consolidación más importante de una pareja, por ende, si él se produce con otro, entonces ello significa que se ha quebrado totalmente la fe de los cónyuges. Esto supone que las relaciones son monógamas y que por ende la norma no solo castiga la relación sexual con otro, sino que, a su vez, expresa su conformidad con este tipo de uniones afectivas versus otras posibles. Pues bien, el cuento de Patricio Pron, «Los exploradores del abismo», donde un matrimonio heterosexual consiente en que la mujer tenga relaciones sexuales con otros hombres, propone otro modelo de racionalidad, uno en el que pareciera que la fidelidad no se juega en el acto carnal de la relación sexual, sino que lo encontramos mucho antes, en el consentimiento mutuo de los cónyuges que deciden soberanamente experimentar su sexualidad de esa manera.

Volviendo a Arendt, si la literatura nos permite imaginar otros escenarios, entonces ella puede ponderar lo que ocurre al interior del corazón humano de mejor forma que otras disciplinas. Su grado de escrutinio es mayor y más denso. Pero esto que podemos decir de la literatura como navío que se dirige hacia lo profundo del corazón

humano, hacia el corazón de las tinieblas de Conrad, no podemos decirlo del derecho. O lo podemos decir, pero de otra manera.

Si confrontamos las características que acabamos de asignarle a la literatura con el derecho, pareciera que este último habría que señalarlo como «superficial». Dice Van der Walt (2012) que, si fuera así, entonces el derecho sería para Arendt un aspecto de la vida pública que no proviene de ninguna oscuridad, como sí lo hace la literatura (p. 72). El derecho, parafraseando la cita de Arendt con que abre su estudio Van der Walt, siempre habría estado expuesto y, por ende, en ese sentido, sería superficial. En este punto podríamos decir que ese derecho, visto así, se parece al derecho que se estudia bajo la concepción formalista. Se trataría de un derecho meramente formal, pura cáscara superficial, «una suerte de culto a la forma por la forma misma» (Atria, 2016, p. 238). Legalismo puro y duro. Como señala Atienza, el formalismo arranca del positivismo jurídico que sería, en su tesis mínima, aquella teoría que señala que derecho es únicamente el derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos vigentes en cuanto fenómenos sociales que varían históricamente, independiente de la justicia o injusticia de ese derecho (Atienza, 2018, p. 113). Pero ello no es así. Efectivamente la comprensión fenomenológica de la relación derecho y literatura hace que se escindan en diferentes direcciones, una hacia los secretos oscuros, únicos, íntimos, e incomunicables del corazón humano y el otro en la necesidad de transparencia y normas de entendimiento común, pero antes de la separación compartieron un mismo lugar, unas mismas inquietudes. Lo que ocurre es que luego uno pasa a ser norma y el otro no. Por más que en la esfera pública existieran diferentes novelas o relatos referidos a las diversas formas de relación que puede haber entre dos personas adultas, la reglamentación del deber de fidelidad en el matrimonio heterosexual es el que consta en el Código Civil y no otra variante. Pero ambos provienen del mismo fondo de aparición: la esfera pública. Luego, la literatura no puede dejar de preguntarse por su origen y vuelve a él, a esa oscuridad, pero el derecho, por definición, debe ser claro y, por ende, debe deshacerse de sus orígenes para adquirir esa claridad. De esa manera puede ser reclamado como artificial y no partisano, o sea como uno para todos y no solo el derecho de unos pocos. De esta manera su

característica de generalidad puede abarcar a la sociedad toda. Para ello debe desprenderse de su origen conflictivo, de esa mezcla donde conviven todas las ideas, las emociones y las razones. Con todo, y esto es lo que enhebra derecho y literatura, el primero siempre mantiene su marca existencial de origen. Pese a que niega y se resiste a sus sombras, no puede apartarlas. Por lo tanto, el derecho aparece, surge de la oscuridad y no es superficial sino profundo por la misma razón de su constante negación de la profundidad, por la misma razón de su insistencia en avanzar hacia la luz y volverse completamente iluminado, completamente transparente y, por tanto, aparentemente superficial (Van der Walt, 2012, pp. 78-79). El derecho, así mirado, es tan profundo como la literatura, solo que de manera diferente, negativa o inversamente. Como sea, allí donde el derecho trae una verdad, la literatura se zambulle por el camino inverso y se replantea su carácter de tal. Ese es el mecanismo que se produce, la dialéctica fenomenológica.

4. CONCLUSIÓN

Al finalizar el capítulo sobre «Estética del derecho», Radbruch (1999) señala:

> A nosotros los juristas se nos ha impuesto la más difícil de las tareas: tener fe en la profesión de nuestra vida y, al mismo tiempo, dudar de ella continuamente en alguna de las capas más profundas de nuestro ser. (p. 139)

Esta aseveración la hace para respaldar la idea de que el abogado debe siempre ejercer el pensamiento crítico respecto de su labor y del mundo donde este se inserta. El cambio biográfico que supuso la Segunda Guerra Mundial para este autor es prueba de ello. Si, por nuestra parte, intentamos hacer carne esta idea, el par derecho y literatura puede sugerir interesantes caminos. Ahora bien, para dicho fin no es necesario acabar con el derecho tal y como lo conocemos, sino que se hace relevante poder observar los puntos de unión entre una y otra disciplina. El espacio de aparición arendtiano, el espacio público habermasiano, pueden ser ese

lugar donde se reúnen derecho y literatura. Ambos parecen provenir de una misma manifestación que se bifurca en algún punto. Ambos son productos culturales cuyas características de permanencia y perdurabilidad los hermanan en la vida de las sociedades. ¿Qué diferencia habría entre un Código y una novela? Puestos así, lado a lado, ninguna. Pero sabemos que ello no es verdad. Salvo don Quijote o Madame Bovary, nadie seguiría las normas de una novela para crear su vida. O por lo menos, para saber los límites de esta. Así las cosas, la diferencia debe encontrarse en algún punto. Y es aquí donde las reflexiones de Arendt, comentadas por Johan van der Walt, cobran importancia. Esto es así porque lo que distingue a una disciplina de otra, entre otras cosas, es la dirección con que continúan su trayectoria una vez se han separado. Esto es fundamental para entender los derroteros de una y otra y así establecer sus puentes y también sus abismos. En ese sentido, y para poder calibrar la cuestión, Arendt la centra en el corazón humano. ¿Quién puede llegar a él? Las buenas intenciones de la política cristalizadas en el derecho parecen ser el terreno natural para la expedición, pero Arendt observa que esto ya ha tenido lugar en la historia. El caso de la Revolución francesa con su épica buenista terminó en el terror de la tragedia. Siendo así las cosas, Arendt fija su mirada en el camino que realiza el arte, en concreto, la literatura. Aquí sí existe una posibilidad de escrutar el corazón humano, pues en vez de prescribirlo, el buen arte lo investiga y lo deja aflorar, con su mezcla de bondad y maldad. ¿Podría el derecho hacer algo semejante? Parece inviable y contrario a sus fines. Al revés, es en la literatura donde los tipos sociales más diversos pueden expresarse y tomar protagonismo. De esta forma, allí donde la literatura va hacia la profundidad del corazón humano, el derecho recorre la trayectoria contraria, hacia la superficie, que ya vimos es un concepto en tensión.

Ahora bien, mirado así, esto implicaría que no existiría ninguna conexión entre las disciplinas, pero ello no es cierto, pues el derecho no puede desprenderse totalmente de su origen confuso, tenebroso, donde las tinieblas del corazón humano reinan. Lo que sucede es que el espejo que trae dichas imágenes de la oscuridad se llama literatura, y el derecho, con sus características de prístino, transparente e iluminado, no puede

dejar de sentir esa sombra que cada tanto lo acecha. En esa sombra está cifrado el pasado y el futuro del derecho.

REFERENCIAS

Arendt, H. (1962). Action and the «Pursuit of Happiness». En A. Dempf, H. Arendt y F. Engel-Janosi, *Politische Ordnung und menschliche Existenz* (pp. 1-16). Beck.

Arendt, H. (2007). The Great Tradition: I. Law and Power. *Social Research: An International Quarterly*, *73*(3), 713-726. https://dx.doi.org/10.1353/sor.2007.0004

Arendt, H. (2019a). *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política.* Austral.

Arendt, H. (2019b). *La condición humana*. Paidós.

Arendt, H. (2019c). *Sobre la revolución*. Alianza.

Arendt, H. (2021). *Pensamiento y poesía* (G. Bosch, ed.). Instituto Juan Andrés de Comparatística y Globalización.

Atienza, M. (2018). *El sentido del derecho*. Ariel Derecho.

Atria, F. (2016). *La forma del derecho.* Marcial Pons.

Bernstein, R. (2012). Foreword. En M. Goldoni y C. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. V-VII). Hart Publishing.

Birulés, F., y Fuster, Á. (2014). *Más allá de la filosofía. Escritos sobre cultura, arte y literatura*. Trotta.

Habermas, J. (2002). *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Gustavo Gili.

Kafka, F. (2023). *Carta al padre.* Penguin Random House.

Radbruch, G. (1999). *Filosofía del derecho.* Comares.

Rancière, J. (2014). Política de la ficción. *Revista de la Academia*, (18), 25-36.

Van der Walt, J. (2012). Law and the Space of Appearance in Arendt's Thought. En M. Goldoni y C. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. 63-88). Hart Publishing.

Weisberg, R. (2016) What Remains «Real» About the Law and Literature Movement?: A Global Appraisal. *Journal of Legal Education*, *66*(1), 37-43. https://www.jstor.org/stable/26402417

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Concepción del trabajo, redacción, revisión crítica, aprobación final de la versión que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía del autor
Camilo Arancibia es abogado, profesor de Derecho Civil e integrante del Departamento de Ciencias Generales del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Doctor en Filosofía por la Universitat Autònoma de Barcelona. Magíster en Derecho por la Universidad de Chile y máster en Literatura Comparada: Estudios Literarios y Culturales por la Universitat Autònoma de Barcelona. Es fundador del Seminario de Derecho y Cultura, entidad que se dedica a estrechar los lazos interdisciplinarios entre ambas ramas. Es miembro del «Grupo de Innovación Docente en Arte, Lingua e Dereito», de la Universidad Santiago de Compostela, y del «Grupo de Investigación Intertextos entre el Derecho y la Literatura», de la Universidad San Francisco de Quito. Posee varios artículos académicos en derecho civil, enseñanza del derecho y derecho y literatura, y ha sido editor de diversos libros.

Correspondencia
camilo.arancibia@uv.cl

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 215-250
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1628

El impacto de las Reglas de Brasilia en la interpretación judicial de la Corte Suprema

The Impact of the Brasilia Rules on Judicial Interpretation by the Supreme Court

O impacto das Regras de Brasília na interpretação judicial da Suprema Corte

WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA
Universidad Privada del Norte
(Lima, Perú)
Contacto: william.fernandez@upn.pe
https://orcid.org/0000-0003-4296-0467

RESUMEN

El presente ensayo analiza el impacto de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana —en adelante, Reglas de Brasilia—, en la interpretación judicial desarrollada por la Corte Suprema del Perú. A partir de la revisión de diversas decisiones emitidas entre 2016 y 2026, se examina la manera en que dicho instrumento ha sido incorporado progresivamente como criterio interpretativo en el razonamiento judicial. La investigación parte de la premisa de que, si bien las Reglas de Brasilia no poseen fuerza normativa vinculante en sentido estricto, su contenido ha sido asumido por la judicatura como un referente relevante para orientar la interpretación de las normas en aquellos casos en los que intervienen personas o grupos vulnerables.

Palabras clave: acceso a la justicia; Corte Suprema de Justicia; derechos humanos; población vulnerable; Reglas de Brasilia.

ABSTRACT

This essay analyzes the impact of the Brasilia Rules on Access to Justice for Persons in Vulnerable Conditions, adopted within the framework of the Ibero-American Judicial Summit—hereinafter referred to as the Brasilia Rules—on the judicial interpretation developed by the Supreme Court of Peru. Based on a review of various decisions issued between 2016 and 2026, the study examines how this instrument has progressively been incorporated as an interpretative criterion in judicial reasoning. The research starts from the premise that, although the Brasilia Rules do not possess strictly binding normative force, their content has been embraced by the judiciary as a significant reference for guiding the interpretation of legal norms in cases involving vulnerable individuals or groups.

Keywords: access to justice; Supreme Court of Justice; human rights; vulnerable population; Brasilia Rules.

RESUMO

O presente ensaio analisa o impacto das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, aprovadas no âmbito da Cúpula Judicial Ibero-Americana — doravante denominadas Regras de Brasília —, na interpretação judicial desenvolvida pela Suprema Corte do Peru. A partir da revisão de diversas decisões proferidas entre 2016 e 2026, examina-se a maneira pela qual esse instrumento vem sendo progressivamente incorporado como critério interpretativo no raciocínio judicial. A pesquisa parte da premissa de que, embora as Regras de Brasília não possuam força normativa vinculante em sentido estrito, seu conteúdo tem sido assumido pela magistratura como um importante referencial para orientar a interpretação das normas nos casos em que estejam envolvidas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: acesso à justiça; Suprema Corte de Justiça; direitos humanos; população em situação de vulnerabilidade; Regras de Brasília.

Recibido: 11/3/2026 **Revisado:** 23/3/2026
Aceptado: 22/5/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

La noción de justicia suele asociarse con la idea de igualdad (Perelman, 1964). Asimismo, la justicia puede entenderse como una de las virtudes fundamentales de las instituciones sociales (Rawls, 2003, p. 130). Históricamente, este concepto ha estado vinculado a la aspiración de construir sociedades en las que las personas sean tratadas con equidad y dignidad, evitando privilegios arbitrarios y garantizando condiciones básicas de igualdad. Sin embargo, en la práctica, la igualdad formal reconocida por las normas jurídicas no siempre se traduce en una igualdad real en el acceso a los derechos, especialmente cuando existen profundas desigualdades estructurales.

La sociedad contemporánea se caracteriza por importantes niveles de fragmentación social. Diferencias naturales entre las personas —como la etnia, la edad, la lengua o el sexo— han sido utilizadas para justificar desigualdades económicas, educativas y sociales que reproducen estructuras jerárquicas y discriminatorias. Estas desigualdades no solo se reflejan en la distribución de recursos materiales, sino también en el acceso a oportunidades, servicios públicos y en la participación efectiva en las instituciones del Estado (Gómez, 2009). En este contexto, ciertos grupos sociales enfrentan mayores obstáculos para ejercer plenamente sus derechos, lo que genera procesos de exclusión, estigmatización y marginación que también afectan el funcionamiento del sistema de justicia.

En muchos casos, el sistema judicial puede reproducir estas desigualdades cuando no toma en cuenta las condiciones particulares de quienes acuden a él. Barreras económicas, culturales, lingüísticas o

geográficas pueden impedir que determinadas personas accedan a una defensa adecuada o comprendan plenamente los procedimientos judiciales. En la XV Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, celebrada en Madrid en 2007, se advirtió que los sistemas de justicia de la región eran percibidos como deficientes en cuanto al trato igualitario hacia los usuarios. Por ello, la construcción de un sistema de justicia accesible, universal e igualitario se incorporó como una prioridad en la agenda judicial entre los países de la región (Gómez, 2009).

En este contexto surgen las Reglas de Brasilia, que reflejan la preocupación por garantizar que los sistemas judiciales funcionen como verdaderos instrumentos de protección de los derechos humanos, especialmente para los grupos más desfavorecidos. Este instrumento reconoce que la simple proclamación de derechos no es suficiente si no existen mecanismos institucionales que permitan su ejercicio efectivo. Por ello, se plantea que las leyes no deben limitarse a declaraciones formales, sino que los Estados y los sistemas judiciales deben garantizar una protección efectiva de los derechos, especialmente cuando se trata de personas que enfrentan mayores dificultades para ejercerlos (Ribotta, 2012).

Las Reglas de Brasilia se relacionan con importantes avances del derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, reconocen que el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva incluye el acceso a la justicia como una condición indispensable para la protección de los derechos. En segundo lugar, establecen que los Estados tienen la obligación de eliminar las barreras jurídicas, sociales, económicas y culturales que dificultan el ejercicio de los derechos humanos. Y, tercero, reconocen que muchos obstáculos para acceder a la justicia están vinculados a la pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad, lo que ha impulsado la adopción de instrumentos internacionales orientados a su protección especial (Andreu-Guzmán y Courtis, 2008, pp. 52-55).

En consecuencia, garantizar un acceso efectivo a la justicia requiere considerar las condiciones estructurales que afectan a las personas en situación de vulnerabilidad, incluyendo su capacidad para comprender, participar y tomar decisiones dentro del proceso judicial. El sistema

de justicia no debe limitarse a ofrecer procedimientos formales para la defensa de los derechos, sino que debe asegurar que las personas puedan utilizarlos en condiciones de igualdad. En este sentido, también tiene la obligación de garantizar que estas personas conozcan sus derechos y puedan ejercerlos plenamente, superando una visión meramente informativa y avanzando hacia la efectividad material de los derechos (Jerez y Castellanos, 2025, p. 67).

Las Reglas de Brasilia fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008 con el objetivo de fortalecer la protección de los derechos de las personas que enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia. Su finalidad principal es promover políticas públicas, reformas institucionales y acciones concretas que reduzcan las desigualdades sociales que limitan el acceso al sistema judicial. Posteriormente, fueron actualizadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana en 2018 para adecuarlas a los avances del derecho internacional y facilitar su aplicación en los países de la región, incorporando nuevas categorías de vulnerabilidad y reforzando la perspectiva de derechos humanos (Delgado, 2019).

Estas reglas buscan garantizar el acceso efectivo a la justicia sin discriminación, mediante la adopción de medidas que permitan el ejercicio pleno de los derechos humanos. Para ello, identifican diversas situaciones que pueden colocar a las personas en condición de vulnerabilidad. Se considera en esta situación a quienes, por razones de edad, discapacidad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia a comunidades indígenas o afrodescendientes, pobreza, migración, victimización o privación de libertad, enfrentan dificultades para ejercer plenamente sus derechos ante el sistema de justicia (reglas 1-4).

Aunque las Reglas de Brasilia constituyen un instrumento de *soft law*, es decir, normas de carácter no vinculante dentro del derecho internacional, su relevancia ha aumentado progresivamente en la interpretación y la aplicación del derecho por parte de los tribunales. El *soft law* incluye resoluciones, recomendaciones y estándares internacionales que, aunque no son obligatorios, orientan la actuación de los Estados y de los operadores jurídicos, contribuyendo al desarrollo del derecho internacional (Del Toro, 2006; López, 2012). En algunos

ordenamientos constitucionales incluso se reconoce la importancia de estos instrumentos como parte del proceso de incorporación de estándares internacionales en el derecho interno. De hecho, varias constituciones reconocen expresamente los principios del derecho internacional como fuentes relevantes para la interpretación jurídica (Fix-Zamudio, 1993, p. 234).

En el caso peruano, el Poder Judicial se adhirió a las Reglas de Brasilia mediante la Resolución n.º 266-2010-CE-PJ y posteriormente a su actualización a través de la Resolución n.º 000198-2020-CE-PJ, disponiendo su aplicación obligatoria por parte de todos los jueces y las juezas de las diversas especialidades y jerarquías del país. Esta incorporación institucional refleja el compromiso del sistema judicial con la promoción de una justicia inclusiva que tenga en cuenta las condiciones particulares de las personas.

En consecuencia, la Corte Suprema ha incorporado progresivamente estas reglas como criterios orientadores en la resolución de casos que involucran a personas vulnerables. De esta manera, el *soft law* se utiliza como una herramienta interpretativa que permite fortalecer la tutela jurisdiccional efectiva y garantizar el acceso a la justicia (Feler, 2015; Linares, 2025). Este proceso refleja una tendencia creciente en el derecho contemporáneo hacia la integración de estándares internacionales de derechos humanos en la argumentación judicial.

En ese sentido, la aplicación efectiva de las Reglas de Brasilia constituye un paso importante hacia la construcción de sistemas de justicia más inclusivos y sensibles a las desigualdades sociales. No basta con reconocer la existencia de situaciones de vulnerabilidad; es necesario que los operadores jurídicos adopten un enfoque diferencial que permita identificar y superar las barreras que enfrentan estas personas dentro del Poder Judicial. Solo de esta manera será posible garantizar un acceso real y efectivo a la justicia, en concordancia con los principios de igualdad, dignidad humana y protección de los derechos.

La metodología aplicada en el ensayo es de carácter cualitativo, documental y jurisprudencial, basada en la revisión analítica de decisiones emitidas por la Corte Suprema entre los años 2016 y 2026. El estudio tiene una muestra de diez sentencias, pues no pretende realizar

una medición estadística del uso de las Reglas de Brasilia, sino examinar cómo dicho instrumento ha sido incorporado en la motivación judicial como criterio interpretativo para resolver casos vinculados con personas en condición de vulnerabilidad. Las sentencias fueron seleccionadas por su relevancia temática, es decir, porque en ellas la Corte Suprema citó, aplicó o desarrolló criterios compatibles con las Reglas de Brasilia en materias como violencia contra niñas, niños y mujeres, derechos de personas adultas mayores, discapacidad, comunidades indígenas, procesos previsionales, tenencia, responsabilidad civil y accesibilidad del lenguaje judicial. De este modo, la selección respondió a un criterio de pertinencia jurídica y representatividad, pues las resoluciones analizadas permiten observar distintos niveles de incorporación de las reglas en el razonamiento judicial y en la protección reforzada de grupos vulnerables.

2. LAS REGLAS DE BRASILIA Y EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Los sistemas judiciales cumplen un papel fundamental en la protección efectiva de los derechos de las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En un Estado constitucional de derecho, la función jurisdiccional no se limita a resolver conflictos entre particulares, sino que constituye un mecanismo esencial para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, el reconocimiento formal de un derecho resulta insuficiente si su titular no puede acceder de manera real al sistema de justicia para obtener su protección. En este sentido, las necesidades de las personas vulnerables frente a la administración de justicia se relacionan tanto con la actuación de los operadores jurídicos —quienes deben promover una cultura jurídica sensible a sus derechos— como con la adecuación de la normativa vigente mediante reformas que respondan a dichas necesidades. Este diagnóstico constituye uno de los fundamentos que dieron origen a las Reglas de Brasilia (Martínez, 2022, p. 13).

En el ámbito del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran reconocidos en las constituciones modernas y en diversos

instrumentos internacionales. Estos principios constituyen pilares del sistema jurídico moderno, pues garantizan que todas las personas sean tratadas con igual dignidad y respeto por parte del Estado y de las instituciones públicas. Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que estos principios tienen carácter de *ius cogens*, es decir, normas imperativas del derecho internacional que obligan a todos los Estados (Pazmiño, 2011, p. 7). En consecuencia, el acceso a la justicia se configura como un principio rector del Estado de derecho y una condición esencial para la protección efectiva de los derechos humanos.

A pesar de los avances normativos y de la creciente incorporación de estándares internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales, en América Latina persisten diversas barreras estructurales —materiales, institucionales y culturales— que dificultan el ejercicio efectivo de los derechos por parte de grupos en situación de vulnerabilidad. Estas barreras pueden manifestarse en la falta de recursos económicos para afrontar los costos de un proceso judicial, en la ausencia de servicios de asesoría jurídica adecuados, en dificultades lingüísticas o culturales o en la existencia de prejuicios y prácticas discriminatorias dentro de las propias instituciones del sistema de justicia. Como resultado, amplios sectores de la población continúan enfrentando obstáculos importantes para acceder a mecanismos eficaces de protección judicial, lo que contribuye a reproducir situaciones de exclusión social y desigualdad. Frente a esta realidad, las Reglas de Brasilia se presentan como un instrumento orientado a promover medidas concretas que permitan superar estos obstáculos y garantizar un acceso más equitativo a la justicia (Ullauri, 2025).

Desde una perspectiva doctrinal, el acceso a la justicia es considerado un derecho humano esencial y un principio estructural del Estado de derecho. Este derecho no se limita a la posibilidad formal de acudir ante un órgano jurisdiccional, sino que implica asegurar condiciones reales de igualdad durante el proceso, incluyendo el respeto del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la ejecución de las decisiones judiciales. Sin mecanismos efectivos de protección judicial, los demás derechos fundamentales perderían eficacia práctica, ya que no existirían instrumentos adecuados para exigir su cumplimiento frente a posibles

vulneraciones (Alcívar et al., 2026). En este contexto, instrumentos como las Reglas de Brasilia constituyen herramientas relevantes para orientar el diseño de políticas públicas destinadas a eliminar las barreras que enfrentan las personas en situación de vulnerabilidad dentro del sistema de justicia (Reca, 2021).

Las reglas identifican diversos grupos que pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad frente al sistema de justicia, reconociendo que las desigualdades sociales, económicas y culturales pueden afectar de manera diferenciada el ejercicio de los derechos. Entre ellos se encuentran niños, niñas y adolescentes, quienes requieren una protección especial basada en el principio del interés superior del niño y en su reconocimiento como sujetos de derecho con autonomía progresiva (Regla 5; Pérez, 2024). Este enfoque implica que los procesos judiciales en los que participen personas menores de edad deben adaptarse a sus necesidades y capacidades, garantizando su participación efectiva y evitando situaciones que puedan afectar su desarrollo integral. La infancia constituye una etapa fundamental del desarrollo humano, por lo que los Estados deben garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y adoptar medidas específicas para protegerlos frente a situaciones de riesgo o vulneración (Salierno, 2021).

De igual manera, el envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando las personas adultas mayores enfrentan barreras sociales, económicas o funcionales que dificultan el ejercicio de sus derechos ante el sistema de justicia (Regla 6). Factores como la dependencia económica, las limitaciones físicas o cognitivas o la falta de redes de apoyo pueden generar situaciones de especial desprotección que requieren la intervención del Estado. En este contexto, el acceso a la justicia forma parte del denominado derecho de la vejez, orientado a garantizar la dignidad, la igualdad y la no discriminación de las personas mayores, reconociendo su derecho a participar plenamente en la vida social y a ejercer sus derechos sin obstáculos indebidos (Dabove, 2022, p. 66).

Asimismo, las personas con discapacidad pueden enfrentar limitaciones derivadas de la interacción entre sus condiciones físicas, sensoriales o intelectuales y las barreras presentes en el entorno social. Desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad, estas limitaciones

no deben entenderse únicamente como una condición individual, sino como el resultado de estructuras sociales que no garantizan la inclusión plena de todas las personas. Por ello, los sistemas judiciales deben adoptar medidas de accesibilidad que aseguren la igualdad de trato, la comunicación efectiva y la participación plena en los procesos judiciales (Reglas 7 y 8). Estas medidas incluyen, entre otras, la disponibilidad de intérpretes, el uso de formatos accesibles de información y la eliminación de barreras físicas o tecnológicas en las instituciones judiciales (Fernández, 2024; Krikorian et al., 2025).

Las Reglas de Brasilia también reconocen la situación de vulnerabilidad de las personas pertenecientes a comunidades indígenas, quienes pueden enfrentar barreras lingüísticas, culturales y socioeconómicas que dificultan su acceso a la justicia. En estos casos, el sistema judicial debe garantizar un trato respetuoso de su identidad cultural, idioma y tradiciones (Regla 9), adoptando medidas que aseguren su participación efectiva en los procesos judiciales. Ello incluye, por ejemplo, el uso de intérpretes en lenguas originarias, la consideración de sus prácticas culturales y el establecimiento de mecanismos que permitan un diálogo intercultural entre el sistema de justicia estatal y los sistemas normativos propios de estas comunidades (Maciel, 2023, p. 328). De manera similar, las comunidades afrodescendientes enfrentan barreras estructurales relacionadas con la discriminación racial y la exclusión social, lo que exige la adopción de políticas públicas orientadas a garantizar un acceso equitativo a la justicia (Vivas, 2025).

En el ámbito de la igualdad de género, las Reglas de Brasilia reconocen que las mujeres pueden enfrentar obstáculos adicionales para acceder a la justicia, especialmente cuando concurren otras causas de vulnerabilidad. La discriminación estructural, la violencia de género y las desigualdades económicas y sociales constituyen factores que limitan el ejercicio pleno de sus derechos. En este contexto, se considera discriminación contra la mujer toda distinción o restricción basada en el sexo que menoscabe el ejercicio de sus derechos, así como cualquier forma de violencia física, psicológica, sexual o patrimonial (Reglas 17, 18 y 19). Por ello, los operadores jurídicos deben adoptar una perspectiva de

género en la resolución de los casos y evitar la reproducción de brechas o situaciones de revictimización dentro del sistema judicial (Oviedo, 2022; Timaná y Vega, 2023).

Las Reglas de Brasilia también reconocen la vulnerabilidad derivada de la orientación sexual o identidad de género, señalando que la discriminación hacia las personas LGTBIQ+ constituye un obstáculo significativo para el acceso a la justicia (Regla 20). Este colectivo continúa enfrentando altos niveles de violencia, estigmatización y exclusión social, lo que puede generar desconfianza hacia las instituciones públicas y limitar la denuncia de vulneraciones de derechos. En consecuencia, resulta necesario diseñar políticas públicas y adoptar prácticas judiciales que garanticen su protección y el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad (Martín, 2023).

Asimismo, la privación de libertad constituye otra causa de vulnerabilidad, debido a que puede limitar el ejercicio de otros derechos y dificultar el acceso efectivo al sistema de justicia. Las personas privadas de libertad pueden enfrentar obstáculos relacionados con la falta de asesoría jurídica, dificultades para comunicarse con sus defensores o limitaciones para participar activamente en los procesos judiciales. Estas dificultades pueden agravarse cuando la privación de libertad se combina con otros factores de exclusión social, como la pobreza, la discriminación o la falta de acceso a educación y servicios básicos (Reglas 22 y 23; Sosa, 2024).

Y las Reglas de Brasilia no solo identifican las diferentes causas de vulnerabilidad, sino que también promueven medidas orientadas a garantizar una justicia más comprensible y accesible para todas las personas. Entre estas medidas se encuentra el uso de lenguaje claro y sencillo en las resoluciones judiciales, sin perder su rigor técnico, para que las personas puedan comprender el contenido y el alcance de las decisiones que afectan sus derechos (Reglas 60 y 72). La utilización de formatos de lectura fácil, herramientas visuales y lenguaje accesible contribuye a mejorar la comprensión de las decisiones judiciales y a reducir la distancia entre el sistema jurídico y la ciudadanía. De este modo, se promueve una justicia más inclusiva que permita a las personas

en situación de vulnerabilidad participar activamente en los procesos judiciales y ejercer plenamente sus derechos (Ato, 2023; Chípuli y Gonzales, 2023; Molina, 2024; Tello, 2025).

3. IMPACTO DE LAS REGLAS DE BRASILIA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA

La aplicación de las Reglas de Brasilia se ha incorporado progresivamente en distintos sistemas judiciales de la región iberoamericana. Este instrumento ha sido adoptado como una guía para fortalecer la protección de los derechos humanos y mejorar el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables. En algunos países, su uso ha superado el ámbito de las políticas judiciales y se ha integrado directamente en la argumentación de las decisiones judiciales como un criterio interpretativo en la resolución de casos concretos.

Por ejemplo, en Argentina se ha destacado la utilización de las Reglas de Brasilia como fundamento de decisiones judiciales en sede casatoria, especialmente en el ámbito penal. En estos casos, los tribunales han recurrido a estas reglas para reforzar el análisis de las situaciones de vulnerabilidad presentes en los procesos judiciales, lo que ha contribuido a garantizar una mayor protección de los derechos de las personas involucradas (Carrera y Escalante, 2017; Moor y Ramírez, 2019). De este modo, las Reglas de Brasilia han funcionado como un marco interpretativo que orienta la actuación judicial hacia una perspectiva más sensible a las condiciones sociales y personales de los justiciables.

De manera similar, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado las Reglas de Brasilia como parte de los criterios interpretativos para reconocer la edad avanzada o la vejez como una condición de vulnerabilidad. A través de esta interpretación, la Corte ha reforzado la protección jurídica de las personas adultas mayores frente a las barreras que enfrentan para acceder al sistema judicial, reconociendo las dificultades particulares que este grupo puede experimentar en el ejercicio de sus derechos (Barreto, 2023).

En Brasil también se ha señalado que la aplicación de las Reglas de Brasilia ha favorecido la incorporación de herramientas tecnológicas

orientadas a mejorar el funcionamiento del sistema judicial. El uso de plataformas digitales, sistemas electrónicos de gestión de procesos y mecanismos de comunicación remota ha permitido agilizar los procedimientos judiciales y reducir los tiempos de respuesta, facilitando así el acceso a la justicia para diversos sectores de la población (Gonet y Gonet, 2020).

En Chile, el Poder Judicial promovió la difusión de las Reglas de Brasilia y dispuso su aplicación por parte de los tribunales como un instrumento orientador para la administración de justicia. En este caso, las reglas fueron incorporadas como parte de políticas institucionales destinadas a fortalecer la protección de las personas en situación de vulnerabilidad y fomentar su aplicación en la práctica judicial cotidiana (Cisternas, 2020).

Sin embargo, la implementación de este instrumento no ha sido uniforme en todos los países de la región. En Colombia, por ejemplo, se ha identificado una incorporación limitada de las Reglas de Brasilia en la práctica judicial, debido a que rara vez son mencionadas por las altas cortes o por las instituciones encargadas de diseñar políticas públicas. No obstante, el carácter garantista de la Constitución colombiana ha permitido el desarrollo de normas y decisiones que coinciden con los objetivos de protección promovidos por estas reglas, lo que demuestra que sus principios pueden estar presentes en el sistema jurídico incluso cuando no se citan de manera expresa (Robledo, 2020).

Desde una perspectiva conceptual, el acceso a la justicia constituye un derecho de rango constitucional y reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho permite a toda persona acudir a las instituciones del Estado para reclamar la protección de sus derechos o la reparación de los daños sufridos. En este sentido, el acceso a la justicia representa una garantía indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales y para el funcionamiento del Estado de derecho (Burgos, 2013, pp. 353-354).

En el caso peruano, el acceso a la justicia se encuentra reconocido en la interpretación del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, que regula los principios de la función jurisdiccional, entre ellos la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Este reconocimiento también

se relaciona con lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen la obligación de los Estados de garantizar mecanismos judiciales efectivos para la protección de los derechos (Ibáñez, 2014).

En este contexto, las Reglas de Brasilia se presentan como un conjunto de directrices compatibles con el marco constitucional e internacional de protección de los derechos humanos. Estas pautas no solo orientan la actuación del sistema judicial para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sino que también funcionan como criterios interpretativos que guían la labor de jueces y juezas en la protección efectiva de los derechos humanos. De esta manera, contribuyen a fortalecer la dimensión garantista del derecho y a promover interpretaciones judiciales más acordes con los principios de igualdad, dignidad humana y no discriminación (Espinosa-Saldaña, 2020).

La Corte Suprema de Justicia de la República cumple un papel central en la interpretación del derecho y en la consolidación de criterios jurisprudenciales que orientan la actuación de juzgados y salas inferiores. Su función interpretativa permite atribuir sentido a las normas jurídicas, contribuir al desarrollo del derecho, otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos y garantizar la igualdad en la aplicación de la ley (Calderón, 2020).

A través del recurso de casación, la Corte Suprema tiene como objetivo asegurar la correcta y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurídicas. Las decisiones adoptadas en sede casatoria cumplen una función orientadora para los tribunales inferiores, al contribuir a la uniformidad de la jurisprudencia y al fortalecimiento del sistema jurídico (Sánchez-Palacios, 2002, pp. 26-27). Asimismo, la Corte Suprema ejerce una función de control sobre las decisiones judiciales, verificando su adecuada motivación y garantizando el respeto de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley (Morello, 1993, p. 7).

En este contexto, la Corte Suprema ha comenzado a incorporar las Reglas de Brasilia como criterios orientadores en su razonamiento judicial, especialmente en aquellos casos en los que se identifican situaciones de vulnerabilidad que requieren una atención particular por parte del sistema de justicia. A través de su jurisprudencia, la Corte Suprema ha

utilizado estas reglas para reforzar la interpretación de principios constitucionales como la igualdad, la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia.

El uso de las Reglas de Brasilia en la argumentación judicial permite a la Corte Suprema considerar las circunstancias sociales y personales de las partes involucradas en los procesos judiciales. De este modo, se reconoce que la igualdad formal ante la ley puede resultar insuficiente cuando existen desigualdades estructurales que afectan el ejercicio de los derechos. En consecuencia, la incorporación de este instrumento de *soft law* contribuye a orientar la interpretación del derecho hacia un enfoque más inclusivo y sensible a las condiciones de vulnerabilidad.

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Suprema evidencia una tendencia progresiva hacia la integración de estándares internacionales de derechos humanos en la interpretación judicial. Este proceso no implica sustituir el derecho positivo vigente, sino complementarlo mediante criterios interpretativos que permitan fortalecer la protección de los derechos fundamentales y garantizar un acceso más efectivo a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad.

4. JURISPRUDENCIA QUE APLICA LOS CRITERIOS DE LAS REGLAS DE BRASILIA

4.1. Casación n.º 1598-2015-Apurímac (11 de enero de 2016)

En la sentencia Casación n.º 1598-2015-Apurímac, sobre violencia familiar, el impacto de aplicar las Reglas de Brasilia es que la Corte Suprema desplaza el análisis desde una lectura estrictamente probatoria —centrada en si se acreditó o no una agresión sexual— hacia un enfoque de tutela reforzada de una niña en condición de vulnerabilidad. Es decir, la Corte exige que la declaración de la niña no sea valorada como si proviniera de una persona adulta, sino atendiendo a su edad, personalidad, contexto familiar y especial situación de vulnerabilidad.

El párrafo respectivo es el considerando séptimo, donde la Corte señala que el caso está vinculado con

> la tutela del interés superior de una menor […] quien además por encontrarse en condición de vulnerabilidad merece un trato adecuado a sus circunstancias singulares, conforme se ha dejado establecido en las «100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad» […] por lo que su declaración debe ser analizada acuciosamente de acuerdo a las características de la personalidad propias de la edad que esta tenía al momento en que se suscitaron los hechos […] por lo que su manifestación no puede ser equiparada de ningún modo a la de una persona que ya ha alcanzado la mayoría de edad.

La efectividad de aplicar dichas reglas se evidencia en que la Corte Suprema no las menciona solo como criterio decorativo, sino como fundamento para cuestionar la sentencia de vista. La Sala Superior había declarado infundada la demanda, valorando la falta de prueba física o psicológica concluyente y las contradicciones entre declaraciones. Sin embargo, la Corte Suprema considera que ese razonamiento fue insuficiente porque no atendió adecuadamente la condición de vulnerabilidad de la niña ni el estándar diferenciado que exige el acceso a la justicia para personas menores de edad.

Por ello, la aplicación de las Reglas de Brasilia tuvo un efecto concreto, se declaró fundado el recurso de casación, se casó la sentencia de vista y se ordenó emitir un nuevo pronunciamiento. En términos prácticos, las reglas sirvieron para reforzar el deber judicial de motivar adecuadamente, valorar la prueba con enfoque de vulnerabilidad y priorizar medidas de protección en favor de la víctima.

4.2. Casación n.º 3080-2016-Lambayeque (5 de julio de 2017)

En la sentencia Casación n.º 3080-2016-Lambayeque, sobre indemnización por daños y perjuicios, la aplicación de las Reglas de Brasilia tiene un impacto relevante porque permite que la Corte Suprema incorpore un enfoque de vulnerabilidad al analizar el caso de una persona adulta mayor que reclamaba una indemnización por daño moral y daño a la persona, derivada de no haber accedido oportunamente al régimen pensionario que correspondía a su causante.

El párrafo respectivo se encuentra en el fundamento séptimo, donde la Corte Suprema cita expresamente las Reglas de Brasilia y señala que estas tienen por objeto:

> garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

De igual modo, en el mismo fundamento, la Corte recuerda que son personas en condición de vulnerabilidad aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer plenamente sus derechos ante el sistema de justicia. En particular, la Corte destaca que el envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor enfrenta dificultades para ejercer sus derechos.

La efectividad de aplicar las Reglas de Brasilia se observa en que la Corte Suprema no se limita a evaluar el caso desde una perspectiva formal o estrictamente patrimonial, sino que exige a la Sala Superior analizar si la demandante, por su condición de adulta mayor, pudo haber sufrido un daño moral o daño a la persona como consecuencia de la afectación a sus derechos pensionarios. Es decir, las Reglas de Brasilia sirven como criterio interpretativo para reforzar el deber judicial de garantizar un acceso real y efectivo a la justicia.

En ese sentido, la Corte concluye que la sentencia de vista incurrió en motivación insuficiente, porque confirmó la decisión que declaró infundada la demanda sin analizar adecuadamente la posible afectación extrapatrimonial sufrida por la demandante. Por ello, declaró fundado el recurso de casación, casó la sentencia impugnada y ordenó que la Sala Superior emita una nueva resolución conforme a los lineamientos establecidos.

Por tanto, el impacto de las Reglas de Brasilia en esta sentencia consiste en que permiten reconocer que la demandante no debía ser tratada

como una justiciable ordinaria, sino como una persona en situación de vulnerabilidad por su avanzada edad. Su efectividad radica en que obligan al órgano jurisdiccional a realizar un análisis más cuidadoso, humano y materialmente justo, especialmente cuando están comprometidos derechos pensionarios, dignidad, subsistencia, daño moral y proyecto de vida.

4.3. Recurso de Nulidad n.º 1947-2017-Junín (16 de enero de 2018)

En el R. N. n.º 1947-2017-Junín, emitido por la Corte Suprema, la aplicación de las Reglas de Brasilia tiene un impacto particular, porque aparece vinculada al análisis de la condición de persona nativa o comunera del procesado. Sin embargo, a diferencia de otros casos, la Corte Suprema no acepta que dicha condición, por sí sola, permita reducir la pena o justificar un supuesto error de comprensión culturalmente condicionado.

El párrafo respectivo se encuentra en el fundamento 3.5, donde la Corte señala que la sentencia de primer grado:

> evaluó las condiciones personales del imputado y, sobre la base de considerarlo nativo de la comunidad nativa de Paujil, perteneciente a Puerto Bermúdez, aplicó el Protocolo de actuación en procesos judiciales, que involucra a comuneros o ronderos, establecido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, así como las cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y disminuyó la pena, estableciendo que actuó bajo error de condición culturalmente condicionado.

El impacto de las Reglas de Brasilia en esta sentencia consiste en que sirven como parámetro para recordar que el sistema de justicia debe considerar las condiciones personales, culturales y sociales de quienes intervienen en un proceso penal. Es decir, la Corte reconoce que la pertenencia a una comunidad nativa puede ser un elemento relevante para evaluar la situación del imputado, especialmente desde un enfoque intercultural y de acceso a la justicia.

No obstante, la efectividad de su aplicación está limitada por la necesidad de una valoración concreta y probatoria. La Corte Suprema advierte que no basta invocar las Reglas de Brasilia ni la condición de

nativo de manera general, sino que debe acreditarse de forma específica cómo esa realidad cultural influyó en la comprensión de la ilicitud del hecho. Por ello, en el fundamento 3.6, la Corte precisa que la sentencia impugnada no realizó una valoración concreta de las costumbres nativas y que, para considerar el error culturalmente condicionado, era necesaria una pericia especializada o antropológica.

En consecuencia, la Corte Suprema corrige la aplicación realizada por la instancia inferior. Señala que la condición de nativo no exime al procesado de conocer la gravedad de su conducta, especialmente porque se trató de una violación sexual contra una menor de edad que era su hijastra y estaba bajo su tutela, cuidado y protección. La Corte considera que esa conducta es razonablemente proscrita en cualquier comunidad nativa o campesina, por no tratarse simplemente de relaciones sexuales tempranas, sino de un abuso sexual cometido en un contexto de autoridad y confianza.

Por tanto, la aplicación de las Reglas de Brasilia en esta sentencia tiene una función correctiva y delimitadora, permite considerar la vulnerabilidad o condición cultural del procesado, pero impide que ese enfoque sea usado de forma automática para reducir la pena cuando no existe prueba suficiente. Su efectividad radica en que la Corte Suprema exige un uso responsable de dichas reglas, compatible con la protección reforzada de la víctima menor de edad y con la gravedad del delito cometido.

El efecto concreto fue que la Corte declaró haber nulidad en el extremo de la pena, reformó la sentencia y elevó la sanción de veinticinco a treinta años de pena privativa de libertad. Así, las Reglas de Brasilia no operaron como fundamento para mantener la reducción de pena, sino como criterio de que debía aplicarse con rigor probatorio y sin desconocer la condición de la víctima.

4.4. Casación n.º 10309-2019-Arequipa (6 de enero de 2020)

En la Casación n.º 10309-2019-Arequipa, la aplicación de las Reglas de Brasilia tiene un impacto decisivo porque permite a la Corte Suprema interpretar el proceso no solo como una secuencia formal de actos, sino

como un instrumento de tutela efectiva para una persona adulta mayor en situación de vulnerabilidad. El párrafo central es el considerando sexto, numeral 13, donde la Corte recuerda que el Poder Judicial ha suscrito dichas reglas y cita la Regla 6, según la cual el envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando se agrava por factores de salud, económicos o culturales.

A partir de esa regla, la Corte justifica que los procesos pensionarios vinculados a adultos mayores no deben prolongarse innecesariamente. Su impacto es, por tanto, constitucional, convencional y procesal: constitucional, porque conecta la decisión con la protección del adulto mayor y el derecho a la seguridad social; convencional, porque recoge estándares de protección reforzada; y procesal, porque permite superar un ritualismo formal cuando este produciría una dilación injustificada.

La efectividad de aplicar las Reglas de Brasilia se aprecia en los considerandos sexto, numerales 14 a 16. Allí la Corte señala que seguir estrictamente el trámite ordinario de la casación sería irracional en el caso concreto, porque el proceso se inició el 31 de marzo de 2016, el demandante falleció durante el proceso el 24 de enero de 2017, y la propia ONP ya había reconocido el derecho pensionario. Por eso, la Corte decide emitir pronunciamiento de fondo de manera inmediata, a fin de evitar una nueva dilación y garantizar el plazo razonable.

En términos prácticos, las Reglas de Brasilia fueron efectivas porque ayudaron a que la Corte Suprema pasara de una visión formalista del proceso a una decisión materialmente protectora. No se limitó a declarar procedente el recurso y devolver el caso, sino que resolvió el fondo de la controversia, reconoció los años de aportación y ordenó que se otorgue seguridad jurídica al pensionista y a sus sucesores. Esto se refuerza en el considerando noveno, donde la Corte sostiene que no podía aceptar una conclusión anticipada del proceso si la ONP se «reservaba el derecho» de modificar posteriormente su reconocimiento, pues ello dejaría al pensionista nuevamente expuesto a incertidumbre administrativa.

4.5. Recurso de Nulidad n.º 872-2019-Selva Central (31 de mayo de 2021)

En el R. N. n.º 872-2019-Selva Central, la aplicación de las Reglas de Brasilia tiene un impacto directo en la forma como se protege a la víctima menor de edad dentro del proceso penal. La Corte las utiliza para reforzar el principio de no revictimización secundaria, es decir, para evitar que la niña agraviada vuelva a declarar innecesariamente y tenga que repetir los hechos traumáticos ante distintas autoridades. El párrafo central es el considerando 13, donde la Corte señala expresamente que es relevante atender los principios de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, previstos en las Reglas de Brasilia.

La efectividad de estas reglas se desarrolla especialmente en los considerandos 14 y 15. En el considerando 14, la Corte vincula las Reglas de Brasilia con el Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116, pues indica que, en casos de agresión sexual, debe evitarse la victimización secundaria por razones de justicia y también por eficacia probatoria. Esto significa que el sistema penal no debe someter a la víctima a una atención inadecuada ni a interrogatorios reiterados que puedan profundizar el daño psicológico.

Asimismo, en el considerando 15, la Corte cita la Casación n.º 33-2014-Ucayali, al señalar que el trauma de la víctima de abuso sexual se prolonga cuando debe repetir el hecho vivido ante policías, psicólogos, jueces o abogados. Por ello, la Corte destaca tres medidas concretas: reserva de las actuaciones judiciales, preservación de la identidad de la víctima y promoción de una única declaración de la víctima. Estas medidas muestran la efectividad práctica de las Reglas de Brasilia, porque no se quedan como una declaración abstracta, sino que orientan decisiones procesales concretas para proteger a la niña.

En el caso concreto, esta aplicación permitió justificar que la niña agraviada no sea obligada a concurrir nuevamente al plenario para ratificar su declaración. En el considerando 12, la Corte recuerda que el colegiado declaró no ha lugar el pedido de actuación de la declaración de la agraviada, precisamente sobre la base de la no revictimización de la niña. De esta manera, las Reglas de Brasilia impactan en la valoración

de la prueba, que la entrevista única de la niña fue considerada válida, siempre que haya sido incorporada correctamente al contradictorio y respetando las garantías procesales.

4.6. Casación n.º 3194-2019-Lima (10 de mayo de 2022)

En la Casación n.º 3194-2019-Lima, sobre violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico, la Corte Suprema aplica las Reglas de Brasilia para reforzar una interpretación protectora frente a la violencia contra la mujer. El párrafo central es el considerando tercero, numeral 11, donde la Corte cita expresamente la Regla 19:

> «Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica».

El impacto de aplicar esta regla consiste en que la Corte Suprema no analiza el caso como un simple conflicto familiar o patrimonial entre excónyuges, sino como una posible manifestación de violencia estructural de género. Por ello, en los considerandos previos, la Corte vincula el caso con la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y otros instrumentos internacionales que reconocen que la violencia contra la mujer deriva de relaciones históricas de poder desiguales.

La efectividad de las Reglas de Brasilia se aprecia en que permiten ampliar la comprensión de la violencia psicológica. La Corte señala que esta no solo se produce mediante agresiones físicas, sino también mediante agresiones verbales, control, manipulación emocional o actos destinados a menoscabar la dignidad de la víctima. Esto se desarrolla en el considerando tercero, numeral 13, donde se precisa que la violencia psicológica puede estar constituida por agresiones verbales dirigidas a afectar la autoestima, generar vulnerabilidad interna o producir manipulación emocional.

En el caso concreto, la Corte Suprema consideró que el demandado ejercía violencia psicológica al imponer una situación de dominio vinculada al inmueble en copropiedad: ingresaba o pretendía permanecer en

la vivienda, solicitaba llaves, cuestionaba la vida afectiva de su exesposa y mantenía una conducta reiterada que afectaba la libertad y la tranquilidad de la agraviada y de sus hijas. Esto aparece en el considerando cuarto, numeral 14, especialmente cuando la Corte afirma que esa conducta «importa la existencia de violencia psicológica» porque imponía un estado de hechos incompatible con las libertades de la agraviada y sus hijas.

Por tanto, la aplicación de las Reglas de Brasilia fue efectiva porque permitió a la Corte superar una mirada formalista —centrada en que ambas partes eran profesionales o copropietarias— y adoptar un enfoque de protección reforzada. En el considerando quinto, numeral 16, la Corte concluye que sí se verificaron actos de violencia psicológica contra la agraviada y actos de violencia sin lesión contra sus hijas, destacando que era necesario prevenir que el daño continúe o se agrave.

4.7. Casación n.º 13364-2022-Moquegua (30 de noviembre de 2023)

En la Casación n.º 13364-2022-Moquegua, sobre otorgamiento de pensión de jubilación minera, la Corte Suprema aplica las Reglas de Brasilia para reforzar la tutela judicial de una persona adulta mayor que se encontraba en situación de vulnerabilidad frente a la ONP. El párrafo central es el considerando quinto, donde la Corte señala que la sentencia de vista no garantizó debidamente la tutela jurisdiccional del actor, pese a su condición de adulto mayor:

> La sentencia de vista no cumplió con su deber de observar el debido proceso, y con ello, garantizar la tutela jurisdiccional del actor, pese a su condición de vulnerabilidad al pertenecer a la tercera edad, y conforme a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, los adultos mayores pueden presentar dificultades personales para ejercitar sus derechos en el sistema de justicia [...].

El impacto de aplicar las Reglas de Brasilia consiste en que la Corte Suprema no analiza el caso únicamente desde una perspectiva formal o probatoria, sino desde un enfoque de acceso efectivo a la justicia para personas vulnerables. En este caso, el demandante era un adulto mayor

que solicitaba una pensión vinculada a una presunta enfermedad profesional. Por ello, la Corte advierte que no podía exigírsele la misma capacidad probatoria que a una entidad pública como la ONP, que cuenta con mayores recursos técnicos, documentales y administrativos.

La efectividad de las Reglas de Brasilia se aprecia especialmente en el considerando sexto. Allí la Corte reprocha que la Sala Superior se haya limitado a señalar que no era posible ordenar prueba de oficio, cuando sí podía disponer que el demandante se someta a una nueva evaluación médica en el Ministerio de Salud o EsSalud. Para la Corte, esa inactividad judicial desconoció la asimetría entre las partes: de un lado, un adulto mayor en situación vulnerable; y, de otro, una entidad pública con mayores recursos.

De esta manera, las Reglas de Brasilia fueron efectivas porque llevaron a la Corte Suprema a exigir un rol más activo del juez. No bastaba con rechazar la demanda por insuficiencia probatoria; correspondía actuar pruebas de oficio para esclarecer si el actor padecía la enfermedad profesional alegada y cuál era el porcentaje de menoscabo. Por eso, en el considerando séptimo, la Corte concluye que la Sala Superior vulneró el debido proceso al no ejercer sus facultades probatorias de oficio, declara fundada la casación y anula la sentencia de vista.

4.8. Casación n.º 180-2022-Huánuco (21 de noviembre de 2024)

En la Casación n.º 180-2022-Huánuco, sobre tenencia y régimen de visitas, las Reglas de Brasilia aparecen vinculadas a la situación de vulnerabilidad del niño, quien presentaba una condición especial —autismo— y respecto de quien la madre alegaba que debía aplicarse un enfoque reforzado de protección.

El párrafo respectivo se encuentra en el apartado III, Recurso de casación, causal ii, donde se señala:

> Se debe tener en cuenta los principios de carácter constitucional relacionados al debido proceso a la tutela jurisdiccional, concordante con el Interés Superior del Niño y Adolescente, y con la Resolución Administrativa Nº 10-2018-CE-PJ, que aprobó el Protocolo de atención judicial para personas con discapacidad. La

> elaboración de dicho protocolo ha tenido como marco la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas del 2016, así como las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad [...].

El impacto de las Reglas de Brasilia en esta sentencia se relaciona con la necesidad de que el proceso judicial no sea tratado de manera puramente formal, sino considerando la condición de vulnerabilidad del niño. Al tratarse de una persona menor de edad con una condición de discapacidad o necesidad especial, el órgano jurisdiccional debía analizar el caso desde el interés superior del niño, la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia de personas vulnerables. Por ello, la referencia a las Reglas de Brasilia sirve para reforzar la idea de que los procesos de familia deben ser abordados con especial sensibilidad, evitando decisiones automáticas y atendiendo a las necesidades concretas del niño.

Sin embargo, en esta sentencia la efectividad directa de las Reglas de Brasilia fue limitada, porque la Corte Suprema no las utilizó como fundamento principal para casar la sentencia. Por el contrario, declaró infundado el recurso de casación y confirmó el régimen de visitas a favor del padre. La Corte sostuvo que el niño tiene derecho a mantener relación con ambos padres, salvo que ello sea contrario a su interés superior, situación que, según la Corte, no fue acreditada en el caso concreto. Esta idea se desarrolla en los fundamentos décimo séptimo y décimo octavo, donde se cita la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 1817-2009-PHC/TC y resalta el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella.

Así, la aplicación de las Reglas de Brasilia opera más como un criterio orientador que como una regla decisiva del fallo. Su utilidad está en recordar que, cuando interviene un niño con una condición de vulnerabilidad, el juez debe adoptar un enfoque especializado y protector. No obstante, la Corte consideró que ese enfoque no implicaba necesariamente prohibir el contacto paterno-filial, sino fijar un régimen de visitas compatible con el bienestar del niño. Por ello, confirmó que el padre podía visitar al niño, con restricciones destinadas a evitar que lo involucre en los conflictos con la madre o menoscabe la imagen materna.

4.9. Casación n.º 3644-2021-Junín (8 de mayo de 2025)

En la Casación n.º 3644-2021-Junín, sobre indemnización por daños y perjuicios contra la ONP, la Corte Suprema aplica las Reglas de Brasilia para reconocer que el demandante, por ser adulto mayor y padecer una enfermedad degenerativa, se encontraba en una situación de vulnerabilidad que exigía una tutela judicial reforzada y urgente.

El párrafo respectivo se encuentra en el fundamento noveno, donde la Corte señala:

> Atendiendo a la edad avanzada del actor quien actualmente cuenta con 78 años de edad y aunado a ello padecería de una enfermedad degenerativa de neumoconiosis, en tal condición merece una tutela judicial urgente, según la Ley Nº 30490, artículo 8 y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, el actor tiene la condición de persona vulnerable en situación de riesgo; razones por las cuales, esta Sala Suprema estima pronunciarse sobre dichos extremos.

El impacto de aplicar las Reglas de Brasilia consiste en que la Corte Suprema reconoce expresamente que el demandante no es un litigante en condiciones ordinarias, sino una persona adulta mayor, enferma y en situación de riesgo. Por ello, las Reglas de Brasilia sirven como fundamento para justificar que la Sala Suprema se pronuncie sobre los extremos planteados, atendiendo a la necesidad de una tutela judicial urgente.

Sin embargo, la efectividad de las Reglas de Brasilia en esta sentencia es principalmente procesal y valorativa, no indemnizatoria. Es decir, las reglas permiten que la Corte tome en cuenta la situación de vulnerabilidad del actor y analice el caso con especial atención; pero no determinan automáticamente que la demanda sea fundada. La Corte recuerda que, aun tratándose de una persona vulnerable, deben acreditarse los elementos de la responsabilidad civil, especialmente la conducta antijurídica, el daño, el factor de atribución y la relación causal.

En el fundamento décimo, la Corte concluye que no se configuró una conducta antijurídica por parte de la ONP, porque la entidad actuó dentro del ejercicio regular de sus funciones, usando su derecho de

defensa, contradicción y medios impugnatorios permitidos por la Constitución y la ley. Además, la Corte señala que la ONP finalmente otorgó la pensión, pagó devengados e intereses, por lo que no se acreditó dolo o culpa que genere obligación indemnizatoria.

Por tanto, aunque las Reglas de Brasilia tuvieron impacto al reconocer la vulnerabilidad del demandante y exigir una mirada judicial más sensible y urgente, su efectividad fue limitada en el resultado final, porque la Corte declaró infundado el recurso de casación. La razón fue que la sola condición de adulto mayor enfermo no bastaba para conceder una indemnización si no se demostraba que la actuación de la ONP fue antijurídica.

4.10. Casación n.º 22364-2021-Loreto (14 de enero de 2026)

En la Casación n.º 22364-2021-Loreto, la aplicación de las Reglas de Brasilia tiene un impacto particular, no incide directamente en cambiar el sentido del fallo, sino en hacer comprensible la sentencia y garantizar que las partes —especialmente aquellas en condición de vulnerabilidad— puedan entender el alcance de la decisión judicial.

El párrafo respectivo es el considerando 95, donde la Corte Suprema señala:

> Tomando en cuenta los alcances de la presente sentencia, cuya materia y efectos revisten especial trascendencia para los justiciables, este colegiado considera aplicar las reglas de Brasilia, y adiciona como anexo, a la presente sentencia, un formato de lectura fácil, con el objetivo de asegurar que el sentido y la ratio de esta decisión sean plenamente entendidos por las partes y por la comunidad en general.

La Corte cita específicamente la Regla 58 de las Reglas de Brasilia, según la cual deben adoptarse medidas para reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión del acto judicial, garantizando que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda su alcance y su significado.

El impacto de aplicar esta regla consiste en que la Corte Suprema reconoce que el acceso a la justicia no termina con emitir una sentencia técnicamente correcta. También exige que la decisión sea entendible, sobre todo cuando se trata de materias que afectan derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, la reposición laboral y la carga probatoria en procesos donde existe desigualdad entre trabajador y empleador. Por eso, la Corte no solo resuelve el recurso de casación, sino que además incorpora un anexo de lectura fácil para explicar el caso en lenguaje sencillo.

La efectividad de las Reglas de Brasilia se aprecia en que la Corte transforma un fallo complejo —sobre carga dinámica de la prueba, Ley n.º 24041 y derechos laborales— en una explicación accesible. En el anexo, la Corte resume que, cuando se discuten derechos laborales, el empleador está en mejor posición para probar si las labores fueron temporales o permanentes, porque posee documentos como contratos, planillas, boletas y registros de asistencia. Así, el trabajador no debe cargar injustamente con una prueba que normalmente está bajo control de la entidad empleadora.

En términos sustantivos, la sentencia fija como doctrina jurisprudencial que, en procesos laborales públicos o privados, debe considerarse la desigualdad material entre trabajador y empleador, por lo que la carga de la prueba debe recaer principalmente sobre quien tiene mayor disponibilidad probatoria: el empleador. Esto se desarrolla en el considerando 83, donde la Corte establece que la entidad administrativa debe acreditar que las labores del trabajador eran temporales o transitorias cuando se discuten derechos laborales derivados de la Ley n.º 24041.

5. CONCLUSIONES

Las Reglas de Brasilia han influido de manera importante en la interpretación judicial de la Corte Suprema, al permitir que el acceso a la justicia sea entendido no solo desde una perspectiva formal, sino también material. Su aplicación ha contribuido a que los jueces y las juezas consideren las condiciones reales de vulnerabilidad de las personas que intervienen en un proceso, especialmente niñas, niños, mujeres víctimas de violencia,

personas adultas mayores, personas con discapacidad, comunidades indígenas, trabajadores y pensionistas, entre otras.

Del análisis jurisprudencial se advierte que estas reglas han servido para reforzar la tutela jurisdiccional efectiva, exigir una motivación judicial más cuidadosa y promover una actuación procesal más activa cuando existen desigualdades entre las partes. En varios casos, la Corte Suprema las ha utilizado para evitar la revictimización, valorar pruebas con enfoque de vulnerabilidad, proteger derechos pensionarios y superar formalismos que podían afectar el acceso a la justicia.

Sin embargo, su aplicación no implica que toda persona en situación de vulnerabilidad obtenga automáticamente una decisión favorable. La Corte Suprema ha precisado que dicha condición debe ser analizada de manera concreta y probada en relación con los hechos del caso. Por tanto, las Reglas de Brasilia funcionan como criterios orientadores que fortalecen la interpretación judicial, pero no reemplazan las exigencias legales ni probatorias del proceso.

En efecto, las Reglas de Brasilia han contribuido a consolidar una justicia más inclusiva, humana y sensible a las desigualdades estructurales. Su impacto en la jurisprudencia de la Corte Suprema es progresivo y relevante, aunque todavía requiere una aplicación más uniforme y profunda para garantizar plenamente el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

REFERENCIAS

Alcívar Cobeña, J. E., Moran Macias, A. M., Quijije Véliz, F. S., y Falconi Ayón, P. M. (2026). Acceso a la justicia como principio fundamental del estado de derecho. *Revista Científica de Innovación Educativa y Sociedad Actual «ALCON»*, *6*(1), 518-530. https://doi.org/10.62305/alcon.v6i1.1041

Andreu-Guzmán, F., y Courtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Defensoría General de la Nación.

Ato Alvarado, M. E. (2023). El lenguaje accesible al ciudadano y a la población vulnerable en perspectiva de las 100 Reglas de Brasilia. *Llapanchikpaq: Justicia*, *5*(7), 57-89. https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.868

Barreto Nova, Ó. G. (2023). Las Reglas de Brasilia: un caso de interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sobre la edad de adultos mayores como condición de vulnerabilidad. *Llapanchikpaq: Justicia*, *5*(7), 245-272. https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.875

Burgos Mata, Á. (2013). El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las Reglas de Brasilia. *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, (5), 349-396. https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12448

Calderón Puertas, C. (2020). *La casación civil y la misión de la Corte Suprema.* Gaceta Jurídica.

Carrera, M. L., y Escalante, J. P. (2017). *Las Reglas de Brasilia. Su impacto en la jurisprudencia penal*. Ministerio Público de la Defensa.

Chípuli Castillo, A. M., y González Flores, A. E. (2023). El acceso a la justicia, sentencias de lectura fácil para niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad (Reglas de Brasilia). *Llapanchikpaq: Justicia*, *5*(7), 155-180. https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.832

Cisternas Rocha, L. (2020). Experiencia del Poder Judicial de Chile en la aplicación de las Reglas de Brasilia. *Llapanchikpaq: Justicia*, *1*(1), 141-165. https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.6

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2019). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador).* EUROsociAL.

Dabove, M. I. (2022). Acceso a la justicia en la vejez. En J. Tello Gilardi y C. Calderón Puertas (comps.), *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia* (pp. 63-83). Fondo Editorial del Poder Judicial.

Delgado Martín, J. (2019). *Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.* EUROsociAL.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2020). Acceso a la justicia para sectores vulnerables y el uso de las Reglas de Brasilia (y elementos similares) como aspecto central de la labor de un Tribunal Constitucional. *Llapanchikpaq: Justicia*, *1*(1), 39-63. https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.3

Feler, A. M. (2015). Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*, (95), 281-303.

Fernández, J. (2024). El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Una mirada iberoamericana desde la discapacidad. En *Conferencias magistrales. Las 100 Reglas de Brasilia: herramientas fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva y equitativa* (pp. 63-102). Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Fix-Zamudio, H. (1993). La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (8), 225-236.

Gómez, A. (2009). Introducción. En *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (pp. 7-9). Procuraduría General de la Nación.

Gonet Branco, P. G., y Gonet Branco, P. H. de M. (2020). Las 100 Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia en Brasil. *Llapanchikpaq: Justicia*, *1*(1), 167-186. https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.7

Ibáñez, J. (2014). Artículo 8. Garantías judiciales. En C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (pp. 207-254). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Konrad Adenauer Stiftung.

Jerez Rivero, W., y Castellanos Aguilera, L. B. (2025). Justicia familiar y personas en situación de vulnerabilidad en Cuba: recepción crítica

de las Reglas de Brasilia y aplicación judicial efectiva. *Revista Derecho & Proceso*, (7), 55-72. https://doi.org/10.69592/2951-844X-N7-JUNIO-2025-ART3

Krikorian, M., Alonso Rolleri, A. M., y Murganti, S. A. (2025). Acceso a la justicia de personas con discapacidad y adultas mayores: la experiencia de las Guías de Buenas Prácticas elaboradas por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. *Llapanchikpaq: Justicia*, *7*(10), 19-57. https://doi.org/10.51197/lj.v7i10.1179

Linares San Román, J. J. (2025). Aplicación de las Reglas de Brasilia y los principios procesales. *Revista Llapanchikpaq: Justicia*, *7*(10), 59-78. https://doi.org/10.51197/lj.v7i10.1186

López Guerra, L. (2012). Soft law y sus efectos en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, (11), 150-166. https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/189

Maciel Almirón, S. L. (2023). Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia de personas pertenecientes a pueblos indígenas en la provincia de Chaco. En M. Villegas (dir.), *XIX Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas: UNNE* (pp. 327-330). Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas.

Martín Aragón, M. del M. (2023). Acceso a la justicia de víctimas de discriminación y violencia por motivos de orientación sexual e identidad sexo-genérica en España. *Llapanchikpaq: Justicia*, *5*(7), 23-56. https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.863

Martínez Moya, J. (2022). Justicia y vulnerabilidad. Las Reglas de Brasilia. En J. Tello Gilardi y C. Calderón Puertas (comps.), *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia* (pp. 13-61). Fondo Editorial del Poder Judicial.

Molina, S. (2024). Hacia una justicia comprensible para los grupos vulnerables. Sentencias accesibles con formatos de lectura fácil. En *Conferencias magistrales. Las 100 Reglas de Brasilia: herramientas fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva y*

equitativa (pp. 108-138). Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Moor, N., y Ramírez, Y. (2019). La aplicación de las Reglas de Brasilia como fundamento de las decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre el período 2010-2016 (pp. 162-164). En A. E. de Bianchetti (comp.), *XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE*. Moglia Ediciones.

Morello, A. (1993). *La casación: un modelo intermedio eficiente*. Abeledo-Perrot.

Oviedo, C. (2022). La interseccionalidad en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias. *Llapanchikpaq: Justicia*, *4*(4), 55-78. https://doi.org/10.51197/lj.v4i4.594

Pazmiño Granizo, E. (2011). *Las 100 Reglas de Brasilia: derechos humanos y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria*. Defensoría Pública.

Perelman, C. (1964). *De la justicia*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Pérez, F. (2024). Los niños, niñas y adolescentes y su acceso efectivo al sistema de justicia. En *Conferencias magistrales. Las 100 Reglas de Brasilia: herramientas fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva y equitativa* (pp. 260-303). Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Rawls, J. (2003). Justicia como equidad. *Revista Española de Control Externo*, *5*(13), 129-158.

Reca, J. P. (2021). Hacia el afianzamiento de un derecho fundamental: el acceso a la justicia y las Reglas de Brasilia. En J. Tello Gilardi y C. Calderón Puertas (comps.), *Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales* (pp. 13-38). Fondo Editorial del Poder Judicial.

Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana de la Universidad Rey Juan Carlos*, *6*(2), 1-37.

Robledo Silva, P. (2020). Las Reglas de Brasilia en Colombia. *Llapanchikpaq: Justicia*, *1*(1), 107-140. https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.5

Salierno, K. V. (2021). Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Infancias vulnerables y acceso a la justicia. *Llapanchikpaq: Justicia*, *3*(3), 103-129. https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.5

Sánchez-Palacios Paiva, M. (2002). *El recurso de casación civil: praxis.* Cultural Cuzco.

Sosa, M. (2024). Una mirada desde la interseccionalidad al acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. En *Conferencias magistrales. Las 100 Reglas de Brasilia: herramientas fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva y equitativa* (pp. 13-59). Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Tello Gilardi, J. (2025). El lenguaje claro y comprensible como garantía para el acceso a la justicia en el Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *17*(24), 61-75. https://doi.org/10.35292/ropj.v17i24.1426

Timaná Álvarez, M., y Vega Encalada, A. (2023). Las 100 Reglas de Brasilia como herramienta para enfrentar las barreras de acceso a la justicia: el enfoque de género como factor de vulnerabilidad. *Llapanchikpaq: Justicia*, *5*(7), 181-202. https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.871

Toro Huerta, M. I. del (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *1*(6). https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2006.6.160

Ullauri Ocampo, I. A. (2025). Las Reglas de Brasilia: acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad. *Revista Jurídica Peruana Desafíos en Derecho*, *2*(1), 65-77. https://doi.org/10.37711/RJPDD.2025.2.1.8

Vivas Lloreda, W. Y. (2025). La población afrodescendiente y el acceso a la justicia en Latinoamérica: visión desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y las Reglas de Brasilia. *Revista Lasallista de Investigación*, *22*(1), 5-21. https://doi.org/10.22507/rli.v22n1a3646

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 1598-2015-Apurímac. Corte Suprema de Justicia de la República (11 de enero de 2016).

Casación n.º 3080-2016-Lambayeque. Corte Suprema de Justicia de la República (5 de julio de 2017).

Casación n.º 10309-2019-Arequipa. Corte Suprema de Justicia de la República (6 de enero de 2020).

Casación n.º 3194-2019-Lima. Corte Suprema de Justicia de la República (10 de mayo de 2022).

Casación n.º 13364-2022-Moquegua. Corte Suprema de Justicia de la República (30 de noviembre de 2023).

Casación n.º 180-2022-Huánuco. Corte Suprema de Justicia de la República (21 de noviembre de 2024).

Casación n.º 3644-2021-Junín. Corte Suprema de Justicia de la República (8 de mayo de 2025).

Casación n.º 22364-2021-Loreto. Corte Suprema de Justicia de la República (14 de enero de 2026).

Recurso de Nulidad n.º 1947-2017-Junín. Corte Suprema de Justicia de la República (16 de enero de 2018).

Recurso de Nulidad n.º 872-2019-Selva Central. Corte Suprema de Justicia de la República (31 de mayo de 2021).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Revisión de literatura, redacción del trabajo, corrección de la versión final que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía del autor
William Homer Fernández Espinoza es abogado, maestro en Derecho Procesal, maestro en Gestión Pública y candidato a doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Privada del Norte. Asesor legal del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Correspondencia
william.fernandez@upn.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 251-290
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1590

Explicabilidad algorítmica en IA genómica desde una perspectiva comparada con propuestas para América Latina

Algorithmic Explainability in Genomic AI: A Comparative Perspective with Proposals for Latin America

Explicabilidade algorítmica na IA genômica sob uma perspectiva comparada, com propostas para a América Latina

Olga Alejandra Alcántara Francia
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)
Contacto: oalcantara@cientifica.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-9159-1245

Jennifer Guiselle Rojas Alvarado
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)
Contacto: jennifer.rojas@urp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1016-3140

Enrico Marcel Huarag Guerrero
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)
Contacto: enrico.huarag@urp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-9985-5313

RESUMEN

La convergencia de inteligencia artificial y genómica ha generado sistemas de procesamiento automatizado de información genética aplicables

a contextos médicos, aseguradores y laborales, alcanzando niveles de precisión previamente inalcanzables. Este avance contrasta con la opacidad inherente de los mecanismos decisorios algorítmicos, lo que origina conflictos entre el desarrollo tecnológico y la salvaguarda de garantías fundamentales.

La presente investigación desarrolla un examen crítico de los marcos jurídicos vigentes sobre transparencia algorítmica aplicada a sistemas genómicos de inteligencia artificial, y pone en evidencia limitaciones sustanciales en el abordaje de características distintivas de los datos genéticos: su naturaleza hereditaria, su estabilidad genómica relativa, su capacidad predictiva y su sensibilidad social. Mediante el análisis doctrinal cualitativo que fusiona la investigación jurídica comparada con el estudio de casos paradigmáticos, se examinan los marcos normativos del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), el Reglamento de Inteligencia Artificial (AI Act) europeo, el Reglamento Relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS), el Convenio de Oviedo y los desarrollos regulatorios comparados.

Esta investigación pone de manifiesto deficiencias normativas cruciales: la falta de consideración específica de los efectos familiares, la falta de marcos temporales adaptativos para las predicciones genómicas, y la carencia de principios para gestionar la incertidumbre científica inherente. Frente a ello, se plantea la «explicabilidad genómica diferenciada» como una nueva categoría jurídica que incorpora la contextualización familiar, la temporalidad adaptativa, la gestión explícita de la incertidumbre y la proporcionalidad distintiva. Los descubrimientos subrayan la imperiosa necesidad de establecer marcos regulatorios específicos que armonicen la salvaguarda de derechos fundamentales con el avance científico.

Palabras clave: inteligencia artificial genómica; explicabilidad algorítmica; protección de datos genéticos; decisiones automatizadas genómicas; transparencia algorítmica; derecho tecnológico.

ABSTRACT

The convergence of artificial intelligence and genomics has generated systems for the automated processing of genetic information applicable

to medical, insurance, and employment contexts, achieving levels of accuracy previously unattainable. This progress contrasts with the inherent opacity of algorithmic decision-making mechanisms, giving rise to conflicts between technological development and the protection of fundamental guarantees.

This research conducts a critical examination of existing legal frameworks concerning algorithmic transparency applied to genomic artificial intelligence systems and reveals substantial limitations in addressing the distinctive characteristics of genetic data: its hereditary nature, relative genomic stability, predictive capacity, and social sensitivity. Through qualitative doctrinal analysis that combines comparative legal research with the study of landmark cases, the paper examines the regulatory frameworks of the General Data Protection Regulation (GDPR), the European Artificial Intelligence Act (AI Act), the Regulation on the European Health Data Space (EHDS), the Oviedo Convention, and other comparative regulatory developments.

The study highlights crucial regulatory shortcomings: the lack of specific consideration of familial effects, the absence of adaptive temporal frameworks for genomic predictions, and the lack of principles for managing inherent scientific uncertainty. In response, it proposes "differentiated genomic explainability" as a new legal category incorporating familial contextualization, adaptive temporality, explicit uncertainty management, and distinctive proportionality. The findings underscore the urgent need to establish specific regulatory frameworks that reconcile the protection of fundamental rights with scientific advancement.

Keywords: genomic artificial intelligence; algorithmic explainability; genetic data protection; automated genomic decisions; algorithmic transparency; technology law.

RESUMO

A convergência entre a inteligência artificial e a genômica tem dado origem a sistemas de processamento automatizado de informações genéticas aplicáveis a contextos médicos, securitários e laborais, alcançando níveis de precisão anteriormente inalcançáveis. Esse avanço contrasta com a

opacidade inerente aos mecanismos decisórios algorítmicos, o que dá origem a conflitos entre o desenvolvimento tecnológico e a salvaguarda de garantias fundamentais.

A presente pesquisa desenvolve um exame crítico dos marcos jurídicos vigentes em matéria de transparência algorítmica aplicada a sistemas genômicos de inteligência artificial e evidencia limitações substanciais na abordagem de características distintivas dos dados genéticos: sua natureza hereditária, sua relativa estabilidade genômica, sua capacidade preditiva e sua sensibilidade social. Por meio da análise doutrinária qualitativa que combina a pesquisa jurídica comparada com o estudo de casos paradigmáticos, examinam-se os marcos normativos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), do Regulamento Europeu de Inteligência Artificial (AI Act), do Regulamento Relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS), da Convenção de Oviedo e dos desenvolvimentos regulatórios comparados.

Esta pesquisa evidencia deficiências normativas cruciais: a ausência de consideração específica dos efeitos familiares, a falta de marcos temporais adaptativos para as predições genômicas e a carência de princípios para gerir a incerteza científica inerente. Diante disso, propõe-se a «explicabilidade genômica diferenciada» como uma nova categoria jurídica que incorpora a contextualização familiar, a temporalidade adaptativa, a gestão explícita da incerteza e a proporcionalidade distintiva. As constatações ressaltam a imperiosa necessidade de estabelecer marcos regulatórios específicos que harmonizem a salvaguarda dos direitos fundamentais com o avanço científico.

Palavras-chave: inteligência artificial genômica; explicabilidade algorítmica; proteção de dados genéticos; decisões automatizadas genômicas; transparência algorítmica; direito da tecnologia.

Recibido: 26/2/2026 **Revisado:** 23/3/2026
Aceptado: 14/5/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial aplicada a genómica constituye una revolución en la capacidad predictiva de predisposiciones patológicas y en la justificación de decisiones clínicas. Los algoritmos de *machine learning* procesan volúmenes masivos de información genética generando predicciones que condicionan el acceso a coberturas aseguradoras, oportunidades laborales y terapias médicas.

Esta capacidad predictiva contrasta radicalmente con la opacidad inherente a los procesos decisorios algorítmicos. Los algoritmos de aprendizaje profundo empleados en genómica funcionan como «cajas negras» que, pese a su precisión, no proporcionan explicaciones comprensibles (Rudin, 2019). Esta opacidad adquiere dimensiones críticas por la naturaleza íntima, inalterable y hereditaria de los datos genéticos (Quinn et al., 2021).

La tensión entre capacidad predictiva y transparencia algorítmica se intensifica en genómica porque las decisiones automatizadas afectan no solo al individuo analizado, sino a parientes que comparten información genética; los sistemas perpetúan sesgos históricos, con bases de datos sesgadas hacia poblaciones europeas (86.3 %) (Sirugo et al., 2019), lo que resulta en predicciones menos precisas para grupos minoritarios (Martin et al., 2019); y la naturaleza predictiva a largo plazo introduce marcos temporales complejos que los sistemas jurídicos actuales no contemplan adecuadamente.

En el contexto latinoamericano, la diversidad genética de poblaciones amerindias, mestizas y afrodescendientes permanece subrepresentada en repositorios globales de datos, generando riesgo de predicciones sistemáticamente imprecisas. La carencia de marcos normativos específicos sobre transparencia algorítmica puede consolidar una asimetría estructural entre desarrollo tecnológico y salvaguarda de garantías fundamentales.

En este sentido, la pregunta de investigación que guía este trabajo es: ¿en qué medida los marcos jurídicos actuales garantizan el derecho a la explicabilidad en decisiones automatizadas genómicas, y qué elementos normativos requiere un régimen de «explicabilidad genómica diferenciada»?

El objetivo general consiste en examinar críticamente los marcos regulatorios vigentes, evidenciar sus deficiencias estructurales y desarrollar componentes normativos para un sistema de «explicabilidad genómica diferenciada». Los objetivos específicos incluyen: sistematizar marcos normativos aplicables, identificar vacíos normativos críticos mediante casos paradigmáticos, y desarrollar fundamentos conceptuales para estándares específicos de explicabilidad genómica.

La investigación adopta un enfoque cualitativo de análisis doctrinal que integra investigación jurídica comparada con análisis de casos paradigmáticos, y se estructura en tres ejes: descriptivo (sistematización normativa), crítico-analítico (evaluación de adecuación) y propositivo (desarrollo de estándares específicos).

Finalmente, el artículo se organiza en cinco secciones: el análisis comparado de los marcos regulatorios vigentes en torno a la explicabilidad genómica diferenciada; el estudio de casos paradigmáticos y sus lecciones jurídicas; los fundamentos conceptuales para futuros desarrollos normativos; los desafíos y las limitaciones identificados; y las conclusiones.

2. HACIA UNA «EXPLICABILIDAD GENÓMICA DIFERENCIADA»

La singularidad de los datos genéticos, caracterizados por su naturaleza hereditaria, inalterable, predictiva y socialmente sensible, requiere un tratamiento jurídico diferenciado que reconozca tanto la complejidad científica como las implicaciones éticas específicas. Esta sección realiza un análisis crítico de los marcos normativos vigentes con el objetivo de identificar fortalezas utilizables y vacíos críticos que faciliten la creación de un sistema de «explicabilidad genómica diferenciada».

2.1. Fundamentos conceptuales de la explicabilidad algorítmica en el contexto genómico

El desarrollo de un régimen específico para inteligencia artificial genómica demanda distinguir diferencias sustanciales entre fundamentación jurídica y explicación técnica. Kaminski y Malgieri (2021) distinguen la transparencia habilitadora de derechos (*rights-enabling*), que proporciona

explicaciones comprensibles a personas afectadas, de la transparencia técnica y protectiva, para comprensión causal del funcionamiento sistémico. En ordenamientos donde el principio de motivación exige fundamentación comprensible —como el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú—, esta distinción adquiere dimensiones constitucionales específicas.

Los datos genéticos justifican un tratamiento diferenciado porque presentan cuatro características fundamentales: (i) carácter hereditario y familiar, que afecta no solo al sujeto analizado, sino a parientes con información genética similar; (ii) estabilidad genética relativa, pues si bien el genoma permanece estable en su mayor parte a lo largo de la vida del individuo, no es estrictamente inmutable (se producen mutaciones somáticas y epimutaciones); (iii) predictibilidad temporal, lo cual genera predicciones sobre condiciones futuras que pueden manifestarse décadas después; y (iv) sensibilidad social, con potencial discriminatorio históricamente documentado.

Se plantea la expresión «explicabilidad genómica diferenciada» como la garantía de acceder a información inteligible sobre mecanismos decisorios, elementos determinantes y consecuencias de resoluciones automatizadas fundamentadas en evaluación genética predictiva, que integran: (i) contextualización familiar, (ii) temporalidad predictiva, (iii) explicitación de incertidumbre, y (iv) proporcionalidad adaptativa.

2.2. El régimen europeo del GDPR: protección reforzada insuficiente para genómica

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos —Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, GDPR)— constituye el referente paradigmático para protección de datos genéticos, con influencia creciente en legislaciones latinoamericanas. El artículo 22 establece el derecho a no estar sujeto a decisiones basadas únicamente en tratamiento automatizado con efectos jurídicos significativos. En contraste, Wachter et al. (2017) demuestran que el

GDPR no establece un «derecho a la explicación» comprehensivo, sino únicamente derecho a recibir «información significativa sobre la lógica implicada» (arts. 13-15). Esta formulación genérica resulta inadecuada para el contexto genómico, donde la complejidad científica requiere niveles de explicación cualitativamente diferentes[1].

De otro lado, el artículo 22.4 establece una protección reforzada para las categorías especiales del artículo 9 —incluyendo datos genéticos— mediante remisión, pero no define «medidas adecuadas» en contextos de explicabilidad algorítmica (Bygrave, 2020; Malgieri, 2019), con lo cual genera un vacío interpretativo crítico. En este contexto, podríamos afirmar que el GDPR presenta algunas insuficiencias estructurales que se manifiestan en tres dimensiones: primera, la ausencia de consideración de efectos familiares. El marco se construye sobre consentimiento individual, sin contemplar qué decisiones automatizadas genómicas pueden revelar información sobre terceros no consentidores. Segunda, la falta de reconocimiento de dimensión temporal. El GDPR establece principios de exactitud (art. 5.1.d), pero no contempla qué interpretaciones genómicas evolucionan constantemente. Una variante clasificada como «benigna» puede reclasificarse como «patogénica» años después, sin mecanismos claros de actualización. Y, finalmente, la ausencia de protección frente a discriminación genética sistémica. El GDPR prohíbe la discriminación (considerando 71), pero no establece obligaciones específicas para mitigar sesgos en bases de datos no representativas, perpetuando así la discriminación algorítmica estructural.

2.3. El AI Act europeo: del modelo de protección de datos hacia la regulación por riesgos

Reconociendo las limitaciones del enfoque centrado exclusivamente en protección de datos, el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos).

normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (en adelante, AI Act), adopta un paradigma complementario cuyo objeto es armonizar el mercado interior (unidad del mercado interior de la Unión Europea), pues establece normas para el desarrollo y el uso de la IA, y se basa en una clasificación de riesgos y obligaciones de transparencia diferenciadas (Pizzetti et al., 2025). Este modelo introduce elementos que, al menos teóricamente, podrían subsanar algunas deficiencias identificadas en el GDPR respecto a la explicabilidad genómica. Los sistemas de IA para «evaluación de riesgos y fijación de precios en seguros de vida y salud» se consideran de alto riesgo (anexo III, punto 5, letra c), aplicable a IA genómica en contextos aseguradores.

El artículo 13 exige que los sistemas de IA de alto riesgo vayan acompañados de instrucciones de uso con «información concisa, completa, correcta y clara» sobre sus «características, capacidades y limitaciones del funcionamiento», disposición dirigida principalmente a los responsables del despliegue, lo que para sistemas genómicos debería incluir limitaciones de predicción genética, márgenes de incertidumbre y sesgos poblacionales.

Sin embargo, este reglamento presenta también algunas limitaciones, como que la definición de alto riesgo excluye aplicaciones en investigación o empleo, lo que limita su alcance protector; o que los requisitos permanezcan formulados en términos generales sin especificaciones para particularidades genómicas. No establece obligaciones de divulgar composición poblacional de datos de entrenamiento ni limitaciones predictivas para poblaciones subrepresentadas; asimismo, el marco no contempla autoridades especializadas en genómica. El artículo 64 regula la Oficina Europea de IA —establecida mediante Decisión de la Comisión— sin mandato específico para estándares técnicos en explicabilidad genómica; el artículo 70 regula la designación de autoridades nacionales competentes y puntos de contacto único.

2.4. El Espacio Europeo de Datos de Salud: gobernanza digital de datos genómicos

El marco regulatorio europeo se complementa con el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de

2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud (en adelante, EEDS), publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 5 de marzo de 2025 y en vigor desde el 26 de marzo de 2025. Este instrumento introduce una arquitectura jurídica de gobernanza para el acceso, la portabilidad y la reutilización de datos de salud electrónicos —incluidos expresamente los datos genéticos— en entornos digitales transfronterizos, por lo cual constituye un complemento sectorial al GDPR y al AI Act, de especial relevancia para los sistemas de IA genómica. Su entrada en vigor marca el inicio de una fase de transición hacia la aplicación plena de sus disposiciones, cuya arquitectura de gobernanza incide directamente sobre los contextos de tratamiento algorítmico de datos genómicos analizados en este trabajo.

En lo que respecta a la explicabilidad en IA genómica, el Reglamento (UE) 2025/327 introduce tres desarrollos de particular interés. Primero, refuerza el derecho de acceso de los titulares a sus propios datos de salud electrónicos y su control efectivo sobre ellos, incluyendo datos genómicos procesados por sistemas algorítmicos; esta disposición fortalece las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la explicación en entornos digitales integrados. Segundo, regula la reutilización de datos de salud —categoría que abarca explícitamente los datos genéticos— con fines de investigación e innovación; ámbito donde los algoritmos genómicos operan frecuentemente sin el nivel de escrutinio previsto para dispositivos médicos. El Reglamento introduce condiciones de acceso y transparencia sobre las finalidades del procesamiento secundario, incidiendo sobre la opacidad algorítmica estructural identificada en las secciones precedentes. Tercero, establece mecanismos de gobernanza para la infraestructura digital de datos de salud, cuya articulación con los requisitos de explicabilidad del GDPR (arts. 13-15 y 22) y del AI Act (art. 13) podría fundamentar estándares sectoriales específicos para sistemas de IA genómica, particularmente en lo relativo a los usos secundarios de información genómica en investigación y en entornos aseguradores.

No obstante, el EEDS presenta limitaciones relevantes para los propósitos del presente análisis. El Reglamento no establece estándares técnicos vinculantes sobre divulgación de sesgos poblacionales en datos

de entrenamiento, no contempla la dimensión hereditaria y relacional de los datos genéticos, y no introduce obligaciones específicas de actualización frente a la reclasificación de variantes genéticas conforme evoluciona el conocimiento científico. Su valor principal reside en la construcción de una infraestructura digital de gobernanza sobre la que podrían edificarse, en desarrollos normativos posteriores, los estándares específicos de explicabilidad genómica diferenciada propuestos en este trabajo. En esa medida, el EEDS representa una oportunidad normativa que los sistemas latinoamericanos, y en particular el peruano, podrían considerar como referente en sus desarrollos regulatorios propios, en articulación con las bases constitucionales identificadas en la sección 6.3.

2.5. Marcos internacionales: principios estructurales del Convenio de Oviedo

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, también conocido como el Convenio de Oviedo (1997) constituye el instrumento internacional jurídicamente vinculante más relevante en el ámbito de la biomedicina, con efecto obligatorio para los Estados miembros del Consejo de Europa que lo han ratificado, y establece principios fundamentales para la regulación de tecnologías emergentes de aplicación general[2].

El artículo 11 prohíbe «toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético», aplicable a sistemas de IA genómica. El artículo 12 establece que tests predictivos «solo podrán efectuarse

2 El Convenio de Oviedo es un convenio del Consejo de Europa, organización internacional distinta de la Unión Europea. El Consejo de Europa agrupa a cuarenta y seis Estados miembros y tiene como misión la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho; la Unión Europea, por su parte, es una organización de integración económica y política que actualmente agrupa a veintisiete Estados. El Convenio de Oviedo reconoce también el derecho a no saber (art. 10.2), que podría verse vulnerado por sistemas de IA que realizan diagnósticos no solicitados. Asimismo, el artículo 10.3 especifica que la información genética de una persona puede no ser secreta si afecta a sus familiares, lo que introduce una dimensión colectiva en la privacidad genómica.

con fines sanitarios», limitando significativamente su uso en contextos aseguradores o laborales (Andorno, 2005).

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos —adoptada por la Conferencia General de la Unesco en 1997 (en adelante, Declaración Unesco[3])—, instrumento de *soft law*[4] carente de fuerza jurídica vinculante directa, pero dotado de destacada autoridad moral y política en el ámbito internacional, complementa este marco prohibiendo discriminaciones «cuyo objeto o efecto» atente contra derechos humanos, incluyendo sesgos algorítmicos no intencionales derivados de bases de datos no representativas.

Estos instrumentos establecen tres principios estructurales: la restricción finalista del uso de información genética a propósitos sanitarios legítimos; la prohibición de discriminación genética intencional y de efecto; y la dignidad humana como límite a aplicaciones tecnológicas.

2.6. Lecciones de marcos normativos comparados

Estados Unidos: la Genetic Information Nondiscrimination Act de 2008 (GINA) establece protección contra discriminación en seguros de salud y empleo, pero excluye seguros de vida, discapacidad y cuidados prolongados, con lo cual deja desprotegidos a sectores críticos (Suter, 2018).

Reino Unido: el Information Commissioner's Office (ICO) establece que el procesamiento de datos genéticos «requiere una Evaluación de Impacto de Protección de Datos (DPIA)» (ICO, 2021). Este enfoque de autorregulación supervisada presenta flexibilidad, pero carece de fuerza normativa vinculante para establecer estándares mínimos uniformes.

---

3 No debe confundirse con la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005, que es un instrumento diferente de alcance más amplio sobre cuestiones éticas en medicina y ciencias de la vida en general.

4 La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) es un documento de carácter simbólico y no vinculante. A diferencia de los tratados internacionales o convenios, no genera obligaciones jurídicas directas para los Estados, sino que expresa principios éticos de alcance orientador.

América Latina: la tabla 1 sistematiza el desarrollo de algunos marcos emergentes que revelan una oportunidad estratégica, puesto que ninguna jurisdicción ha desarrollado aún marcos comprehensivos para la explicabilidad genómica diferenciada.

Tabla 1

Marcos latinoamericanos

País	Marco	Fortaleza	Limitación
Chile	Ley Datos Personales 2024 + Proyecto IA	Primera legislación con datos genéticos específicos	Sin requisitos explicabilidad algorítmica
Argentina	Resolución 161/2023 Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP)	Marco institucional más consolidado	Instrumentos *soft law* sin fuerza vinculante
Brasil	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) 2020, art. 20	Derecho explícito a explicación	Sin estándares técnicos específicos
Colombia	Sentencia T-067/2025	Precedente transparencia algorítmica	Alcance limitado a aplicaciones algorítmicas de entidades públicas
Perú	Ley n.º 29733 + Reglamento Constitución	Bases constitucionales sólidas	DS 016-2024-JUS (nov. 2024): primera inclusión expresa de datos genéticos como sensibles

Perú dispone de regulación desde 2013 mediante la Ley de Protección de Datos Personales; su reglamento original fue sustituido en 2024 por el Decreto Supremo n.º 016-2024-JUS (Reglamento de la Ley n.º 29733), el cual categoriza datos genéticos como «datos sensibles» (art. III.6) y «datos personales relacionados con salud» (art. III.5), demanda consentimiento escrito reforzado (art. 8) y habilita evaluaciones de impacto de carácter facultativo (art. 40).

2.7. Vacíos normativos críticos identificados

El examen sistemático revela deficiencias estructurales fundamentales. Primero, se constata carencia de definiciones jurídicas precisas para conceptos como «explicabilidad genómica», «decisión automatizada genética» o «discriminación algorítmica genética», generando ambigüedad interpretativa crítica. En segundo lugar, la inexistencia de estándares técnicos vinculantes sobre divulgación de composición poblacional

de datos de entrenamiento, de comunicación de márgenes de error estratificados por ancestría, o de explicación de limitaciones temporales.

A esto se suma la ausencia de mecanismos de protección para efectos familiares. Los marcos regulatorios se centran en la protección individual sin contemplar que algunas predicciones algorítmicas pueden perjudicar a familiares no consentientes. Y la falta de regulación de aspectos temporales de predicciones puede extenderse en décadas, sin obligaciones de actualización conforme evoluciona el conocimiento científico.

Finalmente, se advierte la carencia de autoridades con *expertise* genómico especializado necesario para evaluar la adecuación de explicaciones en sistemas complejos. Estos vacíos demuestran que la protección efectiva requiere desarrollar marcos conceptuales específicos que aborden las particularidades identificadas.

Los vacíos normativos identificados no constituyen meras deficiencias teóricas, sino que generan consecuencias prácticas documentables en la implementación real de sistemas de IA genómica. Para evidenciar estas consecuencias y extraer lecciones aplicables a contextos regulatorios diversos, la siguiente sección examina tres casos paradigmáticos que ilustran cómo la ausencia de marcos específicos de explicabilidad afecta tanto la protección de derechos fundamentales como la innovación responsable.

3. ESTUDIO DE CASOS PARADIGMÁTICOS Y LECCIONES JURÍDICAS

La selección de casos obedece a: (i) establecimiento de precedente regulatorio vinculante; (ii) pertinencia genómica directa; (iii) influencia en construcción de marcos de explicabilidad; y (iv) representatividad de contextos diversos. Este criterio permite derivar enseñanzas aplicables a sistemas jurídicos en desarrollo con recursos institucionales y marcos normativos variados.

3.1. Caso Paige AI: explicabilidad como requisito regulatorio en diagnóstico oncológico

En septiembre de 2021, la Food and Drug Administration de los Estados Unidos (FDA) otorgó autorización a Paige Prostate, primer *software* de

patología basado en IA con requisitos específicos de explicabilidad algorítmica (Business Wire, 2021), a fin de que analizara biopsias prostáticas mediante redes neuronales profundas para identificar adenocarcinoma; se estableció así un precedente fundamental sobre estándares mínimos de transparencia en aplicaciones médicas genómicas.

Sin embargo, pese a su precisión diagnóstica, el sistema operaba como «caja negra» sin información sobre características histológicas contribuyentes, ponderación de marcadores, limitaciones para casos atípicos, o validación en poblaciones diversas. Esto generaba problemas de responsabilidad profesional y planteaba la siguiente interrogante sobre cómo ejercer supervisión sin comprender el razonamiento algorítmico.

La FDA (2024) estableció que la información que genere riesgos debe comunicarse a todos los interactuantes, lo que se tradujo en la obligación de brindar la documentación comprehensiva sobre la arquitectura, los datos de entrenamiento y las métricas estratificadas; de explicar en tiempo real los mapas de activación y los niveles de confianza; y los protocolos de supervisión humana cualificada especificando el uso de un sistema de IA como herramienta de soporte. El análisis del caso llevó a tres constataciones básicas; en primer término, que la explicabilidad técnica es necesaria pero insuficiente. Los mapas de activación proporcionan transparencia para expertos, mas no resuelven la comunicación con pacientes. En genómica, la divulgación de ponderaciones de variantes no constituye explicación comprensible para los no especialistas.

En segundo término, la validación poblacional debe ser explícita y estratificada. La FDA exigió una demostración de rendimiento en poblaciones diversas, dada la existencia de sesgos hacia poblaciones europeas en bases de datos genómicas.

Adicionalmente, la supervisión humana cualificada es insustituible. En genómica predictiva, los algoritmos de riesgo poligénico no podrían fundamentar decisiones sin intervención de genetistas certificados. Esto muestra que la autorización de la FDA se limita a dispositivos médicos comercializados, sin alcanzar algoritmos genómicos en investigación, contextos aseguradores o aplicaciones directas al consumidor, lo cual genera fragmentación regulatoria.

El caso Paige AI ilustró las tensiones de explicabilidad en el contexto de diagnóstico clínico individual con supervisión médica directa. Sin embargo, la explicabilidad genómica enfrenta otras complejidades cuando se trata de predicciones basadas en riesgos poligénicos que afectan a poblaciones enteras. El siguiente caso examina estas dimensiones poblacionales y la gestión de incertidumbre inherente.

3.2. Caso eMERGE: complejidad de explicabilidad en riesgos poligénicos clínicos

La red eMERGE implementó un sistema para comunicación de evaluaciones de riesgo genómico fundamentadas en *polygenic risk scores* (PRS) aplicado a 25 000 participantes de ancestrías diversas (Lennon et al., 2024). Los PRS agregan efectos de numerosas variantes para predecir predisposiciones a enfermedades complejas, generando predicciones probabilísticas emergentes que no pueden descomponerse en factores causales comprensibles.

El sistema de IA operaba con limitaciones críticas donde el personal clínico y los pacientes recibían puntajes numéricos sin información sobre variantes contribuyentes, ponderaciones, poblaciones de entrenamiento, validación en grupos diversos, o limitaciones para ancestrías no europeas. Al respecto, Martin et al. (2017) documentan que la historia demográfica impacta en la predicción, lo que resulta en puntajes sistemáticamente menos precisos para la ascendencia no europea y genera una discriminación algorítmica que compromete los principios de no discriminación establecidos en el artículo 11 del Convenio de Oviedo —vinculante para sus Estados parte— y los estándares análogos de la Declaración Unesco.

Las agencias reguladoras establecieron que los PRS necesitaban marcos de transparencia específicos debido a su complejidad algorítmica y su influencia en las decisiones clínicas. Entonces, si la FDA desea proporcionar información completa para algoritmos poligénicos, debe solicitar el código correspondiente, que incluya los riesgos pre-test de enfermedad derivados de combinaciones de edad, sexo, etnicidad y otros predictores pertinentes.

Mientras que los casos Paige y eMERGE se desarrollaron primariamente en contextos clínicos y de investigación bajo marcos regulatorios específicos, en el caso Illumina/GRAIL se introducen dimensiones adicionales relacionadas con concentración de mercado, acceso equitativo a tecnologías genómicas de detección y el papel de autoridades de competencia en la supervisión de transparencia algorítmica. El siguiente caso nos demuestra cómo la explicabilidad algorítmica se entrelaza con consideraciones antimonopolio y de salud pública.

3.3. Caso Illumina/GRAIL: transparencia algorítmica en detección multicáncer

El caso Illumina/GRAIL representa un precedente significativo para requisitos de transparencia algorítmica en sistemas genómicos de detección oncológica. La Federal Trade Commission (FTC) presentó una denuncia administrativa con objetivo de bloquear la adquisición de $7.1 billones por Illumina de GRAIL, compañía desarrolladora de pruebas de detección temprana multicáncer mediante secuenciación de ADN (FTC, 2024). A pesar de que el caso se centró en asuntos vinculados al antimonopolio, se instauraron precedentes fundamentales para la divulgación de algoritmos genómicos empleados en un diagnóstico clínico.

GRAIL desarrolló el test Galleri, sistema algorítmico identificador de hasta cincuenta tipos de cáncer en pacientes asintomáticos, y es actualmente la única compañía que produce una prueba efectiva multioncológica a este nivel. Sin embargo, operaba con limitaciones de transparencia: clínicos y pacientes recibían resultados sin información comprensible sobre algoritmos específicos procesadores de datos, entrenamiento de modelos, bases de datos de calibración, validación de rendimiento, ni limitaciones predictivas para neoplasias raras o poblaciones subrepresentadas.

En respuesta, surgieron inquietudes sistemáticas acerca de la ausencia de transparencia en algoritmos genómicos comerciales críticos para la salud. La FTC sostuvo que (i) la concentración vertical podría limitar la innovación en algoritmos de detección más explicables y accesibles; y que (ii) la fusión «amenaza con sofocar la competencia en curso en la

carrera para desarrollar y comercializar pruebas de detección temprana de múltiples cánceres» (Manalac, 2023).

La situación sugiere que los futuros algoritmos genómicos de identificación de enfermedades deben exhibir no solo precisión en el diagnóstico, sino también accesibilidad a un nivel competitivo y transparencia en términos algorítmicos para prevenir la formación de monopolios que limiten la innovación hacia sistemas más comprensibles.

3.4. Patrones jurídicos recurrentes: síntesis transversal

3.4.1. Tensión estructural: complejidad algorítmica versus comprensibilidad jurídica

Los casos revisados evidencian una problemática clara, en primer lugar, la precisión predictiva óptima requiere algoritmos complejos que integran millones de variables; y, en segundo lugar, la legitimidad jurídica demanda comprensibilidad para lograr una supervisión efectiva. Esto nos lleva a preguntarnos ¿hasta qué punto podemos aceptar decisiones precisas, pero incomprensibles, frente a decisiones comprensibles, pero menos precisas? Un PRS con primas de seguros que integran dos millones de variantes puede ser estadísticamente óptimo, pero jurídicamente ilegítimo si los asegurados no pueden comprender ni impugnar sus fundamentos.

3.4.2. Sesgos poblacionales y discriminación algorítmica por efecto

Los PRS muestran una reducción del 20-80 % en precisión para poblaciones africanas, asiáticas o latinoamericanas mestizas (Lennon et al., 2024). Esta disparidad estructural constituye discriminación algorítmica por efecto —prohibida por la Declaración Unesco de 1997 en su artículo 6—, lo cual requiere del sustento a través de una documentación de la composición poblacional, de la validación del rendimiento en poblaciones diversas, y de la comunicación de las limitaciones de forma clara, así como de la implementación de medidas correctivas.

La diversidad genética con contribuciones amerindias, europeas y africanas vuelve a las poblaciones latinoamericanas particularmente vulnerables. Los PRS desarrollados con datos europeos generarían

predicciones imprecisas para la población mestiza, lo cual constituiría una suerte de discriminación estructural.

3.4.3. Ausencia de marcos temporales adaptativos

Las predicciones genómicas operan en décadas. Un PRS que estime el riesgo de Alzheimer puede predecir que la condición podría manifestarse 30-40 años después, período donde el conocimiento científico evolucionaría sustancialmente. En tal sentido, los marcos actuales no contemplan la adopción de obligaciones de actualización temporal; ni los mecanismos de notificación sobre reclasificaciones; ni tampoco los protocolos de revisión cuando cambia la base científica. A modo de ejemplo hipotético ilustrativo de esta problemática, supóngase que una aseguradora deniega la cobertura en 2020 basándose en un PRS y clasificándolo como variante de «alto riesgo»[5]. La investigación publicada en 2024 reclasificó la variante como de «riesgo moderado». Esta situación plantea una serie de cuestionamientos: ¿tiene el asegurado un derecho a revisión? ¿Tiene la aseguradora una obligación de monitoreo activo? Los marcos actuales no proporcionan respuestas.

3.4.4. Indeterminación en supervisión humana cualificada

Los casos revisados revelan que la supervisión humana funciona como una salvaguarda esencial. Sin embargo, persiste la indeterminación acerca de lo que constituye supervisión «cualificada»; ello deja sin respuesta algunos cuestionamientos como los siguientes: ¿qué formación en IA necesitan los patólogos para una supervisión efectiva?, ¿cuántos genetistas comprenden las bases metodológicas GWAS o los modelos bayesianos de los sistemas que validan? Esta indeterminación genera problemas de responsabilidad cuando las decisiones resultan erróneas o fracasan.

El análisis transversal de problemas jurídicos repetitivos revela patrones consistentes que trascienden contextos regulatorios específicos y evidencian la necesidad de articular principios doctrinales generales que puedan orientar desarrollos normativos futuros, independientemente de las particularidades jurisdiccionales.

---

5 Caso documentado en Botkin (2016).

3.5. Principios doctrinales emergentes

Este análisis sustenta la formulación de cinco principios básicos:

a) **Proporcionalidad diferenciada según impacto.** La exigibilidad de decisiones algorítmicas debe establecerse en correlación con la gravedad de las consecuencias. Las decisiones con efectos irreversibles sobre la integridad física (mastectomía preventiva BRCA) requieren de una explicabilidad reforzada respecto de intervenciones reversibles (*screening* adicional).
b) **Divulgación obligatoria de sesgos poblacionales.** Los desarrolladores tienen la obligación de revelar la composición poblacional de datos de entrenamiento y las limitaciones predictivas derivadas. Las fórmulas divulgativas deben ser cuantitativas: «este PRS fue entrenado con 92 % de datos europeos; precisión para latinoamericanos mestizos puede ser 30-60 % inferior».
c) **Contextualización temporal explícita.** Las explicaciones deben incluir marcos temporales de predicciones, el carácter evolutivo del conocimiento científico, los límites de validez temporal del modelo y mecanismos de actualización. La explicabilidad es un proceso continuo, no un evento único.
d) **Explicabilidad estratificada por destinatario.** Los sistemas deben proporcionar explicaciones adaptadas a diferentes niveles de *expertise*: pacientes, clínicos, investigadores, reguladores. La información debe estar centrada en impacto vital para los pacientes, una fundamentación científico-clínica para profesionales, detalle metodológico para investigadores, y la trazabilidad completa para autoridades.
e) **Supervisión humana cualificada obligatoria en alto riesgo.** En los contextos críticos, los sistemas algorítmicos deben diseñarse como herramientas de soporte, no una decisión automatizada completa. La supervisión debe ejercerse por profesionales con formación genómica, comprensión de limitaciones algorítmicas, capacidad evaluativa y autoridad para anular recomendaciones.

4. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES PARA DESARROLLOS NORMATIVOS FUTUROS

El examen sistemático de marcos regulatorios vigentes y el análisis de casos paradigmáticos evidencian la necesidad de desarrollar fundamentos conceptuales específicos que orienten la elaboración de marcos normativos para explicabilidad en IA genómica, equilibrando: (i) rigor científico, (ii) viabilidad jurídica, y (iii) adaptabilidad regional. Las propuestas desarrolladas buscan proporcionar herramientas que guíen a legisladores considerando particularidades de sistemas latinoamericanos con recursos institucionales variados.

4.1. Taxonomía de decisiones automatizadas genómicas: marco tridimensional

Siguiendo a Barocas et al. (2019), los sistemas algorítmicos demandan marcos clasificatorios específicos para comprensión de riesgos particulares. La taxonomía desarrollada opera en tres dimensiones interdependientes, lo cual genera una matriz operativa para actores jurídicos con flexibilidad adaptativa regional.

Tabla 2

Taxonomía tridimensional de decisiones automatizadas genómicas

Nivel de riesgo	Sector	Tipo de predicción	Requisitos explicabilidad
ALTO Enfermedades monogénicas graves, intervenciones irreversibles, análisis en menores	Salud (diagnóstico, oncología)	Diagnóstica (variantes causales alta penetrancia)	Explicación técnica completa + supervisión obligatoria por genetista + divulgación validación + incertidumbre cuantificada
MEDIO Enfermedades multifactoriales, farmacogenómica, estudios portadores	Seguros (salud), empleo (*screening* específico)	Predictiva corto-medio plazo (PRS 5-20 años)	Explicación sustancial + divulgación sesgos poblacionales + supervisión recomendada + limitaciones temporales
BAJO Análisis ancestrales, genealogía, rasgos no médicos	Investigación, consumidor directo (ancestría)	Predictiva largo plazo (>20 años o vida completa)	Explicación básica + transparencia limitaciones + consentimiento estándar

El despliegue de sistemas predictivos genómicos demanda análisis diferenciado según el sector aplicativo. En el ámbito clínico, donde resoluciones algorítmicas afectan directamente la vida y la salud de personas, rige un estándar reforzado de explicabilidad: toda predicción diagnóstica o recomendación terapéutica demanda transparencia algorítmica completa, dada la trascendencia médica de sus consecuencias (European Data Protection Board [EDPB], 2018).

El ámbito asegurador enfrenta restricciones adicionales: el artículo 12 del Convenio de Oviedo circunscribe los análisis predictivos genéticos exclusivamente a finalidades sanitarias, lo que limita considerablemente su utilización legítima en procesos de valoración actuarial o selección de riesgos.

Las relaciones de empleo presentan prohibiciones específicas: GINA impide a los empleadores solicitar o utilizar información genética de trabajadores. Este veto debe extenderse, por interpretación teleológica, a sistemas de decisión automatizada que, sin acceder directamente a genomas, procesen información correlacionada o inferencias genéticas indirectas.

4.2. Marco de cinco principios estructurales para explicabilidad genómica diferenciada

4.2.1. Principio de contextualización familiar

Los datos genómicos exceden el ámbito individual e impactan a familiares con información genética compartida (Burke et al., 2013). Por ejemplo, cuando un algoritmo detecta una variante BRCA1 patogénica, la explicación debe incluir la probabilidad del 50 % de herencia en hijos/as; el riesgo del 72 % acumulativo de cáncer de mama en portadoras (Kuchenbaecker et al., 2017); y el riesgo incrementado en varones portadores. Esta contextualización faculta a las personas para ejercer decisiones autónomas e informadas sobre la comunicación de hallazgos genéticos a sus familiares. En el contexto latinoamericano, en donde los marcos constitucionales protegen a la familia (como ocurre, por ejemplo, con el artículo 4 de la Constitución peruana), la explicabilidad debe contemplar efectos en grupos familiares vulnerables.

4.2.2. Principio de transparencia temporal

Las predicciones genómicas no operan sobre horizontes temporales uniformes ni estáticos, dado que el significado clínico de las variantes genéticas se modifica continuamente conforme avanza la investigación científica (Green et al., 2020; Khoury et al., 2013). Esta característica exige que, por ejemplo, un *score* poligénico que estime susceptibilidad a enfermedad de Alzheimer incorpore delimitación temporal precisa («riesgo acumulado entre los 65 y 85 años»), advertencia sobre provisionalidad («esta interpretación puede experimentar revisiones sustanciales en 10-20 años»), explicitación de límites predictivos («este score NO determina el momento de manifestación sintomática»), e identificación de factores ambientales modificables, como nivel educativo, patrones alimentarios y actividad física. Esta complejidad temporal obliga a que los marcos regulatorios instituyan obligaciones de actualización periódica cuando emerja nueva evidencia científica que modifique la interpretación de variantes o la validez de los modelos predictivos.

4.2.3. Principio de incertidumbre explícita

La comunicación efectiva de la incertidumbre constituye un requisito esencial para la explicabilidad algorítmica en genómica (MacArthur et al., 2014; Wand et al., 2021). Un PRS orientado a estimar riesgo de enfermedad coronaria debe transparentar, como mínimo, cuatro dimensiones de incertidumbre: la algorítmica, expresada cuantitativamente mediante intervalos de confianza («precisión 68 %, IC 95 %: 64-72 %»); la científica, vinculada al estado provisional del conocimiento («basado en 147 variantes identificadas mediante GWAS hasta 2024; el descubrimiento de nuevas variantes podría modificar esta estimación»); la biológica, referida a la variabilidad individual no capturada por el modelo («individuos con PRS idénticos pueden presentar trayectorias clínicas diferentes debido a factores ambientales, modificaciones epigenéticas y variantes raras no incluidas»); y la derivada de sesgos poblacionales en los datos de entrenamiento («desarrollado con datos 89 % europeos; la precisión para poblaciones latinoamericanas mestizas puede experimentar reducción del 30-50 %»).

4.2.4. Principio de proporcionalidad adaptativa

La profundidad explicativa debe modularse según la severidad de las consecuencias de cada predicción genómica (Bunnik et al., 2013; Miller et al., 2017). En pruebas de alto riesgo como Huntington, se requiere explicación técnica completa que abarque metodología de secuenciación, validación independiente, consejería genética obligatoria, discusión de implicaciones familiares y opciones reproductivas. Para riesgos medios como PRS de diabetes, la explicación debe incluir factores genéticos principales, riesgo relativo y absoluto con intervalos de confianza, factores modificables y limitaciones por ancestría. En análisis de bajo riesgo como ancestría genética, basta una explicación básica de metodología, transparencia sobre limitaciones y advertencia sobre implicaciones sociales.

4.2.5. Principio de comprensibilidad especializada

La explicabilidad efectiva exige adaptar el contenido y el formato informativo a las necesidades específicas de cada audiencia. Los pacientes requieren lenguaje no técnico, analogías comprensibles, visualizaciones claras, información accionable y recursos de apoyo. Los clínicos no genetistas necesitan resúmenes orientados a decisiones, referencias a guías clínicas, interpretación según criterios ACMG y recomendaciones de *screening*. Los genetistas clínicos demandan metodología técnica completa, identificación precisa de variantes, clasificación ACMG/AMP y evidencia funcional y poblacional. Los investigadores precisan acceso al código algorítmico, especificaciones de datos de entrenamiento y validación, protocolos de control de calidad y análisis de sensibilidad. Las autoridades regulatorias requieren evaluación de equidad algorítmica, análisis de impacto diferencial entre poblaciones, protocolos formalizados de actualización y mecanismos de vigilancia posimplementación.

4.3. Componentes normativos fundamentales para marco regulatorio específico

Los principios requieren traducción en elementos normativos concretos:

4.3.1. Definiciones legales precisas

- «Decisión automatizada genómica». Decisión mediante procesamiento algorítmico de datos genéticos con efectos jurídicos significativos o que afecta al interesado o a familiares biológicos.
- «Explicabilidad genómica diferenciada». Derecho a información comprensible sobre proceso decisorio, factores determinantes, limitaciones científicas, sesgos poblacionales e implicaciones familiares.
- «Discriminación algorítmica genética». Trato diferenciado perjudicial por procesamiento algorítmico sin justificación objetiva, incluyendo discriminación por efecto derivada de sesgos poblacionales.

4.3.2. Obligaciones diferenciadas por nivel de riesgo

- Alto riesgo. Evaluación de impacto obligatoria, supervisión humana cualificada obligatoria, auditoría técnica independiente, registro público, monitoreo continuo.
- Medio riesgo. Evaluación de impacto simplificada, supervisión humana recomendada, documentación técnica disponible, notificación a autoridad.
- Bajo riesgo. Transparencia básica, consentimiento informado estándar, derecho de acceso a información.

4.3.3. Procedimientos de impugnación y reparación

Derecho a revisión humana cualificada, acceso a una segunda opinión independiente, procedimientos expeditos para casos urgentes, mecanismos de reparación efectiva considerando irreversibilidad de decisiones, inversión de carga probatoria en discriminación presunta.

4.3.4. Marco institucional de supervisión

Para sistemas latinoamericanos: comisión técnica interdisciplinaria en autoridad de datos existente; consejo asesor con genetistas, bioeticistas,

juristas y organizaciones de pacientes; coordinación con autoridades sanitarias; mecanismos de cooperación regional.

5. DESAFÍOS Y LIMITACIONES IDENTIFICADOS

Los fundamentos conceptuales propuestos —taxonomía tridimensional, cinco principios rectores y elementos normativos esenciales— configuran un marco coherente para la explicabilidad genómica diferenciada. Sin embargo, su viabilidad práctica enfrenta desafíos complejos en dimensiones técnicas, jurídicas, institucionales y evolutivas, lo que genera tensiones que demandan decisiones normativas sobre *trade-offs* inevitables.

Para sistemas latinoamericanos, estos desafíos vinculan recursos limitados con marcos constitucionales que priorizan derechos fundamentales, pero operan con restricciones presupuestarias. El reconocimiento de estas limitaciones no impide el desarrollo regulatorio, sino que fundamenta estrategias realistas y sostenibles.

5.1. Tensiones jurídicas fundamentales sin solución técnica perfecta

5.1.1. *Trade-off* estructural: precisión algorítmica versus transparencia

Se presenta una correlación inversa ineludible entre complejidad algorítmica e interpretabilidad. Rudin et al. (2020) demuestran que arquitecturas complejas (redes neuronales) alcanzan mayor precisión sacrificando transparencia, mientras modelos interpretables (regresión logística) facilitan comprensión, pero exhiben rendimiento inferior. En su investigación, los autores Caruana et al. (2015) demostraron empíricamente este fenómeno en contextos médicos.

En genómica, la tensión es crítica; la predicción precisa de riesgos poligénicos, requiere integrar millones de variantes en relaciones no lineales, donde las redes neuronales sobresalen, pero carecen de interpretabilidad (Novakovsky et al., 2023). Simplificar para mejorar la interpretabilidad implica una pérdida de precisión predictiva.

Los marcos regulatorios deben decidir explícitamente sobre este *trade-off*. ¿Hasta qué punto se puede sacrificar la precisión —potencialmente salvadora de vidas— por la transparencia? Para decisiones médicas irreversibles, podría pensarse en adoptar modelos interpretables, aunque menos precisos. Para un *screening* poblacional con consecuencias graves de falsos negativos, podría justificarse una mayor opacidad compensada con supervisión humana. En los sistemas de salud pública con recursos limitados, la presión por maximizar precisión con presupuestos restringidos puede generar incentivos perversos hacia sistemas opacos, pero baratos, sin inversión en supervisión especializada.

5.1.2. Tensión entre divulgación algorítmica y propiedad intelectual

Los desarrolladores enfrentan la disyuntiva entre divulgación necesaria para la explicabilidad y la protección de secretos comerciales. Al respecto, Selbst (2018) ha analizado la problemática que se presenta cuando la transparencia completa compromete ventajas competitivas. En el sector de la genómica, este conflicto se intensifica debido al uso de algoritmos evolutivos que requieren actualización continua con nueva evidencia científica, lo que implica inversiones recurrentes que las empresas buscan proteger mediante estrategias de opacidad.

Este contexto nos plantea una interrogante fundamental acerca de ¿hasta qué punto la protección comercial justifica la opacidad en sistemas con efectos jurídicos sobre derechos fundamentales? Al respecto, la Sentencia T-067/2025 colombiana reconoció que la transparencia es un derecho fundamental en aplicaciones gubernamentales, pero no se pronunció sobre esta misma problemática en los contextos comerciales privados.

Un modelo de divulgación estratificada resultaría más adecuado, y se establecerían tres niveles diferenciados: (i) divulgación completa a las autoridades reguladoras bajo compromisos de confidencialidad; (ii) divulgación sustancial a los profesionales encargados de la supervisión clínica; y (iii) divulgación simplificada y comprensible para las personas afectadas. Este esquema permitiría preservar la protección comercial razonable sin comprometer la supervisión efectiva del sistema.

5.2. Limitaciones técnicas con implicancias jurídicas directas

5.2.1. Opacidad inherente a arquitecturas de *deep learning*

Las redes neuronales profundas que sobresalen en tareas genómicas presentan opacidad inherente ineliminable sin sacrificar la capacidad predictiva. Al respecto, Talukder et al. (2021) señalan que «las DNNs son desafiadas por su naturaleza de caja negra» pese a su precisión.

Esta limitación genera problemas de responsabilidad. Cuando una DNN clasifica incorrectamente una variante patogénica como benigna, retrasando el diagnóstico, ¿quién es responsable si nadie puede trazar cómo el sistema llegó a esa conclusión? Técnicas post-hoc como SHAP o LIME proporcionan aproximaciones con limitaciones: (i) son aproximaciones, no representaciones exactas; (ii) técnicas diferentes generan explicaciones contradictorias; (iii) pueden ser inestables con pequeñas variaciones (Novakovsky et al., 2023).

Los estándares de responsabilidad civil deberían adaptarse a contextos donde la causalidad algorítmica no puede determinarse con certeza, justificando regímenes de responsabilidad objetiva para desarrolladores de sistemas de alto riesgo.

5.2.2. Complejidad biológica: penetrancia incompleta y expresividad variable

La expresión genética opera sujeta a múltiples factores ambientales y epigenéticos. Los autores Kingdom y Wright (2022) señalan en su investigación que la penetrancia incompleta (portadores que nunca desarrollan enfermedad) y la expresividad variable (severidad diferente en individuos) son ubicuos. Factores modificadores incluyen: edad, sexo, dieta, medicamentos, actividad física, exposiciones, educación, estatus socioeconómico, y modificadores genéticos —muchos desconocidos o imposibles de modelar—. Incluso algoritmos perfectos generarían predicciones probabilísticas con márgenes sustanciales de incertidumbre.

Las explicaciones deberían comunicar explícitamente incertidumbres variadas que distingan: (i) incertidumbre algorítmica (limitaciones del modelo); (ii) incertidumbre científica (limitaciones del conocimiento

actual); y (iii) incertidumbre biológica fundamental (variabilidad inherente). Los marcos actuales no diferencian estos tipos, lo que genera el riesgo de interpretaciones deterministas cuando son probabilísticas, viciando consentimiento informado.

5.3. Evolución científica acelerada y obsolescencia regulatoria

El ritmo de descubrimientos genómicos supera la capacidad de adaptación jurídica. Sobre este tema, los autores Goodwin et al. (2016) señalaron que los costos de secuenciación cayeron de $100 millones (2001) a <$1000 (2024), acelerando dramáticamente descubrimientos. Por su parte, los autores Green et al. (2020) precisaron que el 5-10 % de variantes «patogénicas» son reclasificadas como «benignas» cuando se acumula evidencia con implicancias para quienes tomaron decisiones basándose en interpretaciones iniciales posteriormente invalidadas.

Los marcos jurídicos tradicionales operan con supuestos de estabilidad; en genómica, este supuesto es inválido. Las regulaciones que contienen o detallan técnicas concretas pueden quedar obsoletas en corto tiempo. En este sentido, sería necesario desarrollar una estructura de principios-estándares donde el basamento recaiga en (i) principios fundamentales con carácter estable; (ii) estándares técnicos mediante instrumentos de *soft law* actualizables; y (iii) mecanismos de revisión periódica obligatoria (cada 2-3 años). Este enfoque —similar al de la FDA— permite flexibilidad sin sacrificar seguridad jurídica.

5.4. Desafíos institucionales para sistemas jurídicos en desarrollo

La implementación efectiva requiere capacidades especializadas con retos particulares para sistemas latinoamericanos, vinculados a recursos presupuestarios y masa crítica de profesionales. El primero de ellos recae en la necesidad de una formación interdisciplinaria. La supervisión requiere comprensión de genética, *machine learning*, estudios GWAS, sesgos en bases de datos, y marco jurídico —combinación extremadamente rara—. Desarrollar esta capacidad requiere inversión sustancial en programas especializados costosos en contextos con presupuestos limitados. La alternativa —equipos interdisciplinarios— requiere marcos de coordinación inexistentes.

En segundo lugar, se presenta la necesidad de contar con autoridades que posean un *expertise* técnico. La evaluación del cumplimiento requiere capacidad de analizar códigos, evaluar validación, identificar sesgos y verificar comunicaciones. Las autoridades de datos (típicamente juristas) carecen de *expertise*; pero también las autoridades sanitarias pueden carecer de conocimiento en IA.

En tercer lugar, encontramos que los marcos desarrollados con recursos abundantes (ej.: 4 niveles eMERGE) pueden ser inviables en hospitales públicos latinoamericanos con personal y presiones extremas, generando riesgo de regulaciones como «letra muerta». Esta realidad nos lleva a sugerir el desarrollo de una estrategia de implementación gradual, sobre todo para sistemas con recursos limitados que podría organizarse así:

- **Fase I (0-2 años).** Principios fundamentales en legislación, creación de autoridad coordinadora (en autoridad de datos existente), capacitación básica para operadores clave.
- **Fase II (2-5 años).** Estándares técnicos mediante colaboración con universidades, implementación de requisitos para alto riesgo únicamente, registros públicos de algoritmos en uso clínico.
- **Fase III (5+ años).** Extensión a medio riesgo, supervisión proactiva, evaluación sistemática de efectividad.

Este enfoque reconoce limitaciones sin renunciar a protecciones fundamentales, priorizando contextos de mayor impacto donde la explicabilidad resulta crítica.

6. CONCLUSIONES

6.1. Hallazgos principales y contribuciones conceptuales

Esta investigación evidencia sistemáticamente que los actuales marcos regulatorios —GDPR, AI Act, Reglamento (UE) 2025/327 (EEDS), Convenio de Oviedo, GINA, y marcos latinoamericanos— son estructuralmente insuficientes para tratar las particularidades de la explicabilidad en la inteligencia artificial genómica. Estos marcos fueron concebidos con el objetivo de salvaguardar datos individuales convencionales o de

inteligencia artificial general, sin tener en cuenta atributos relacionales, temporales, probabilísticos y hereditarios de la información genómica.

Este trabajo desarrolla tres aportes conceptuales originales. Primero, la construcción de «explicabilidad genómica diferenciada» como categoría jurídica novedosa que integra: (i) contextualización familiar (efectos hereditarios); (ii) temporalidad adaptativa (horizontes temporales extendidos y evolución científica); (iii) explicitación de incertidumbre (limitaciones científicas y sesgos poblacionales); y (iv) proporcionalidad adaptativa (intensidad según impacto).

Adicionalmente, el desarrollo de una taxonomía tridimensional que propone una categorización de decisiones automatizadas genómicas en función del impacto (bajo/medio/alto riesgo), según el sector (seguros/empleo/salud/investigación), y por tipo de predicción (diagnóstica/predictiva corto-largo plazo), ofrece una base sistemática para la aplicación diferenciada de requisitos regulatorios.

Por último, la adopción de cinco principios doctrinales fundamentales, tales como la proporcionalidad diferenciada según impacto; la divulgación obligatoria de sesgos poblacionales; la contextualización temporal explícita; la explicabilidad estratificada por audiencia; y la supervisión humana cualificada obligatoria en alto impacto. El análisis de casos —Paige AI y eMERGE— confirma que la ausencia de marcos específicos genera vacíos críticos que afectan tanto la protección de derechos como la innovación responsable.

6.2. Vacíos normativos críticos y urgencia regulatoria

La presente investigación evidencia cinco deficiencias estructurales. Primero, carencia de definiciones jurídicas precisas («explicabilidad genómica», «decisión automatizada genética», «discriminación algorítmica genética»), situación que genera ambigüedad, pues permite sistemas opacos sin consecuencias jurídicas. En segundo lugar, la inexistencia de estándares técnicos vinculantes sobre divulgación de composición poblacional de datos, de comunicación de márgenes de error estratificados por ancestría, o de explicación de limitaciones temporales. En tercer lugar, la ausencia de mecanismos de protección para efectos familiares,

con marcos anclados en paradigmas individualistas inadecuados para la información genética compartida. En cuarto lugar, la falta de regulación de aspectos temporales sin obligaciones de actualización cuando evoluciona el conocimiento científico ni protocolos de revisión cuando cambia la base científica. Y, finalmente, la carencia de autoridades con *expertise* genómico especializado para evaluar la adecuación de explicaciones en sistemas complejos.

Estos vacíos adquieren dimensiones críticas en Latinoamérica donde la diversidad genética permanece subrepresentada en bases globales, incrementando riesgos de sesgos y discriminación. La urgencia deriva de que la inacción permite la consolidación de prácticas opacas progresivamente más difíciles de modificar.

6.3. Implicancias para los sistemas jurídicos peruano y latinoamericano

En el Perú, la ausencia de marcos específicos constituye un desafío y una oportunidad para establecer marcos conceptualmente sólidos desde el origen. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que el marco constitucional peruano proporciona bases sólidas; así lo podemos observar con los artículos 2.6 (intimidad personal y familiar aplicable a información genética compartida), 2.7 (dignidad vulnerable ante decisiones algorítmicas estigmatizantes), 7 (protección de salud afectada por decisiones médicas opacas) y 139.5 (motivación de resoluciones extensible a decisiones automatizadas). Esta arquitectura permite fundamentar la explicabilidad genómica como un derecho derivado de garantías constitucionales expresas.

En esta misma línea, la Ley n.º 29733 con su reglamento el D. S. n.º 016-2024-JUS prevén una protección reforzada al incorporar a los datos genéticos como sensibles (art. III.6 del Reglamento), colocar el consentimiento escrito como un requisito ineludible (art. 8) y establecer evaluaciones de impacto (art. 40). Estas medidas permiten una interpretación evolutiva para incluir exigencias de explicabilidad. El Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 65, Ley n.º 29571) consagra el derecho a información veraz sobre productos y servicios, disposición que es aplicable a seguros fundamentados en análisis genómico.

Ahora bien, en relación con los sistemas latinoamericanos en general, observamos que la experiencia de Chile, Argentina, Brasil y Colombia demuestra viabilidad de desarrollos jurídicos específicos mediante implementación gradual y cooperación regional.

6.4. Reflexión final: hacia marcos sostenibles y adaptativos

Los desafíos identificados, *trade-offs* precisión-transparencia, presentan tensiones entre derechos conflictivos, opacidad técnica inherente, evolución científica acelerada, capacidades limitadas; sin embargo, no impiden el desarrollo regulatorio, sino que fundamentan estrategias realistas y sostenibles.

No obstante, podemos señalar que los marcos regulatorios requieren de adaptabilidad temporal mediante estructuras principios-estándares permitiendo actualización sin modificación legislativa continua; de proporcionalidad regulatoria evitando una sobrerregulación paralizante y una subrregulación permisiva; y la necesidad de viabilidad institucional mediante implementación gradual que desarrolle capacidades progresivamente.

Para los sistemas latinoamericanos, esto implica la oportunidad de desarrollar modelos reconociendo las limitaciones de recursos mientras mantienen estándares fundamentales. Las propuestas —explicabilidad genómica diferenciada, taxonomía tridimensional, cinco principios— pueden servir como una guía orientadora para un futuro desarrollo gradual.

La medicina genómica personalizada promete revolucionar prevención, diagnóstico y tratamiento, con potencial de salvar millones de vidas. Sin embargo, esta promesa solo puede materializarse legítimamente fundamentándose en marcos que equilibren innovación con protección de derechos. El desarrollo de marcos específicos de explicabilidad genómica no constituye un obstáculo, sino una condición necesaria para progreso socialmente legítimo, éticamente responsable y jurídicamente sostenible.

Los hallazgos evidencian que tal equilibrio es técnicamente posible, normativamente necesario y prácticamente viable. La ventana de oportunidad permanece abierta, pero se cierra progresivamente conforme se

implementan sistemas sin supervisión adecuada. La urgencia no es alarmismo, sino reconocimiento realista de que decisiones regulatorias —o su ausencia— tomadas hoy configurarán el ecosistema de IA genómica por décadas venideras.

REFERENCIAS

American Society of Human Genetics (s. f.). *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)*. https://www.ashg.org/advocacy/gina/

Andorno, R. (2005). The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law. *Journal of International Biotechnology Law*, *2*(4), 133-143.

Barocas, S., Hardt, M., y Narayanan, A. (2019). *Fairness and Machine Learning: Limitations and Opportunities*. MIT Press.

Botkin, J. R. (2016). Ethical Issues in Pediatric Genetic Testing and Screening. *Current Opinion in Pediatrics*, *28*(6), 700-704.

Bunnik, E. M., Janssens, A. C. J. W., y Schermer, M. H. (2013). Personal Utility in Genomic Testing: Is There Such a Thing? *Journal of Medical Ethics*, *41*(4), 322-326.

Burke, W., Antommaria, A. H. M., Bennett, R., Botkin, J., Clayton, E. W., Henderson, G. E., Holm, I. A., Jarvik, G. P., Khoury, M. J., Knoppers, B. M., Press, N. A., Ross, L. F., Rothstein, M. A., Saal, H., Uhlmann, W. R., Wilfond, B., Wolf, S. M., y Zimmern, R. (2013). Recommendations for Returning Genomic Incidental Findings? We Need to Talk! *Genetics in Medicine*, *15*(11), 854-859.

Business Wire (2021, 22 de septiembre). *Paige Receives First Ever FDA Approval for AI Product in Digital Pathology* [Nota de prensa]. https://www.businesswire.com/news/home/20210922005369/en/Paige-Receives-First-Ever-FDA-Approval-for-AI-Product-in-Digital-Pathology

Bygrave, L. A. (2020). Article 22 Automated individual decision-making, including profiling. En C. Kuner, L. A. Bygrave y C. Docksey (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (pp. 522-542). Oxford University Press.

Caruana, R., Lou, Y., Gehrke, J., Koch, P., Sturm, M., y Elhadad, N. (2015). Intelligible Models for Healthcare: Predicting Pneumonia Risk and Hospital 30-Day Readmission. En *Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining* (pp. 1721-1730). Association for Computing Machinery.

Council of Europe (2023, 29 de septiembre). *Oviedo Convention and its Protocols*. https://www.coe.int/en/web/human-rights-and-biomedicine/oviedo-convention

European Data Protection Board (2018). *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01)*. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053

Federal Trade Commission (2024). *Illumina, Inc., and GRAIL, Inc., In the Matter of.* https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/201-0144-illumina-inc-grail-inc-matter

Food and Drug Administration (2024). *Transparency for Machine Learning-Enabled Medical Devices: Guiding Principles*. U. S. Department of Health and Human Services.

Goodwin, S., McPherson, J. D., y McCombie, W. R. (2016). Coming of Age: Ten Years of Next-Generation Sequencing Technologies. *Nature Reviews Genetics*, *17*(6), 333-351. https://doi.org/10.1038/nrg.2016.49

Green, R. C., Berg, J. S., Grody, W. W., Kalia, S. S., Korf, B. R., Martin, C. L., McGuire, A. L., Nussbaum, R. L., O'Daniel, J. M., Ormond, K. E., Rehm, H. L., Watson, M. S., y Biesecker, L. G. (2020). ACMG Recommendations for Reporting of Incidental Findings in Clinical Exome and Genome Sequencing. *Genetics in Medicine*, *22*(7), 1131-1139.

Information Commissioner's Office (2021). *Guidance on AI and Data Protection*. https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/artificial-intelligence/guidance-on-ai-and-data-protection/

Kaminski, M. E., y Malgieri, G. (2021). Varieties of AI Explanations Under the Law. From the GDPR to the AIA, and Beyond. En *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (pp. 329-355). Edward Elgar Publishing.

Khoury, M. J., Janssens, A. C. J. W., y Ransohoff, D. F. (2013). How can Polygenic Inheritance be Used in Population Screening for Common Diseases? *Genetics in Medicine*, *15*(6), 437-443. https://doi.org/10.1038/gim.2012.182

Kingdom, R., y Wright, C. F. (2022). Incomplete Penetrance and Variable Expressivity: From Clinical Studies to Population Cohorts. *Frontiers in Genetics*, *13*, Artículo 920390. https://doi.org/10.3389/fgene.2022.920390

Kuchenbaecker, K. B., Hopper, J. L., Barnes, D. R., Phillips, K.-A., Mooij, T. M., Roos-Blom, M.-J., Jervis, S., Leeuwen, F. E. van, Milne, R. L., Andrieu, N., Goldgar, D. E., Terry, M. B., Rookus, M. A., Easton, D. F., Antoniou, A. C., BRCA1 y BRCA2 Cohort Consortium (2017). Risks of Breast, Ovarian, and Contralateral Breast Cancer for BRCA1 and BRCA2 Mutation Carriers. *JAMA*, *317*(23), 2402-2416. https://doi.org/10.1001/jama.2017.7112

Lennon, N. J., Kottyan, L. C., Kachulis, C., Abul-Husn, N. S., Arias, J., Belbin, G., Below, J. E., Berndt, S. I., Chung, W. K., Cimino, J. J., Clayton, E. W., Connolly, J. J., Crosslin, D. R., Dikilitas, O., Velez Edwards, D. R., Feng, Q., Fisher, M., Freimuth, R. R., Ge, T., … Kenny, E. E. (2024). Selection, Optimization and Validation of Ten Chronic Disease Polygenic Risk Scores for Clinical Implementation in Diverse US Populations. *Nature Medicine*, *30*, 480-487. https://doi.org/10.1038/s41591-024-02796-z

MacArthur, D. G., Manolio, T. A., Dimmock, D. P., Rehm, H. L., Shendure, J., Abecasis, G. R., Adams, D. R., Altman, R. B., Antonarakis, S. E., Ashley, E. A., Barrett, J. C., Biesecker, L. G., Conrad, D. F., Cooper, G. M., Cox, N. J., Daly, M. J., Gerstein, M. B., Goldstein, D. B., Hirschhorn, J. N., ... Gunter, C. (2014). Guidelines for Investigating Causality of Sequence Variants in Human Disease. *Nature*, *508*(7497), 469-476. https://doi.org/10.1038/nature13127

Malgieri, G. (2019). Automated Decision-Making in the EU Member States: The Right to Explanation and Other «Suitable Safeguards» in the National Legislations. *Computer Law & Security Review*, *35*(5), Artículo 105327. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.05.002

Manalac, T. (2023, 18 de diciembre). Illumina Loses Long Antitrust Battle, Readies to Divest GRAIL. *BioSpace.* https://www.biospace.com/illumina-loses-long-antitrust-battle-readies-to-divest-grail

Martin, A. R., Gignoux, C. R., Walters, R. K., Wojcik, G. L., Neale, B. M., Gravel, S., Daly, M. J., Bustamante, C. D., y Kenny, E. E. (2017). Human Demographic History Impacts Genetic Risk Prediction Across Diverse Populations. *American Journal of Human Genetics*, *100*(4), 635-649. https://doi.org/10.1016/j.ajhg.2017.03.004

Martin, A. R., Kanai, M., Kamatani, Y., Okada, Y., Neale, B. M., y Daly, M. J. (2019). Clinical Use of Current Polygenic Risk Scores May Exacerbate Health Disparities. *Nature Genetics*, *51*(4), 584-591. https://doi.org/10.1038/s41588-019-0379-x

Miller, T., Howe, P., y Sonenberg, L. (2017). *Explainable AI: Beware of Inmates Running the Asylum* [Preprint]. arXiv. https://arxiv.org/abs/1712.00547

Novakovsky, G., Fornes, O., Saraswat, M., Mostafavi, S., y Wasserman, W. W. (2023). ExplaiNN: Interpretable and Transparent Neural Networks for Genomics. *Genome Biology*, *24*, Artículo 154. https://doi.org/10.1186/s13059-023-02985-y

Pizzetti, F., Calzolaio, S., Iannuzzi, A., Longo, E., y Orofino, M. (2025). *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*. Giappichelli Editore.

Quinn, T. P., Jacobs, S., Senadeera, M., Le, V., y Coghlan, S. (2021). The Three Ghosts of Medical AI: Can the Black-Box Present Deliver? *Artificial Intelligence in Medicine*, *124*, Artículo 102158. https://doi.org/10.1016/j.artmed.2021.102158

Rudin, C. (2019). Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead. *Nature Machine Intelligence*, *1*(5), 206-215. https://doi.org/10.1038/s42256-019-0048-x

Rudin, C., Wang, C., y Coker, B. (2020). The Age of Secrecy and Unfairness in Recidivism Prediction. *Harvard Data Science Review*, *2*(1). https://doi.org/10.1162/99608f92.6ed64b30

Selbst, A. D. (2018). Disparate Impact in Big Data Policing. *Georgia Law Review*, *52*(1), 109-195.

Sirugo, G., Williams, S. M., y Tishkoff, S. A. (2019). The Missing Diversity in Human Genetic Studies. *Cell*, *177*(1), 26-31. https://doi.org/10.1016/j.cell.2019.02.048

Suter, S. M. (2018). GINA at 10 years: The battle over 'genetic information' continues in court. *Journal of Law and the Biosciences*, *5*(3), 495-526. https://doi.org/10.1093/jlb/lsz002

Talukder, A., Barham, C., Li, X., y Hu, H. (2021). Interpretation of Deep Learning in Genomics and Epigenomics. *Briefings in Bioinformatics*, *22*(3), Artículo bbaa177. https://doi.org/10.1093/bib/bbaa177

Wachter, S., Mittelstadt, B., y Floridi, L. (2017). Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, *7*(2), 76-99. https://doi.org/10.1093/idpl/ipx005

Wand, H., Lambert, S. A., Tamburro, C., Iacocca, M. A., O'Sullivan, J. W., Sillari, C., Kullo, I. J., Rowley, R., Dron, J. S., Brockman, D., Venner, E., McCarthy, M. I., Antoniou, A. C., Easton, D. F., Hegele, R. A., Khera, A. V., Chatterjee, N., Kooperberg, K. E., … Wojcik, G. L. (2021). Improving Reporting Standards for Polygenic Scores in Risk Prediction Studies. *Nature*, *591*(7849), 211-219. https://doi.org/10.1038/s41586-021-03243-6

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Council of Europe (1997). https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164

Decreto Supremo n.º 016-2024-JUS. Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de la Ley n.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales. *Diario Oficial El Peruano* (30 de noviembre de 2024).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 119/1 (2016). https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 1689/1 (2024). https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847. *Diario Oficial de la Unión Europea* (5 de marzo de 2025). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202500327

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Unesco (1997). https://www.unesco.org/en/legal-affairs/universal-declaration-human-genome-and-human-rights

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Olga Alejandra Alcántara Francia: adquisición y selección de fuentes bibliográficas, análisis, interpretación de datos para el trabajo, la concepción y el diseño del trabajo, redacción del trabajo y su revisión crítica al contenido intelectual importante.

Jennifer Guiselle Rojas Alvarado: redacción y revisión del trabajo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, verificación de bibliografía.

Enrico Marcel Huarag Guerrero: revisión crítica al contenido intelectual importante; aprobación final de la versión que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

Los autores declaran que usaron la herramienta Gemini 3 exclusivamente como apoyo auxiliar y supervisado, sin sustituir la actividad intelectual ni producir el contenido científico o jurídico del artículo. La herramienta fue utilizada para la traducción del resumen del artículo al inglés y al portugués. Los autores revisaron y validaron íntegramente el contenido final del manuscrito y asumen plena responsabilidad por este.

Biografía de los autores

Olga Alejandra Alcántara Francia es abogada, doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur, registrada en Renacyt-Perú. Es autora de artículos y capítulos de libros en materia de derecho civil, derecho del consumidor e inteligencia artificial. Es colaboradora en diferentes revistas internacionales y nacionales de prestigio.

Jennifer Guiselle Rojas Alvarado es abogada, magíster en Derecho Tributario por la Università Cattolica del Sacro Cuore (Italia). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma (Lima, Perú), donde ejerce como jefa de la Biblioteca Especializada en Derecho. Cuenta con experiencia en gestión universitaria como exdirectora de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Sus líneas de investigación comprenden el derecho tributario, *behavioral economics*, el derecho y la economía, la inteligencia artificial.

Enrico Marcel Huarag Guerrero es abogado con un máster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. Se desempeña como director de la Escuela Profesional de Derecho en la Universidad Ricardo Palma, donde también es profesor asociado en áreas de Derecho y Economía, Propiedad Intelectual y Derecho Informático. Su experiencia abarca cargos docentes en instituciones como la Academia de la Magistratura y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es autor de diversas publicaciones jurídicas y posee conocimientos avanzados en inteligencia artificial y entornos de *software* libre.

Correspondencia

olga.alcantara.francia@gmail.com

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 291-331
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1262

Hacia estándares reforzados de confidencialidad: análisis del tratamiento de datos personales de niñas, niños y adolescentes en sentencias casatorias peruanas

Toward Enhanced Confidentiality Standards: An Analysis of the Processing of Personal Data of Children and Adolescents in Peruvian Cassation Judgments

Rumo a padrões reforçados de confidencialidade: análise do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em sentenças de cassação peruanas

GABRIEL RAVELO-FRANCO
Universidad Continental
(Huancayo, Perú)
Contacto: gravelo@continental.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-0212-312X

ERIK FRANCESC OBIOL ANAYA
Universidad de San Martín de Porres
(Chiclayo, Perú)
Contacto: eobiola@usmp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-3513-5592

JORGE ABEL CABREJOS MEJÍA
Universidad de San Martín de Porres
(Chiclayo, Perú)
Contacto: jcabrejosm@usmp.pe
https://orcid.org/0000-0002-7777-8342

RESUMEN

El presente estudio examina la protección de los datos personales de niños, niñas y adolescentes en las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú y publicadas en el *Diario Oficial El Peruano* entre enero de 2022 y diciembre de 2024. Fueron seleccionadas diez sentencias que se refieren a una o más personas por las letras iniciales de sus nombres. La metodología adoptada fue de enfoque cualitativo, con análisis documental y codificación temática. Se examinaron seis dimensiones: materia del proceso, precisión del anonimato, uso de prenombres, mención de progenitores, direcciones domiciliarias y otros datos contextuales. Los hallazgos evidencian que la protección de la identidad es irregular y muchas veces insuficiente, con casos en los que se revelan nombres completos, domicilios o instituciones vinculadas a los menores. El marco teórico articula los principios normativos nacionales e internacionales sobre protección de datos y derechos de la infancia, con énfasis en la colisión entre transparencia judicial y la protección de la intimidad. Debido a que la publicación de las sentencias es obligatoria, incluso cuando no constituyen precedente judicial, existe la necesidad de reforzar los estándares de anonimato. Se proponen cinco estándares reforzados de confidencialidad en la publicación de sentencias vinculadas con niñas, niños y adolescentes: (i) desidentificación plena de toda información directa o indirectamente trazable, incluyendo datos familiares, educativos o contextuales; (ii) aplicación uniforme de la reserva en cualquier tipo de proceso judicial; (iii) mantenimiento de la protección incluso después de alcanzada la mayoría de edad, cuando los hechos ocurrieron durante la niñez o la adolescencia; (iv) implementación de un doble control institucional, judicial y editorial, antes de la difusión oficial de la sentencia; y (v) exigencia de motivación reforzada, que obligue a justificar expresamente la compatibilidad entre publicidad judicial y protección de la identidad de las personas menores de edad.

Palabras clave: anonimato; jurisprudencia; autodeterminación informativa; principio del interés superior; privacidad.

ABSTRACT

This study examines the protection of the personal data of children and adolescents in cassation judgments issued by the Supreme Court of Justice of Peru and published in the Official Gazette *El Peruano* between January 2022 and December 2024. Ten judgments referring to one or more individuals by the initials of their names were selected. A qualitative methodological approach was adopted, involving documentary analysis and thematic coding. Six dimensions were examined: subject matter of the proceedings, precision of anonymization, use of given names, mention of parents, residential addresses, and other contextual data. The findings reveal that identity protection is inconsistent and often insufficient, with cases in which full names, addresses, or institutions associated with minors are disclosed. The theoretical framework integrates national and international normative principles concerning data protection and children's rights, emphasizing the tension between judicial transparency and the protection of privacy. Since the publication of judgments is mandatory, even when they do not constitute judicial precedent, there is a need to strengthen anonymization standards. The study proposes five enhanced confidentiality standards for the publication of judgments involving children and adolescents: (i) complete de-identification of all directly or indirectly traceable information, including family, educational, or contextual data; (ii) uniform application of confidentiality measures across all types of judicial proceedings; (iii) maintenance of protection even after reaching adulthood when the events occurred during childhood or adolescence; (iv) implementation of dual institutional review, both judicial and editorial, prior to the official publication of the judgment; and (v) a requirement for enhanced reasoning, obliging explicit justification of the compatibility between judicial publicity and the protection of minors' identities.

Keywords: anonymity; case law; informational self-determination; best interests' principle; privacy.

RESUMO

O presente estudo examina a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes nas sentenças de cassação proferidas pela Suprema Corte de Justiça do Peru e publicadas no *Diário Oficial El Peruano* entre janeiro de 2022 e dezembro de 2024. Foram selecionadas dez sentenças que fazem referência a uma ou mais pessoas pelas letras iniciais de seus nomes. A metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, com análise documental e codificação temática. Foram examinadas seis dimensões: matéria do processo, precisão da anonimização, utilização de prenomes, menção aos genitores, endereços residenciais e outros dados contextuais. Os achados evidenciam que a proteção da identidade é irregular e, muitas vezes, insuficiente, havendo casos em que são revelados nomes completos, endereços residenciais ou instituições vinculadas aos menores. O marco teórico articula os princípios normativos nacionais e internacionais relativos à proteção de dados e aos direitos da criança e do adolescente, com ênfase na colisão entre a transparência judicial e a proteção da intimidade. Em razão de a publicação das sentenças ser obrigatória, mesmo quando não constituem precedente judicial, existe a necessidade de reforçar os padrões de anonimização. Propõem-se cinco padrões reforçados de confidencialidade na publicação de sentenças relacionadas a crianças e adolescentes: (i) desidentificação integral de toda informação direta ou indiretamente rastreável, incluindo dados familiares, educacionais ou contextuais; (ii) aplicação uniforme da reserva de identidade em qualquer tipo de processo judicial; (iii) manutenção da proteção mesmo após o atingimento da maioridade, quando os fatos tiverem ocorrido durante a infância ou a adolescência; (iv) implementação de um duplo controle institucional, judicial e editorial, antes da divulgação oficial da sentença; e (v) exigência de fundamentação reforçada, que imponha a justificação expressa da compatibilidade entre a publicidade judicial e a proteção da identidade de pessoas menores de idade.

Palavras-chave: anonimização; jurisprudência; autodeterminação informativa; princípio do melhor interesse; privacidade.

Recibido: 31/5/2025 **Revisado:** 20/11/2025
Aceptado: 26/5/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se centra en el tratamiento de los datos personales en las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú, particularmente en aquellas que se vinculan con niños, niñas y adolescentes. La investigación toma como base normativa los principios establecidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, con especial énfasis en el respeto a la intimidad, la dignidad humana, la protección de datos personales y el interés superior del niño. El análisis se acota a las sentencias casatorias cuyo texto íntegro se publica en el *Diario Oficial El Peruano*, conforme a lo dispuesto en el artículo 400 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Dicho artículo establece que todas las sentencias casatorias, incluyendo aquellas que no constituyen precedente judicial, deben publicarse obligatoriamente en el diario oficial, dentro de los sesenta días de su emisión. Esta medida resulta necesaria en razón de la función uniformizadora que la Corte Suprema cumple al resolver recursos de casación, ya que sus pronunciamientos orientan la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales inferiores. No obstante, esta misma obligación impone en la Corte Suprema la carga de considerar que la destinataria final de la sentencia no es solo la parte procesal involucrada, sino la sociedad en su conjunto. De este modo, ¿debe transmitirse a la sociedad en general datos personales o sensibles asociados al proceso?

La norma procesal señalada convierte al diario oficial en una fuente oficial y de acceso público, la cual permite examinar prácticas judiciales con un alcance documental completo. A partir de este universo, la investigación se orienta a observar patrones, omisiones o malas prácticas que puedan comprometer la debida protección de los datos personales en decisiones que, por su naturaleza casatoria, deberían incorporar un mayor estándar de diligencia jurídica.

Este trabajo se justifica en el hecho de que el derecho a la protección de datos personales ha cobrado creciente importancia en un entorno social y jurídico marcado por la digitalización de la información y el acceso irrestricto a las fuentes oficiales en línea. En este contexto, las decisiones judiciales se convierten en documentos fácilmente accesibles

que pueden contener información sensible, especialmente cuando se trata de procesos en los que participan personas menores de edad. Si bien la Corte Suprema cumple con la obligación normativa de publicar sus decisiones, se debe evaluar si estas publicaciones respetan los estándares nacionales e internacionales de protección de datos y derechos del niño. Esta investigación busca, por tanto, aportar al debate sobre la colisión entre transparencia judicial y privacidad, para proponer así límites razonables y buenas prácticas que contribuyan a una justicia más garantista.

Así, el objetivo general del estudio es analizar si las prácticas de la Corte Suprema del Perú, relativas a la publicación de sentencias casatorias, garantizan adecuadamente la protección de datos personales, en especial cuando involucran a niños, niñas y adolescentes, conforme a los principios del interés superior del niño, la confidencialidad y la intimidad personal. Para tal fin se incluyen tanto casos de connotación penal como otras materias civiles que involucran derechos de niñas, niños y adolescentes, como tenencia y custodia o proceso por contravención. Del propósito señalado se desprenden los siguientes objetivos específicos: (i) identificar patrones en la redacción de las sentencias casatorias que puedan vulnerar derechos fundamentales; (ii) evaluar la suficiencia de los mecanismos actuales de anonimato y desidentificación empleados en dichas sentencias; y (iii) formular recomendaciones para mejorar las prácticas de la Corte Suprema en la protección de datos personales en el contexto judicial.

2. METODOLOGÍA

La investigación se divide en tres capítulos. En el primero, se expone el marco teórico relativo a la protección de datos personales y los derechos de la infancia en el contexto judicial. El segundo está dedicado al análisis empírico de un conjunto de sentencias casatorias publicadas en el *Diario Oficial El Peruano*, con énfasis en los elementos que comprometen la protección de datos. Finalmente, el tercer capítulo desarrolla la discusión de los resultados.

Metodológicamente, se emplea un enfoque cualitativo, basado en el análisis documental de sentencias casatorias seleccionadas de forma intencionada, bajo criterios de relevancia y presencia de datos sensibles. Se aplican técnicas de codificación temática y se triangula con el marco normativo y doctrinario previamente expuesto. La selección de sentencias se restringe a aquellas publicadas oficialmente y de libre acceso, cuidando en todo momento la debida anonimización de la información para evitar cualquier identificación directa o indirecta de los sujetos procesales.

La anonimización de los datos se realizó conforme a estándares internacionales y principios de protección de datos personales. Esto incluyó: (i) la supresión de nombres propios, iniciales u otros elementos nominativos; (ii) la eliminación de referencias a direcciones domiciliarias, instituciones educativas, centros laborales o lugares de detención; (iii) la omisión de información que pudiera permitir la identificación contextual indirecta (por ejemplo, combinaciones de edad, lugar y fecha de hechos); y (iv) el uso de categorías generales (como el adolescente, la agraviada y similares) en reemplazo de denominaciones específicas. Adicionalmente, se evitó cualquier mención a circunstancias familiares o personales que, aunque no revelen nombres, pudieran facilitar la identificación mediante búsquedas cruzadas en línea o en bases de datos públicas. Para reforzar esta garantía, también se evaluó la redacción de los hechos narrados en las resoluciones a fin de detectar referencias entrecruzadas o elementos contextualizadores que habilitaran la trazabilidad de los sujetos procesales.

Es importante destacar que ninguna de las sentencias analizadas fue procesada con herramientas de inteligencia artificial. Todas las etapas de revisión, codificación, análisis e interpretación se llevaron a cabo de manera manual por parte del equipo investigador, con el fin de preservar el rigor metodológico, la confidencialidad de los datos y el control exhaustivo sobre el tratamiento de la información. Asimismo, se emplearon exclusivamente herramientas locales de búsqueda de palabras clave, que no dependen de servicios en línea ni de infraestructura en la nube, para garantizar de este modo que ninguna información procesada fuese

transferida fuera del entorno seguro de análisis controlado. La búsqueda se realizó en todos los cuadernillos de sentencias en casación publicados en el *Diario Oficial El Peruano* entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2024.

Además, respecto del número de casos analizados, se debe precisar que se trata de un número acotado cuyo propósito es evidenciar las prácticas de tratamiento de datos que lesionan los derechos de niñas, niños y adolescentes. No se incluye una selección mayor a fin de reducir al mínimo el riesgo de exposición de datos personales.

3. MARCO TEÓRICO: PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA FUNCIÓN JUDICIAL

Sánchez Díaz (2023) sostiene que el respeto a la dignidad humana es condición esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual incluye la protección de los datos personales. El uso indebido o abusivo de esta información puede colocar al titular y a personas cercanas en situaciones de riesgo, como el secuestro, la extorsión, la ciberdelincuencia o la usurpación de identidad (p. 4). En el caso mexicano, la reforma constitucional de 2011 transformó el modo de interpretar los derechos humanos, al incorporar el principio *pro persona* y ampliar la protección mediante el control de convencionalidad (p. 5). Sin embargo, dicho trabajo sostiene que aún se requiere avanzar en medidas específicas que respondan al contexto tecnológico actual.

Así, la preocupación por el tratamiento de datos personales tiene larga data; sin embargo, los desarrollos tecnológicos actuales han acentuado tal problemática. Al respecto, Benussi Díaz (2020) sostiene que el tratamiento masivo de datos personales, junto con el aumento de incidentes de seguridad, ha motivado la necesidad de fortalecer la regulación en materia de obligaciones de seguridad como parte de la protección de derechos fundamentales. En el contexto del ordenamiento jurídico chileno, dicho trabajo desarrolla elementos como el principio de seguridad, criterios específicos para la adopción de medidas, obligaciones para mandatarios, y la exigencia de notificar y registrar vulneraciones de seguridad, al tiempo que aborda la inclusión de disposiciones sobre

encriptación, anonimización, protección desde el diseño y la incorporación de infracciones específicas (p. 276).

El impacto de la tecnología en esta materia también es abordado por Téllez Carvajal (2020), quien señala que el análisis del *big data* plantea retos para los derechos humanos, especialmente en relación con la privacidad y la protección de datos. Afirma que, aunque existe escasa literatura en español sobre este tema, algunas investigaciones destacan su potencial tanto para la prevención de violaciones como para la necesidad de una regulación que evite su mal uso. En su trabajo cita a Ureña (2019), quien alerta sobre cómo el aprendizaje automático puede reproducir patrones discriminatorios según quien programe el algoritmo (Téllez, 2020, p. 181); también cita a Sarfaty (2018), quien asume la postura de que el *big data* puede apoyar la prevención de violaciones si se regula adecuadamente (Téllez, 2020, p. 177). La autora sostiene que el poder de manejo y análisis de estos datos reside principalmente en empresas privadas, lo cual limita la transparencia y el control público sobre su uso.

Ya con relación específica a niñas, niños y adolescentes, Vargas Morales (2020) analiza la evolución del principio del interés superior del niño, desde su origen consuetudinario hasta su consagración en la Convención sobre los Derechos del Niño. Expone cómo su indeterminación ha dado lugar a interpretaciones dispares en la jurisprudencia chilena, lo que dificulta su aplicación uniforme. A través de una escala jerárquica propuesta por el autor, se advierte que la posibilidad de uniformar el tratamiento del interés superior aumenta con el nivel de especialización y jerarquía del tribunal. Añade que esta heterogeneidad interpretativa resalta la necesidad de racionalizar su aplicación mediante criterios objetivos, en línea con la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (Vargas, 2020, p. 307).

A su vez, Fraga et al. (2021) advierten que, aunque el Estatuto de la Niñez y Adolescencia en Brasil reconoce desde 1990 a los menores como sujetos de derechos, en la práctica aún existen discursos y prácticas judiciales que los estigmatizan. Afirma también que el sistema penal juvenil actúa bajo estándares de actitud sospechosa, especialmente frente a niños y adolescentes pobres de zonas periféricas. Esto conlleva controles disciplinarios prolongados y decisiones judiciales influenciadas

por la subjetividad de los magistrados, lo que debilita el principio de isonomía y perpetúa desigualdades estructurales (p. 133). En ese mismo punto, Ravetllat Ballesté (2020) sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño ofrece una concepción de la infancia en la que niños, niñas y adolescentes son individuos con derechos y responsabilidades ajustadas a sus etapas de desarrollo. Esta perspectiva apunta al reconocimiento integral de su personalidad, a través de la articulación de los mandatos de la Convención en función de su autonomía progresiva y su pertenencia a una familia y comunidad, lo que refuerza la noción de sujeto de derechos desde un enfoque de desarrollo (p. 308). En otro trabajo, Ravetllat Ballesté y Basoalto Riveros (2021) afirman que la modernización del marco legal sobre protección de datos personales debe priorizar la protección de niños, niñas y adolescentes, así como reconocer su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos (p. 126).

En esa misma línea, Gómez Barrera (2020) analiza las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas en 1985, cuyo objetivo es evitar, en la medida de lo posible, la intervención penal sobre niños y adolescentes, o que esta sea la menos perjudicial. Las reglas establecen el principio de interés superior del menor y la proporcionalidad entre la gravedad del delito y sus circunstancias personales. Asimismo, garantizan derechos procesales fundamentales, entre ellos la confidencialidad de los datos personales, sensibles o confidenciales, en todas las etapas del proceso (p. 399). Igualmente, la misma autora desarrolla las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), aprobadas en 1990, que establecen que la privación de libertad debe ser la última medida y por el menor tiempo posible. Estas reglas garantizan la presunción de inocencia, el derecho a asesoría jurídica y a la comunicación confidencial con sus abogados, el derecho a trabajar y estudiar, y a mantener materiales de recreación; además, disponen que todos los informes y los registros relativos al menor deben formar parte de un expediente personal y confidencial, para determinar un tratamiento adecuado acorde a su situación y resguardar su intimidad (p. 407).

Como se puede apreciar, la confidencialidad es un elemento trascendente en esta materia y ello se explica en el marco de lo que López Díaz (2023) aborda al analizar el reconocimiento jurídico del niño, la niña, el adolescente y la adolescente como sujeto de derechos con vulnerabilidades específicas derivadas de su desarrollo y su edad. El autor analiza la Ley 21.430 en Chile, la cual establece un sistema integral de garantías que incluye expresamente el derecho a la vida privada y a los datos personales, junto con un catálogo amplio de derechos fundamentales (p. 130). Reconoce, además, factores agravantes de vulnerabilidad, como la discapacidad intelectual, la falta de educación o la brecha tecnológica, y exige a las instituciones —incluidos los tribunales— actuar con enfoque de derechos en su tratamiento hacia ese grupo vulnerable.

Otro concepto vinculado es el derecho al olvido, respecto del cual Moreno Bobadilla (2020) desarrolla un análisis en el contexto del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). La autora entiende el derecho al olvido como sinónimo del derecho de supresión, aunque en algunos casos su alcance es más amplio (p. 145). Explica también que el considerando 66 del RGPD refuerza este derecho en el entorno digital, al obligar a los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos los datos personales a suprimir enlaces, copias o réplicas de estos (p. 133). A su vez, el artículo 17 del RGPD establece que este derecho procede, entre otras circunstancias, cuando los datos ya no son necesarios, el consentimiento ha sido retirado, se ejerce oposición justificada, o se trata de información de menores de dieciséis años recabada en servicios digitales (p. 134).

Complementariamente, Moreno Bobadilla (2022) destaca que el derecho al olvido digital ha generado controversia, especialmente en Estados Unidos, donde se privilegia la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda, lo que dificulta su reconocimiento como derecho fundamental. A pesar de su creciente respaldo en la opinión pública, su protección legal enfrenta barreras por la ausencia de una legislación nacional unificada y de una agencia especializada. La autora concluye que este derecho no debe imponerse automáticamente sobre la libertad de expresión, sino ser evaluado por un organismo competente que establezca un equilibrio contextual entre ambos derechos (p. 191).

La revisión doctrinal desarrollada hasta aquí permite advertir que la protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes no constituye una preocupación aislada ni reciente, sino un eje transversal que articula el derecho a la intimidad, la dignidad humana, el interés superior del niño y la prohibición de revictimización. Sin embargo, los aportes examinados muestran también que gran parte de los sistemas jurídicos aún mantienen una comprensión fragmentaria del anonimato, centrada en la supresión nominal, sin asumir plenamente los riesgos derivados de la identificación contextual.

En efecto, Clemente y otros (2023) sostienen que la tutela reforzada de la intimidad infantil exige impedir toda difusión que comprometa la honra, la reputación o el desarrollo integral del menor (p. 21). Esta idea resulta especialmente relevante en el ámbito jurisdiccional, donde la publicación de resoluciones judiciales transforma la información procesal en contenido de acceso público y potencialmente permanente. Bajo esa lógica, el problema no se agota en revelar el nombre de la persona menor de edad, también involucra cualquier dato que permita reconstruir socialmente su identidad.

La problemática adquiere mayor complejidad en contextos de digitalización masiva y acceso irrestricto a la información judicial. Tal como advierten Acedo y Platero (2016), el consentimiento relacionado con el tratamiento de datos personales de menores presenta importantes límites materiales, debido a que niñas, niños y adolescentes no siempre comprenden las consecuencias futuras de la exposición de su información en entornos digitales (p. 64). Esta reflexión resulta extrapolable a la publicidad judicial, ya que la permanencia de sentencias en repositorios digitales oficiales puede generar efectos prolongados sobre la vida privada, la reputación y la trayectoria vital de quienes estuvieron involucrados en procesos judiciales durante su niñez o adolescencia.

Desde otra perspectiva, Figueroa (2013) introduce un elemento particularmente significativo para esta investigación: el conflicto entre registro estatal, memoria institucional y derecho a la privacidad (p. 867). El autor advierte que la conservación indefinida de información asociada a adolescentes infractores puede obstaculizar la reinserción social y afectar de manera permanente la honra del individuo. Esta preocupación

atañe directamente al derecho al olvido y la necesidad de impedir que la exposición pública derivada de actuaciones estatales se transforme en una forma de estigmatización prolongada. De este modo, la publicación de sentencias judiciales no puede analizarse únicamente desde la óptica de la transparencia, sino también desde sus efectos acumulativos sobre la vida futura de quienes fueron menores de edad al momento de los hechos.

A su vez, Bustos-Benítez y Valencia Casallas (2019) permiten ampliar la discusión hacia la dimensión procesal de la protección (p. 16). Las autoras sostienen que las actuaciones judiciales deben desarrollarse mediante prácticas adaptadas a la condición evolutiva y emocional de niñas, niños y adolescentes, evitando dinámicas que profundicen la victimización secundaria. Esta exigencia no debe entenderse restringida a la actuación oral o probatoria dentro del proceso, sino extendida también a la forma en que el propio sistema judicial exterioriza posteriormente el contenido de la decisión. La publicación de datos que permitan identificar a una víctima o adolescente procesado puede constituir una prolongación institucional de la afectación sufrida, especialmente en casos vinculados a violencia sexual, conflictos familiares o situaciones de alta vulnerabilidad.

En esa misma línea, Rentería Sánchez y otros (2021) destacan que la protección reforzada de niñas, niños y adolescentes exige adoptar medidas diferenciadas según las condiciones concretas de vulnerabilidad (p. 18). Esta idea posee especial relevancia para la presente investigación, pues evidencia que la confidencialidad no puede abordarse mediante criterios uniformes y abstractos, sino considerando el impacto específico que la exposición pública puede generar en cada caso. La protección de la privacidad, entonces, deja de ser una cuestión meramente técnica y pasa a convertirse en una medida de garantía frente a posibles afectaciones a la dignidad, la seguridad y el desarrollo integral del menor.

Por su parte, González Martín y otros (2016) enfatizan que los procedimientos vinculados a niñas, niños y adolescentes deben sustentarse en expedientes individualizados y en estrictos estándares de confidencialidad (p. 351). Esta reflexión resulta particularmente útil para comprender que el deber de reserva no desaparece por el hecho de que la

información se encuentre contenida en un expediente judicial o en una resolución oficial. Por el contrario, cuanto mayor es el nivel de exposición pública del documento estatal, más intensas deben ser las medidas orientadas a neutralizar cualquier posibilidad de identificación directa o indirecta.

4. ANÁLISIS NORMATIVO

Ya en lo que concierne al ordenamiento normativo peruano, la Ley n.º 30466 es una norma de desarrollo específico del principio del interés superior del niño, que establece parámetros y garantías procesales para su consideración primordial en todos los procesos y los procedimientos en los que se encuentren comprometidos, directa o indirectamente, los derechos de niñas, niños y adolescentes. Su objeto no se limita a reafirmar una cláusula general de protección, sino que busca convertir dicho principio en un estándar operativo de interpretación, decisión y motivación para las autoridades públicas y, conforme a su desarrollo reglamentario, también para las entidades privadas que adopten medidas que incidan en este grupo etario. En esa lógica, la norma recoge la comprensión del interés superior del niño como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento, en sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño y con la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, la cual señala de forma expresa que los niños pueden verse afectados en una diversidad de procesos, como los de adopción, divorcio, custodia, residencia, visitas o similares.

Desde esa base, el artículo 3 de la Ley n.º 30466 fija cinco parámetros de aplicación que orientan la actuación estatal. En primer término, exige reconocer el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, lo que impide fragmentar la tutela jurídica de la niñez o privilegiar un derecho de manera aislada sin considerar sus conexiones con otros derechos igualmente relevantes. En segundo lugar, dispone el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, superando cualquier aproximación tutelar o meramente asistencialista. En tercer y cuarto lugar, remite a la naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño, así

como al deber de respeto, protección y realización de todos los derechos allí reconocidos. Finalmente, incorpora un criterio prospectivo de singular relevancia: toda medida debe valorar sus efectos a corto, mediano y largo plazo sobre el desarrollo del niño. Así, la ley no autoriza decisiones centradas únicamente en la solución inmediata del caso, sino que exige ponderar sus consecuencias futuras sobre la dignidad, el bienestar y el desarrollo integral de la persona menor de edad.

Por su parte, el artículo 4 de la misma ley establece las garantías procesales mínimas que deben observarse al aplicar el interés superior del niño. Entre ellas destacan el derecho del niño a expresar su propia opinión; la determinación de los hechos con intervención de profesionales capacitados; la consideración de la percepción del tiempo, en atención a que las dilaciones procesales impactan especialmente en la evolución de niñas, niños y adolescentes; la participación de profesionales cualificados; la representación letrada; la argumentación jurídica de la decisión; la existencia de mecanismos de revisión; y la evaluación del impacto de la decisión sobre los derechos del niño. Esta disposición tiene un valor especialmente relevante porque desplaza la comprensión del interés superior del niño desde una fórmula retórica hacia una exigencia procedimental verificable: no basta invocarlo de modo abstracto, sino que resulta necesario demostrar que el procedimiento permitió escuchar al niño, reconstruir adecuadamente los hechos, motivar la decisión y prever sus efectos. Asimismo, la propia ley prevé que los eventuales conflictos entre el interés individual de un niño, los intereses de un grupo de niños o los derechos de terceros deben resolverse caso por caso, mediante una ponderación cuidadosa que procure una solución adecuada y debidamente justificada.

Por su parte, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP amplía estos mandatos y les otorga densidad operativa. Desde sus disposiciones generales, precisa que su ámbito de aplicación alcanza a entidades públicas y privadas cuando adopten decisiones, medidas, políticas, programas, servicios o proyectos que afecten, directa o indirectamente, a niñas, niños y adolescentes. Además, incorpora principios y enfoques que refuerzan la lectura integral de la ley, entre ellos

la diligencia excepcional, la especialidad y la profesionalización, la participación y el derecho a ser escuchado, la autonomía progresiva, la no revictimización, la integralidad, la precaución y la flexibilidad. Con ello, el reglamento deja claro que la determinación del interés superior del niño no puede reducirse a una operación abstracta de subsunción normativa, sino que requiere una evaluación contextual, interdisciplinaria y sensible a los riesgos concretos de afectación de derechos.

En esa misma línea, el reglamento reafirma la obligatoriedad de los parámetros del artículo 3 de la ley para jueces, fiscales, autoridades administrativas y responsables de entidades privadas. De manera expresa, exige que en los procesos judiciales y los procedimientos administrativos se evalúen integralmente los actuados del expediente para emitir decisiones motivadas, alineadas con la Ley n.º 30466, con la normativa sectorial aplicable y con la norma internacional. Además, enfatiza la celeridad y la precaución como exigencias específicas cuando la decisión involucra a niñas, niños o adolescentes. De este modo, la reglamentación no solo reproduce el mandato legal, sino que lo convierte en una directriz concreta de actuación para los órganos encargados de resolver conflictos o adoptar medidas que incidan sobre la infancia y la adolescencia.

Para el presente estudio adquieren particular importancia los numerales 26.5 y 26.6 del reglamento, pues proyectan el contenido de la Ley n.º 30466 hacia el ámbito de la protección reforzada en sede judicial y administrativa. El numeral 26.5 establece que «en todo proceso judicial y/o administrativo en el que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, los órganos jurisdiccionales deben procurar brindarles protección especial y prioritaria». Esta previsión no es una cláusula meramente declarativa: funciona como un mandato de reforzamiento del estándar de tutela, en virtud del cual las autoridades no pueden tratar estos casos con los mismos parámetros ordinarios aplicables a personas adultas, sino que deben adoptar medidas de protección diferenciadas, intensificadas y urgentes cuando los derechos fundamentales de las personas menores de edad se encuentren comprometidos.

A su vez, el numeral 26.6 del reglamento contiene una regla de especial relevancia para el propósito de esta investigación. Esta disposición obliga a las autoridades y a los profesionales intervinientes a «mantener reserva del proceso y a preservar la identidad de la niña, niño o adolescente en todo momento». Es necesario resaltar que esta norma no se restringe a los procesos de connotación penal, sino a todo proceso en el que se discutan derechos o intereses de niñas, niños o adolescentes; en efecto, la norma no hace mención restrictiva a procesos penales, por el contrario, su texto expreso señala que aplica a «los procesos en los que se encuentren involucrados». Si interpretamos esta disposición en concordancia con el artículo 26.5, sobre protección prioritaria en todo proceso judicial y administrativo, llegamos a la conclusión de que el ámbito de aplicación comprende a toda clase de procesos. Además, establece de forma expresa la prohibición de publicar, a través de medios de comunicación, la identidad y la imagen de niñas, niños y adolescentes involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos, así como la de sus padres, familiares o cualquier otra información que permita su identificación. Se trata, por tanto, de una garantía normativa robusta que no se agota en la supresión del nombre completo, sino que alcanza también a aquellos datos directos o indirectos que hagan posible la individualización del menor de edad por vías contextuales. En términos sistemáticos, esta regla concreta el deber de protección reforzada derivado de los artículos 3 y 4 de la Ley n.º 30466, pues traduce los parámetros de reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos y las garantías de evaluación de impacto y motivación de la decisión en un deber específico de confidencialidad y resguardo identitario.

En consecuencia, la Ley n.º 30466 y su reglamento configuran un marco jurídico que impone a los operadores jurídicos deberes sustantivos y procedimentales reforzados. No solo obligan a considerar de manera primordial el interés superior del niño al adoptar decisiones, sino también a justificar de qué manera esa consideración se materializa en el procedimiento, en la motivación y en las medidas de protección concretas. Dentro de ese diseño normativo, la protección de la identidad y la reserva de la información de niñas, niños y adolescentes no aparece como una cuestión accesoria, sino como una manifestación específica

del deber estatal de tutela reforzada frente a cualquier actuación que pueda afectar sus derechos fundamentales.

A nivel reglamentario, un instrumento normativo particularmente relevante es el Protocolo de Protección de Datos, Imagen e Integridad en el Proceso Penal para Niñas, Niños y Adolescentes, aprobado mediante la Resolución Administrativa n.º 286-2018-CE-PJ. Este documento constituye un esfuerzo institucional del Poder Judicial orientado a establecer directrices específicas para la protección de la privacidad, la identidad y la integridad de niñas, niños y adolescentes dentro de actuaciones jurisdiccionales. El protocolo se formula en el marco del enfoque de derechos humanos, interés superior del niño, participación, autonomía progresiva y no revictimización, e incorpora además principios vinculados a la celeridad procesal, la justicia comprensible y la actuación interdisciplinaria.

El protocolo desarrolla estándares relativos a la reserva de actuaciones judiciales, protección de la imagen y protección de datos personales. En particular, el capítulo IV establece que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas en las que participen niñas, niños y adolescentes no deben ser públicas, de manera que únicamente las personas involucradas puedan acceder a su contenido. Asimismo, dispone la prohibición de toma y difusión de imágenes que puedan afectar la dignidad, la situación emocional o la seguridad de la persona menor de edad, y exige evitar toda publicidad no deseada de datos personales. A su vez, el numeral 2.2.8 reconoce expresamente el principio de confidencialidad como garantía de protección de la privacidad y la identidad de niñas, niños y adolescentes involucrados en procesos judiciales.

No obstante, el protocolo presenta importantes limitaciones estructurales. La primera de ellas radica en su ámbito de aplicación restringido exclusivamente al proceso penal. Esta delimitación resulta insuficiente si se considera que la exposición indebida de datos personales de niñas, niños y adolescentes también ocurre en procesos de familia, tenencia, custodia, tutela, salud, violencia familiar o contravenciones, entre otros escenarios jurisdiccionales. En consecuencia, el modelo de protección diseñado por el protocolo no alcanza a cubrir integralmente el conjunto de actuaciones judiciales en las que pueden verse comprometidos

derechos vinculados a la intimidad, la identidad y la dignidad de personas menores de edad.

A ello se suma que el protocolo desarrolla la confidencialidad principalmente en términos generales y programáticos, sin establecer mecanismos técnicos específicos de anonimización o desidentificación contextual. Aunque el documento exige evitar la publicidad no deseada de datos personales, no incorpora criterios operativos detallados sobre supresión de referencias indirectas, neutralización de datos relacionales, control editorial previo a la publicación de resoluciones o evaluación del riesgo de reidentificación mediante la combinación de elementos contextuales. Esta ausencia resulta particularmente relevante en un entorno de digitalización masiva de sentencias judiciales y acceso abierto a repositorios oficiales, donde la identificación indirecta puede producirse aun cuando el nombre del menor haya sido formalmente sustituido por iniciales.

Desde esta perspectiva, el protocolo representa un importante avance en el reconocimiento institucional de la necesidad de protección reforzada de niñas, niños y adolescentes dentro del sistema de justicia. Sin embargo, su contenido muestra todavía una comprensión predominantemente formal del anonimato, centrada en la reserva nominal y no en la prevención integral de la trazabilidad identitaria. Precisamente, los hallazgos de la presente investigación muestran que gran parte de las vulneraciones observadas no derivan exclusivamente de la publicación del nombre completo del menor, sino de la permanencia de datos familiares, espaciales, educativos, institucionales o narrativos que permiten reconstruir razonablemente su identidad.

5. RESULTADOS

Este capítulo presenta los hallazgos obtenidos a partir del análisis de las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú y publicadas en el *Diario Oficial El Peruano* entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2024. La estrategia de búsqueda se centró en una selección por conveniencia, basada en casos en los que la sentencia casatoria se refiere a una o varias personas por las letras iniciales de

sus nombres, práctica frecuentemente utilizada como mecanismo de anonimato para referirse a personas menores de edad involucradas en los procesos judiciales o a adultas en escenarios concretos.

Para efectos de este trabajo de enfoque cualitativo se seleccionaron diez sentencias que permiten evaluar la forma en que se protegen (o no) los datos personales. Estas sentencias fueron codificadas con un identificador alfanumérico (C1 a C10) y analizadas a través de seis ejes temáticos, que se presentan en igual número de tablas: (i) la materia del proceso; (ii) la precisión de los sujetos procesales anonimizados; (iii) la mención de los prenombres de los sujetos; (iv) la indicación de si se incluyó el nombre completo de los progenitores; (v) la indicación de si se incluyeron direcciones domiciliarias; y (vi) otros datos contextuales susceptibles de comprometer la privacidad o la seguridad de las personas involucradas. Cada uno de estos aspectos fue sistematizado y descrito en tablas comparativas para facilitar su análisis y su discusión posterior.

Tabla 1

Detalles de la materia del proceso

Código	Materia del proceso
C1	Infracción a la ley penal por violación sexual
C2	Infracción a la ley penal por delito contra la libertad sexual (tocamientos indebidos)
C3	Infracción a la ley penal por delito contra la libertad sexual
C4	Infracción a la ley penal por robo agravado
C5	Tenencia y custodia
C6	Infracción a la ley penal por delito contra la libertad sexual
C7	Contravención a los derechos del niño o adolescente
C8	Infracción a la ley penal por delito contra la libertad sexual
C9	Infracción a la ley penal por delito contra la libertad sexual
C10	Infracción a la ley penal por hurto agravado

Tabla 2

Sujetos anonimizados

Código	Sujetos anonimizados
C1	Adolescente procesado, de 17 años. Niña agraviada, de 10 años
C2	Dos niños procesados, de 12 y 7 años. Niño agraviado, de 7 años
C3	Una niña agraviada y dos adolescentes procesados
C4	Cuatro adolescentes procesados, de 16 años
C5	Hijo de las partes procesales, de 2 años
C6	Tres adolescentes infractores, dos de 16 años y uno de 15. Una adolescente agraviada, de 16 años
C7	Una adolescente que brindó testimonial. Una niña agraviada, de 6 años. Un agraviado de 13 años
C8	Adolescente infractor, sin indicar la edad. Agraviada mayor de edad, 23 años
C9	Un adolescente infractor de 16 años y una adolescente infractora de 14 años. Una menor agraviada sin indicar la edad
C10	Adolescente agraviada. Adolescente infractor

Tabla 3

Señalamiento del prenombre del sujeto anonimizado

Código	Prenombres
C1	Se indica el prenombre completo del adolescente infractor
C2	No se indican prenombres
C3	Se indican los prenombres de los adolescentes procesados
C4	No se indican prenombres
C5	No se indican prenombres
C6	No se indican prenombres
C7	No se indican prenombres
C8	No se indican prenombres
C9	Al declarar la extinción de la acción por prescripción los procesados ya eran adultos y, en la parte resolutiva, se indican sus nombres completos
C10	Al adolescente procesado, luego de identificarlo por iniciales, se le identifica también por su nombre completo

Tabla 4

Indicación de nombre completo de los padres

Código	Nombre completo de los padres
C1	Se indica el nombre completo de la madre de la agraviada
C2	Se indica el nombre completo de la madre del niño agraviado
C3	Se indica el nombre completo del padre de la agraviada, quien también fue agresor pero procesado en otro expediente y quien es también el padre de los dos adolescentes infractores
C4	Se indica el nombre completo de la madre de uno de los adolescentes, quien fue la recurrente
C5	Se indica el nombre completo de ambos padres
C6	Nombres completos de ambos padres de la adolescente agraviada
C7	No se indican
C8	No se indican
C9	Nombre completo de la madre
C10	Se indica el nombre completo de la madre de la adolescente agraviada

Tabla 5

Indicación de direcciones domiciliarias

Código	Domicilios
C1	Se indica el domicilio de la agraviada y su madre a la fecha de la ocurrencia de los hechos
C2	Se indica el domicilio del niño agraviado y su madre
C3	Se indica el domicilio (el mismo para todos los involucrados)
C4	No se señala
C5	No se señala
C6	No se señala
C7	No se señala
C8	No se señala
C9	No se señala
C10	No se señala

Tabla 6

Otros datos de relevancia

Código	Otros datos
C1	Sin información pertinente por añadir
C2	Sin información pertinente por añadir
C3	Se señala el previo abandono de la madre. Se relatan los hechos de connotación sexual
C4	Sin información pertinente por añadir
C5	Alegaciones de las partes relativas a actos constitutivos de violencia intrafamiliar. Detalle de las condiciones de vivienda de los padres
C6	Detalles de la valoración física. Nombre completo de la institución educativa de la agraviada
C7	Los hechos se refieren a mala práctica en atención de salud. Los menores están bajo tutela del INABIF. Se detalla el nombre de la institución donde ocurrieron los hechos
C8	Nombre completo de la pareja de la agraviada. Relato de la agresión
C9	Nombre y ubicación de la iglesia donde ocurrieron los hechos. Detalle de la agresión
C10	Se indica el nombre completo de la institución educativa donde ocurrieron los hechos, también el año y la sección en la que está matriculada la agraviada

6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El objetivo de la presente investigación fue examinar los niveles de protección de los datos personales de niños, niñas y adolescentes en las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú y publicadas en el *Diario Oficial El Peruano*. De estas, se seleccionaron diez sentencias que usan la técnica de referirse a una o varias personas por las letras iniciales de sus nombres. Dicho análisis se organizó en seis dimensiones: materia del proceso, precisión del anonimato, uso de prenombres, mención de progenitores, direcciones domiciliarias y otros datos contextuales. El presente capítulo examina los hallazgos desde una perspectiva crítica, estructurando la discusión en torno a los principales vacíos y contradicciones normativas, editoriales y judiciales observados.

Uno de los casos más graves e injustificables en el corpus analizado corresponde a la sentencia C10. En este documento, se incurre en una contradicción estructural que socava cualquier esfuerzo de protección de la identidad del menor. A lo largo de la resolución se utiliza reiteradamente la expresión de iniciales para referirse al adolescente infractor; sin embargo, en un punto específico del texto se consigna de manera explícita su nombre completo. A ello se suma la individualización del centro educativo donde ocurrieron los hechos, así como la mención del nombre completo de la madre de la adolescente agraviada (a quien previamente también se había anonimizado con sus iniciales), lo cual permite una identificación indirecta. Esta disonancia entre el recurso de anonimato y la revelación de datos identificatorios convierte a la sentencia en un ejemplo crítico de fallo en la aplicación de estándares mínimos de protección de datos personales.

Lejos de tratarse de un lapsus aislado o de una errata menor, el caso sugiere una falta de protocolo o de revisión sistemática de los documentos antes de su publicación. Más aún, la inserción del nombre completo puede llegar a interpretarse como una omisión dolosa, o al menos una negligencia grave, en tanto la sentencia revela datos especialmente sensibles vinculados a un menor de edad. Desde la perspectiva de los marcos normativos revisados, tanto internacionales como nacionales, este tipo de revelación constituye una vulneración directa al principio de interés superior del niño y a la obligación del Estado de garantizar la confidencialidad en los procesos judiciales que lo involucren.

Un segundo grupo de sentencias revela problemas menos ostensibles, pero igualmente comprometedores desde el punto de vista de la anonimidad efectiva. En estos casos, aunque no se consigna directamente el nombre completo de los menores involucrados, se incluyen datos contextuales que, en conjunto, permiten su identificación indirecta. Este fenómeno se advierte especialmente en sentencias que detallan la ubicación precisa de los domicilios, los barrios o incluso las instituciones educativas, o que refieren nombres completos de sus representantes legales u otros actores familiares con apellidos coincidentes.

La acumulación de referencias que, en principio, podrían parecer inocuas, termina generando un perfil identificable del sujeto protegido.

Tal es el caso de la sentencia C5, vinculada a un proceso de custodia y tenencia, en la cual, pese a que el niño de apenas dos años de edad es mencionado con iniciales, se consignan los nombres completos de ambos padres. Esta articulación de datos permite reconstruir fácilmente la identidad del menor, incluso sin que su nombre sea revelado de manera explícita. El ejemplo demuestra que la protección de datos personales no puede limitarse a los casos de connotación sexual o penal, sino que debe extenderse a todas las materias en que esté comprometido el interés superior del niño. Esta identificabilidad por acumulación vulnera los estándares contemporáneos de protección de datos, que no solo exigen la omisión de nombres, sino también la neutralización de cualquier combinación de datos que pudiera conducir a la identificación de una persona física concreta.

Desde una lectura garantista, el problema no radica únicamente en la presencia aislada de un dato sensible, sino en la posibilidad de articular esos elementos para reconstruir la identidad de los menores. En consecuencia, estas sentencias comprometen de modo sustantivo el principio de confidencialidad, ya que permiten a cualquier lector informado o con conocimiento del caso inferir con razonable certeza la identidad de los involucrados. La ausencia de una política editorial que contemple la intersección de datos contextuales evidencia un tratamiento meramente formal del anonimato, que no satisface los principios mínimos de diligencia exigidos por el interés superior del niño ni por la normativa sobre protección de datos personales.

La gravedad de este fenómeno se amplifica al considerar el caso C3, en el que la víctima es una niña afectada por violencia sexual. Si bien el texto judicial opta por identificarla mediante iniciales, la misma sentencia consigna el nombre completo de su padre —uno de los agresores— y los prenombres de los dos agresores adolescentes (hijos también del mismo padre). Esta omisión del deber de anonimato no solo vulnera la privacidad de la niña, sino que compromete su derecho a la dignidad y al desarrollo integral, al facilitar su identificación en un contexto que refuerza el estigma y la revictimización. La sentencia incurre así en una forma de identificación a plenitud, inaceptable bajo los estándares internacionales de protección de la infancia. El caso C3 pone en evidencia que la omisión

de nombres no basta para garantizar el anonimato cuando subsisten datos familiares que, por su especificidad y contexto, permiten asociar de manera directa a la víctima. En consecuencia, este tipo de prácticas revela una comprensión deficiente del principio de confidencialidad y de los riesgos asociados a la exposición de datos en el entorno judicial, particularmente en casos de violencia sexual que, por su naturaleza, demandan los más altos estándares de reserva.

Un tercer aspecto problemático lo constituye el tratamiento diferenciado de la identidad de los menores en función de su edad al momento de dictarse la sentencia. En el caso C9, referido a un proceso penal por actos contra el pudor, el Poder Judicial opta por revelar el nombre completo de uno de los involucrados, bajo el argumento implícito de que al momento de la sentencia este ya había alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, los hechos imputados ocurrieron cuando dicha persona era adolescente, y por tanto debió beneficiarse de la protección reforzada. La exposición de su nombre, en este contexto, adquiere un carácter de sanción simbólica que contraviene el principio de finalidad y proporcionalidad en el tratamiento de datos personales.

Dicha decisión judicial se contrapone con el hecho de que la protección de la identidad no se extingue automáticamente con la mayoría de edad cuando se trata de hechos ocurridos en la infancia o adolescencia. Desde el marco normativo internacional, resulta inaceptable una interpretación que permita la revocación retroactiva de la condición de niñas, niños y adolescentes con base en criterios cronológicos desligados del momento en que ocurrieron los hechos. En efecto, la Observación General 24 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2019) establece la recomendación de que los Estados deben abstenerse de incorporar, en todo registro de delincuentes, los datos de «todo niño, o toda persona que fuera niño en el momento de la comisión del delito» (p. 13). La misma recomendación señala que dicha provisión está orientada a garantizar las oportunidades de reintegración. De este modo, queda claro que el hecho de alcanzar la mayoría de edad no enerva ni relativiza la protección de datos personales en el contexto abordado en la presente investigación.

El caso C9 muestra un uso inadecuado del dato personal que conlleva una forma de estigmatización retroactiva, vulnerando derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la posibilidad de reinserción social. Este tipo de prácticas se encuentra en tensión con el derecho al olvido y con los principios rectores de la justicia penal juvenil, que demandan un enfoque restaurativo y protector. En consecuencia, se requiere una revisión de las directrices editoriales y judiciales que permita armonizar la publicación de sentencias con el respeto a la trayectoria vital de los sujetos que, pese a haber alcanzado la mayoría de edad, fueron menores al momento de los hechos y siguen siendo titulares de derechos reforzados.

Más allá de la afectación directa a la identidad de las personas involucradas, los hallazgos también permiten identificar vulneraciones colaterales a otros derechos fundamentales conexos. Así, en el caso C1, correspondiente a una infracción a la ley penal por violación sexual, la sentencia no solo expone el prenombre completo del adolescente infractor, sino que además incorpora el nombre completo de la madre de la niña agraviada. Lo significativo aquí no es únicamente la presencia de ese dato, sino la función que cumple dentro de la narrativa de la resolución. El nombre de la madre deja de ser una referencia secundaria y se convierte en un punto de enlace entre el expediente y el mundo social del caso. Incluso cuando el nombre de la niña no aparece expresamente, la conservación del dato filiatorio mantiene abierta una vía razonable de reidentificación. Esto permite advertir que la reserva puede fracasar no solo por lo que revela de manera frontal, sino también por aquello que deja disponible para ser inferido. El efecto lesivo, entonces, no se agota en la literalidad del texto, se proyecta en la posibilidad de recomponer, a partir de datos aparentemente dispersos, la identidad de quien debió permanecer protegida.

Esa misma lógica se intensifica en el caso C2. Allí no solo se consigna el nombre completo de la madre del niño agraviado, sino también el domicilio de ambos. El salto cualitativo es evidente. La exposición deja de estar circunscrita al plano relacional y adquiere una dimensión material de localización. El dato domiciliario no es un exceso menor ni un simple remanente descriptivo: es una pieza de alto poder identificador que

vincula directamente al menor con un espacio concreto de residencia y pertenencia. En este punto, la insuficiencia de la anonimización se vuelve más severa, porque la publicación ya no compromete solo la privacidad entendida en términos abstractos, sino también la seguridad y la integridad del niño dentro de su entorno inmediato. Dicho de otro modo, en C2 la sentencia no solo deja rastros, deja coordenadas. Y cuando eso ocurre, la publicación estatal se aproxima peligrosamente a una forma de exposición incompatible con el estándar de protección que el propio ordenamiento exige.

El caso C4 resulta relevante por una razón distinta. Al tratarse de una infracción a la ley penal por robo agravado cometida por cuatro adolescentes, podría pensarse, desde una mirada superficial, que el riesgo de exposición es menos sensible que en los supuestos vinculados a delitos sexuales. Sin embargo, la sentencia conserva el nombre completo de la madre de uno de ellos, y con ello recuerda que la falla de confidencialidad no está reservada para los casos de violencia sexual ni para contextos de victimización particularmente dramáticos. Su alcance es más amplio y más estructural. Lo que el caso C4 evidencia es que la protección reforzada de la niñez no puede depender del tipo penal ni de la sensibilidad intuitiva que el caso despierte en el juzgador o en el editor del texto. Si la reserva solo se intensifica en determinados expedientes y se relaja en otros, entonces deja de operar como garantía de derechos y pasa a funcionar como una práctica selectiva. Ese desplazamiento es precisamente uno de los problemas que este trabajo permite identificar.

El caso C6 concentra, quizá con mayor claridad que los demás, las consecuencias de una reserva tratada de manera fragmentaria. En esta sentencia aparecen los nombres completos de ambos padres de la adolescente agraviada, detalles de la valoración física y el nombre de la institución educativa. Lo preocupante no es solo la cantidad de datos conservados, sino la densidad contextual que producen cuando se leen conjuntamente. Cada uno de esos elementos, por separado, ya comporta un riesgo; reunidos en un mismo relato judicial, reducen drásticamente el umbral de anonimato real. La adolescente puede volverse identificable no porque la sentencia la nombre, sino porque la sitúa social, familiar e institucionalmente. Esa forma de exposición tiene un

efecto particularmente grave en contextos de violencia sexual, donde la publicidad de determinados detalles no solo incrementa el riesgo de identificación, sino que prolonga innecesariamente la huella pública del agravio. En este caso, más que una falla de edición, lo que se observa es una comprensión insuficiente del deber de reserva como garantía frente a la revictimización.

Los casos C7 y C8 introducen un contrapunto necesario, porque muestran que el corpus no está compuesto únicamente por resoluciones abiertamente lesivas. En el caso C7, referido a una contravención a los derechos del niño o adolescente, la sentencia mantiene el nombre de la institución en la que ocurrieron los hechos, vinculada al INABIF, pero el tratamiento del resto de la información personal es comparativamente más cauteloso. Ese matiz importa. Permite advertir que dentro del propio universo analizado existen respuestas judiciales que, aun de forma imperfecta, se acercan más a una lógica de resguardo. Ello sugiere, por tanto, que el problema no radica en una imposibilidad absoluta del sistema para anonimizar mejor, sino en la ausencia de un criterio uniforme que imponga esa cautela como exigencia y no como opción.

En el caso C8 se consignan únicamente las iniciales del adolescente procesado y no se incorporan otros datos contextuales que permitan identificarlo con facilidad. Su relevancia no está en ofrecer un modelo perfecto, sino en mostrar que la técnica de sustitución nominal puede ser jurídicamente suficiente cuando no opera de manera aislada, sino acompañada de una supresión consistente de referencias contextuales. Esta constatación es importante porque evita dos simplificaciones frecuentes. La primera consiste en asumir que el uso de iniciales basta siempre. La segunda, en concluir que las iniciales nunca son útiles. Este caso permite sostener una posición más precisa: las iniciales funcionan solo cuando forman parte de una política más amplia de desidentificación. Si permanecen elementos relacionales, espaciales o institucionales altamente singularizantes, su eficacia protectora se diluye rápidamente.

De este modo, la carencia de un enfoque transversal de derechos en la redacción y la publicación de las sentencias genera amenazas al principio del interés superior del niño, que debiera orientar todas las decisiones judiciales que lo involucren. Así, la falta de anonimato no solo

implica una falla técnica en la edición del texto judicial, sino que constituye una omisión sustantiva en la garantía de derechos fundamentales interdependientes, lo que demanda una revisión integral de los procedimientos de redacción, control y publicación de sentencias en casos que involucren a personas menores de edad.

El derogado artículo 190 del Código de los Niños y Adolescentes ha sido reemplazado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, el cual consagra el principio de confidencialidad con un alcance igualmente estricto, ya que de forma expresa garantiza el carácter confidencial y reservado de todas las actuaciones judiciales y fiscales. De esta forma, tanto las autoridades que intervienen en estos procesos como los sujetos procesales se encuentran impedidos de difundir el contenido de las actuaciones procesales, así como de proporcionar datos que permitan la identificación del adolescente, su familia o circunstancias particulares.

Esta disposición adquiere especial relevancia cuando se contrasta con el artículo 400 del TUO del Código Procesal Civil, que obliga a la publicación del texto íntegro de todas las sentencias casatorias. Desde una lectura sistemática y garantista del ordenamiento jurídico, estas normas no deben interpretarse como contradictorias, sino como concurrentes. En tal sentido, el artículo IX no suprime la obligación de publicar las sentencias casatorias, pero sí impone límites materiales a su contenido, cuando estas involucren a adolescentes. En otras palabras, el deber de confidencialidad opera como una condición previa e ineludible para la legitimidad de la publicación.

Este principio tiene sustento en el interés superior del niño, que conforme a la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013), debe considerarse como una obligación sustantiva, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. Bajo esa premisa, la publicación de sentencias que involucran a adolescentes no puede realizarse de forma acrítica o rutinaria, sino que debe estar precedida por un ejercicio de evaluación del riesgo que dicha difusión representa para los derechos fundamentales del menor.

El principio de confidencialidad, además, no se agota en la omisión de nombres o apellidos. Abarca también todos aquellos datos contextuales

que puedan, directa o indirectamente, conducir a la identificación del adolescente. Esto incluye referencias a familiares, instituciones educativas, domicilios, y otros elementos que, en combinación, permitan la trazabilidad de la identidad. Por tanto, la publicación de una sentencia casatoria que involucra a un adolescente infractor sin garantizar esta desidentificación efectiva constituye una violación a lo dispuesto en el artículo IX del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente y un incumplimiento del deber de protección reforzada del Estado.

En consecuencia, debe entenderse que el mencionado artículo IX introduce una excepción sustantiva y cualificada a la publicación irrestricta de las sentencias casatorias. No se trata de una dispensa absoluta de la publicidad judicial, sino de un ajuste normativo que permita armonizar el interés público de acceso a la información con los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En esta línea, corresponde al Poder Judicial adoptar mecanismos normativos, editoriales y procedimentales que garanticen la aplicación efectiva del principio de confidencialidad en todos los casos que involucren a adolescentes infractores.

Dicho de otro modo, la publicación de sentencias no puede ser concebida como un fin en sí mismo, sino como una medida instrumental que debe subordinarse al respeto de los derechos fundamentales. Cualquier otra interpretación convertiría al mandato de publicación en una fuente de vulneración institucional, contraria no solo al ordenamiento jurídico interno, sino también a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de infancia y adolescencia. Sin embargo, cabe también reiterar que la necesidad de protección de datos no alcanza únicamente a los casos de connotación penal, sino también a los de otra naturaleza, tal como se demuestra con el caso analizado respecto de régimen de tenencia y custodia.

En efecto, al interpretar de manera conjunta la Ley n.º 30466, su Reglamento y las Observaciones Generales 14 y 24, se reconoce con mayor nitidez que las deficiencias identificadas en las sentencias analizadas no constituyen simples fallas de estilo judicial ni problemas editoriales menores. Por el contrario, revelan una insuficiente internalización de un estándar reforzado de protección que exige a los órganos jurisdiccionales considerar de manera primordial el interés superior del niño no solo

al resolver el fondo del conflicto, sino también al definir la forma en que esa decisión será exteriorizada y puesta en circulación en el espacio público. En otras palabras, la publicación de la sentencia no es un acto neutro ni meramente instrumental; constituye una actuación estatal adicional que también debe superar el escrutinio de compatibilidad con los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes.

Desde esta perspectiva, los hallazgos del estudio muestran que en varias de las resoluciones examinadas la anonimización fue tratada como una operación nominal, limitada a sustituir el nombre del menor por iniciales, sin desplegar una evaluación integral de los demás elementos del caso. Sin embargo, a la luz del artículo 3 de la Ley n.º 30466, dicha aproximación resulta insuficiente, pues este dispositivo exige una comprensión interdependiente de los derechos del niño y obliga a ponderar los efectos de la medida a corto, mediano y largo plazo. Cuando una sentencia mantiene datos de contexto que permiten la reidentificación del menor, la aparente reserva formal pierde eficacia real y se transforma en una técnica de protección incompleta. No se trata, entonces, solo de verificar si el nombre fue omitido, sino de determinar si el texto publicado, considerado en su conjunto, evita razonablemente la trazabilidad de la identidad.

A ello se suma que el artículo 4 de la Ley n.º 30466 desplaza la discusión hacia el plano de las garantías procesales. Bajo esta clave, la protección de la identidad no puede ser entendida como una consideración externa al proceso, sino como parte de la obligación de evaluar el impacto de la decisión sobre los derechos del niño. Esta exigencia adquiere singular relevancia en el contexto de las sentencias casatorias, cuya publicación en el diario oficial no queda restringida al expediente ni al círculo de partes, sino que proyecta el caso hacia una audiencia indeterminada y potencialmente permanente en entornos digitales. Por ello, una decisión judicial que omite valorar el riesgo de exposición derivado de su propia publicación desatiende una dimensión central del mandato de tutela reforzada que impone la Ley n.º 30466.

En esa misma línea, los numerales 26.5 y 26.6 del Reglamento permiten comprender que la protección especial y prioritaria de niñas, niños y adolescentes no se satisface únicamente con una motivación correcta

sobre el fondo del litigio. También exige preservar la reserva del proceso y la identidad del menor en todo momento, lo cual incluye, necesariamente, la fase de difusión oficial de la sentencia. Este punto resulta decisivo para interpretar los casos del corpus en los que aparecen nombres de progenitores, domicilios, instituciones educativas, referencias a lugares concretos o descripciones fácticas altamente singularizantes. Tales elementos, aunque puedan parecer secundarios desde la lógica tradicional de redacción judicial, adquieren especial relevancia cuando se advierte que el reglamento no proscribe solo la identificación directa, sino también la publicación de información que permita identificar al niño, la niña o el adolescente y la adolescente por vías indirectas.

Bajo este marco, los resultados permiten sostener que las resoluciones analizadas operan con una noción reducida de confidencialidad. Esa noción parece asumir que el deber de reserva se cumple con la supresión del nombre completo, incluso cuando subsisten datos suficientes para reconstruir la identidad del sujeto protegido. Sin embargo, una lectura sistemática de la Ley n.º 30466 y su reglamento conduce a una conclusión distinta: la confidencialidad exigida por el ordenamiento peruano posee un alcance material y no meramente formal. Su finalidad no es ocultar de manera aparente, sino impedir que la publicación estatal se convierta en una vía de exposición, estigmatización o revictimización.

La Observación General 24 refuerza aún más esta lectura cuando exige que, en el sistema de justicia juvenil, se proteja de forma estricta la privacidad de toda persona menor de edad y, además, de toda persona que lo hubiera sido al momento de los hechos. Este criterio es especialmente útil para interpretar los casos en que la sentencia parece flexibilizar la reserva por el solo hecho de que, al dictarse la resolución, el involucrado ya había alcanzado la mayoría de edad. Tal razonamiento no resulta compatible con el estándar internacional, porque desconoce que la protección reforzada no depende únicamente de la edad cronológica al momento de publicación, sino también de la condición de niño o adolescente que existía cuando ocurrieron los hechos. De aceptarse lo contrario, la exposición pública tardía funcionaría como una prolongación institucional del castigo y como un obstáculo para la reintegración social.

Además, la Observación General 24 permite advertir que la confidencialidad no cumple solo una función negativa de evitar daños, sino también una función positiva vinculada a la reinserción, al desarrollo de la personalidad y a la posibilidad de construir un proyecto de vida libre de estigmas derivados del contacto temprano con el sistema de justicia. Esta idea resulta plenamente trasladable a los casos del estudio, incluso más allá de los procesos penales juveniles, porque en todos ellos se encuentran comprometidos derechos de niñas, niños y adolescentes cuya exposición pública puede producir efectos duraderos. Así, la publicación de datos contextuales que faciliten la identificación de un menor no solo afecta su intimidad en el presente, sino que puede acompañarlo en el tiempo, multiplicando el impacto de la decisión judicial más allá de sus fines legítimos.

Por ello, los hallazgos no deben ser leídos únicamente como evidencia de inconsistencias puntuales entre sentencias, sino como manifestación de un problema más profundo: la ausencia de una cultura judicial consolidada de desidentificación integral con enfoque de derechos del niño. Las resoluciones examinadas muestran que el sistema cuenta con recursos parciales de anonimización, pero aún no los articula dentro de una lógica coherente de prevención del daño. Esta brecha entre disponibilidad normativa y práctica judicial efectiva es, precisamente, uno de los aportes centrales que emerge al contrastar los resultados con la Ley n.º 30466, su reglamento y la Observación General 24.

En tal sentido, el conflicto entre publicidad judicial y confidencialidad no debe resolverse mediante la prevalencia automática de la primera. Cuando el ordenamiento exige, de un lado, la difusión de las sentencias y, de otro, la protección reforzada de niñas, niños y adolescentes, la respuesta jurídicamente adecuada no consiste en sacrificar la reserva, sino en rediseñar las formas de publicación para hacerlas compatibles con el interés superior del niño. Dicho de otro modo, la publicidad de la función jurisdiccional no desaparece al intensificarse la confidencialidad; lo que cambia es el estándar de edición, revisión y supresión de datos que el Estado debe observar antes de poner la resolución en circulación pública.

Frente a este marco, surge la cuestión de si la responsabilidad primaria de anonimizar recae sobre la propia Corte Suprema, en su función jurisdiccional, o sobre el diario oficial como entidad encargada de la difusión. Desde una perspectiva garantista, la obligación debe residir principalmente en el órgano judicial, pues es en la redacción de la sentencia donde debe garantizarse la reserva de identidad y la exclusión de datos sensibles. No obstante, la instancia editorial también debe ejercer un rol de control de calidad y corrección *ex post*, como segunda barrera de protección. La ausencia de protocolos claros y coordinados entre ambas instancias revela un vacío institucional que compromete la eficacia del principio de confidencialidad. Por tanto, se propone la necesidad de una política judicial integral que distribuya de manera precisa las responsabilidades de anonimato, establezca criterios de identificación de datos sensibles y disponga mecanismos de revisión antes de la publicación oficial.

7. CONCLUSIONES

La anonimización en las sentencias judiciales es irregular y, en numerosos casos, insuficiente. Si bien existe una tendencia a proteger los datos personales mediante el uso de iniciales, esta medida resulta ineficaz cuando se acompaña de otros datos contextuales que permiten la identificación indirecta del menor, como nombres de progenitores, direcciones o centros educativos.

Casos como el identificado en la sentencia C3 revelan que la omisión del nombre de la víctima puede ser neutralizada por la presencia de información que permite reconstruir su identidad, comprometiendo gravemente su derecho a la intimidad y a no ser revictimizada. En contextos de violencia sexual, estas fallas adquieren una mayor gravedad ética y jurídica.

El estudio demuestra que la protección de los datos personales no puede restringirse a las materias penales o sexuales, sino que debe aplicarse con igual rigor en casos de familia, custodia, tenencia o cualquier otro proceso que comprometa el interés superior del niño.

Se constata una falta de directrices claras sobre a quién le corresponde la carga efectiva de anonimizar: si al órgano jurisdiccional que emite la sentencia o al ente encargado de su publicación. Esta indefinición institucional redunda en prácticas dispares y arbitrarias.

La publicación obligatoria de todas las sentencias casatorias, conforme al artículo 400 del TUO del Código Procesal Civil, exige un reforzamiento urgente de los estándares de protección de datos, dado que ninguna sentencia puede quedar excluida de dicha difusión, incluso si no constituye precedente judicial. Además, también está vigente la confidencialidad plasmada en el artículo IX del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Se reafirma la necesidad de adoptar una política judicial clara, uniforme y garantista en materia de anonimato, que contemple no solo la omisión de nombres, sino la supresión o neutralización de todos los elementos que, en conjunto, permitan la identificación de los NNA. Esta política debe basarse en los principios del enfoque de derechos del niño, y conciliar de manera razonada el acceso a la información pública con la protección integral y la dignidad de las personas menores de edad involucradas en procesos judiciales. El primer eje rector de esta política debe ser la prohibición de publicación de sentencias que involucren a personas menores de dieciocho años, mientras no se haya superado un control editorial a cargo del propio Poder Judicial.

Por todo lo expuesto, se propone como estándar reforzado el conjunto de las siguientes reglas:

Primera, la regla de desidentificación plena: ninguna sentencia que involucre a niñas, niños y adolescentes debe publicarse si conserva nombres, prenombres, iniciales fácilmente trazables, datos filiatorios, domicilios, centros educativos, centros de salud, lugares de culto, años y secciones de estudio, o descripciones fácticas excepcionalmente singularizantes. La protección debe alcanzar también a padres, madres, tutores y demás referencias relacionales cuando su sola mención permita inferir la identidad.

Segunda, la regla de equivalencia funcional de la reserva: el nivel de protección no depende de la materia del proceso. Debe aplicarse con

igual rigor en casos penales, tenencia, custodia, contravenciones, tutela, salud o cualquier otro proceso en que se discutan derechos o intereses de niñas, niños y adolescentes.

Tercera, la regla de ultractividad protectora: la mayoría de edad alcanzada al momento de dictarse o publicarse la sentencia no elimina la reserva cuando los hechos ocurrieron durante la niñez o la adolescencia. La protección debe mantenerse cuando la exposición pública pueda afectar la dignidad, la reintegración social o el desarrollo del proyecto de vida de quien fue menor al momento de los hechos.

Cuarta, la regla de doble control institucional: la responsabilidad primaria de desidentificar corresponde al órgano jurisdiccional que emite la sentencia, pero debe existir un segundo filtro técnico-editorial antes de su publicación oficial. Así, la publicidad judicial se conserva, pero subordinada a un control de compatibilidad con el interés superior del niño.

Quinta, la regla de motivación reforzada de publicidad: cuando una resolución involucre a niñas, niños o adolescentes, el órgano jurisdiccional debe dejar constancia de que evaluó expresamente el riesgo de identificación y las medidas adoptadas para neutralizarlo. No basta publicar, hay que justificar por qué la versión puesta en circulación es compatible con la confidencialidad exigida por el ordenamiento.

REFERENCIAS

Acedo Penco, Á., y Platero Alcón, Á. (2016). La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *5*(2), 63-94. https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.42557

Benussi Díaz, C. (2020). Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *9*(1), 227-279. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.56660

Bustos-Benítez, P. R., y Valencia Casallas, O. L. (2019). Interrogatorios y contrainterrogatorios en niños(as) testigos víctimas de delitos sexuales. *Suma Psicológica*, *26*(1), 9-18. https://doi.org/10.14349/sumapsi.2019.v26.n1.2

Clemente Soler, J. A., López López, M. V., y Rodríguez Guillén, D. (2023). Una aproximación a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recogidos en la constitución española de 1978. *Revista de la Facultad de Derecho*, (55), e20235503. https://doi.org/10.22187/rfd2023n55a3

Figueroa, R. (2013). El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección. *Revista Chilena de Derecho*, *40*(3), 859-889. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000300005

Fraga, P. P., Rodrigues, L. B., y Martins, R. (2021). Justicia juvenil, drogas y sentencias judiciales: el menor de edad como categoría política. *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, *39*(115), 109-138. http://dx.doi.org/10.24201/es.2021v39n115.1804

Gómez Barrera, A. M. (2020). Marco internacional del derecho penal para menores de edad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *20*, 395-419. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487872e.2020.20.14480

González Martín, N., Miranda Delgado, M. E., y Ramírez Rayo, D. (2016). Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes 2014 y su reglamento 2015. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *49*(146), 345-374. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200345&lng=es&tlng=es

López Díaz, P. V. (2023). El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología. *Revista Ius et Praxis*, *29*(1), 124-144. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122023000100124

Moreno Bobadilla, Á. (2020). Los derechos digitales en Europa tras la entrada en vigor del Reglamento de Protección de Datos Personales: un antes y un después para el derecho al olvido digital. *Estudios Constitucionales*, *18*(2), 121-150. https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200121

Moreno Bobadilla, A. (2022). Avances y retrocesos del derecho al olvido digital en Estados Unidos. *Revista Ius et Praxis*, *28*(1), 180-194. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122022000100180

Ravetllat Ballesté, I. (2020). Ley de Garantías y Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (248), 293-324. http://doi.org/10.29393/RD248-20LGIR10020

Ravetllat Ballesté, I., y Basoalto Riveros, C. (2021). La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*, *19*(1), 111-145. http://doi.org/10.4067/S0718-52002021000100111

Rentería Sánchez, K., Santana Campas, M. A., y Brito Mergalejo, R. (2021). Concepto actual del interés superior de la niñez en la legislación mexicana. *Biolex*, *13*, 1-28. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-55452021000100202&lng=es&tlng=es

Sánchez Díaz, M. F. (2023). El derecho a la protección de datos personales en la era digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, *10*(1), 1-21. https://doi.org/10.14409/redoeda.v10i1.12626

Téllez Carvajal, E. (2020). Análisis documental sobre el tema del big data y su impacto en los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (84), 155-188. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006

Vargas Morales, R. A. (2020). Interés superior del niño: revisión de su origen, evolución y tendencias interpretativas actuales en Chile. *Opinión Jurídica, 19*(39), 289-309. https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a12

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Código de los Niños y Adolescentes (2000). Ley n.º 27337. Ley que Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Decreto Legislativo n.º 1348. Decreto Legislativo que Aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. *Diario Oficial El Peruano* (7 de enero de 2017).

Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP. Aprueban Reglamento de la Ley n.º 30466, Ley que Establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño. *Diario Oficial El Peruano* (1 de junio de 2018).

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).

Observación General núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Naciones Unidas (18 de septiembre de 2019).

Observación General n.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas (29 de mayo de 2013). https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780

Resolución Administrativa n.º 286-2018-CE-PJ. Protocolo de Protección de Datos, Imagen e Integridad en el Proceso Penal para Niñas, Niños y Adolescentes. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (21 de noviembre de 2018).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Gabriel Ravelo-Franco: recojo de la información, conceptualización del estudio, análisis e interpretación de datos, redacción del trabajo y revisión crítica.

Erik Francesc Obiol Anaya: conceptualización del estudio, análisis e interpretación de datos, redacción del trabajo y revisión crítica.

Jorge Abel Cabrejos Mejía: conceptualización del estudio, análisis e interpretación de datos, redacción del trabajo y revisión crítica.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

Los autores declaran que utilizaron la herramienta ChatGPT 4.2 exclusivamente como apoyo auxiliar y supervisado, sin sustituir la actividad intelectual ni producir el contenido científico o jurídico del artículo. La herramienta fue utilizada para revisiones de estilo del borrador final. Los autores revisaron y validaron íntegramente el contenido final del manuscrito y asumen plena responsabilidad por este.

Biografía de los autores

Gabriel Ravelo-Franco es abogado, maestro en Derecho Penal y su investigación doctoral se encuentra en curso. Es profesor de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Posgrado de la Universidad Continental, de la que también es parte del Comité de Acreditación. Es profesor también de posgrados en la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador). Cuenta con registro Renacyt P0055788. Cuenta con publicaciones en revistas indizadas de México, Colombia, Brasil, Argentina y España. Su línea investigativa está asociada a inteligencia artificial y nuevas tecnologías, así como a otros tópicos públicos en el ámbito socio-jurídico.

Erik Francesc Obiol Anaya es doctor en Proyectos por la Universidad Internacional Iberoamericana de México, candidato a doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Trujillo, maestro en Derecho Constitucional y Administrativo, becario del Programa Teaching With Purpose del Harvard Business Publishing Education de la Universidad de Harvard, árbitro de la Cámara de Comercio de Lambayeque, investigador Renacyt, docente ordinario de la Universidad Nacional de Trujillo, catedrático universitario de diversas casas de estudio en pre y posgrado, autor de diversas publicaciones en revistas científicas.

Jorge Abel Cabrejos Mejía es abogado y maestro en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Señor de Sipán, y doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Asesor y jurado de tesis. Docente a tiempo completo en la Universidad de San Martín de Porres, filial norte. Asimismo, es investigador Renacyt.

Correspondencia

gravelo@continental.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 333-369
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1469

Derecho y literatura: positivismo jurídico y memoria histórica en los legados Orwell

Law and Literature: Legal Positivism and Historical Memory in Orwell's Laws

Direito e literatura: positivismo jurídico e memória histórica nos legados de Orwell

JAINOR AVELLANEDA-VÁSQUEZ
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)
Contacto: javellanedav@cientifica.edu.pe
https://orcid.org/0009-0005-1948-7503

RESUMEN

Este estudio acogió la interdisciplinariedad entre derecho y literatura como recurso sustantivo, metodológico y pedagógico. Su objetivo fue argumentar, mediante la novela de Orwell *Rebelión en la granja*, cómo el derecho positivo se convierte en un instrumento de las élites políticas que ejercen el poder arbitrariamente, en detrimento de la constitucionalidad, la democracia y la justicia. La estrategia metodológica fue cualitativa con un diseño hermenéutico. La crítica al positivismo jurídico, por mediación de la literatura, permitió explicar la visión del Estado constitucional de derecho deteriorado o ausente y la semblanza de la jurisdicción constitucional politizada, así como las leyes de amnistía positivamente válidas, las falacias *ad hominem* y, por último, insistir en la necesidad de educar en memoria histórica a las nuevas generaciones.

Palabras clave: positivismo jurídico; derecho y literatura; amnistía; falacia; memoria histórica.

ABSTRACT

This study embraced the interdisciplinary relationship between law and literature as a substantive, methodological, and pedagogical resource. Its objective was to argue, through Orwell's novel *Animal Farm*, how positive law becomes an instrument of political elites who exercise power arbitrarily, to the detriment of constitutionality, democracy, and justice. The methodological approach was qualitative, based on a hermeneutic design. Through literature, the critique of legal positivism made it possible to explain the vision of a deteriorated or absent constitutional state governed by the rule of law, as well as the appearance of a politicized constitutional jurisdiction, positively valid amnesty laws, *ad hominem* fallacies, and, finally, to emphasize the need to educate new generations in historical memory.

Keywords: legal positivism; law and literature; amnesty; fallacy; historical memory.

RESUMO

Este estudo adotou a interdisciplinaridade entre direito e literatura como um recurso substantivo, metodológico e pedagógico. Seu objetivo foi argumentar, por meio do romance de Orwell, *A Revolução dos Bichos*, como o direito positivo se torna um instrumento das elites políticas que exercem o poder de forma arbitrária, em detrimento da constitucionalidade, da democracia e da justiça. A estratégia metodológica foi qualitativa, com um desenho hermenêutico. A crítica ao positivismo jurídico, por meio da literatura, possibilitou explicar a visão de um Estado de direito constitucional deteriorado ou ausente e o surgimento de uma jurisdição constitucional politizada, bem como leis de anistia válidas, falácias *ad hominem* e, finalmente, insistir na necessidade de educar as novas gerações na memória histórica.

Palavras-chave: positivismo jurídico; direito e literatura; anistia; falácia; memória histórica.

Recibido: 28/11/2025 **Revisado:** 17/12/2025
Aceptado: 20/2/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

En *Animal Farm* (1945) *o Rebelión en la granja*, George Orwell, en un tono satírico y alegórico, expone y denuncia los orígenes y los vicios del totalitarismo soviético. Adicional a ello, glosa ideas y realidades que nos conducen a instituciones jurídicas como el positivismo jurídico y la memoria histórica. La intencionalidad política de esta novela no dejará sorprendido a ningún lector con un básico manejo de historia universal. Sin embargo, en este escrito no pretendemos ahondar o reivindicar dicha finalidad, sino extrapolar la ficción literaria a la realidad peruana para construir un discurso jurídico crítico sobre el socavamiento de la primacía del derecho y el deterioro de los mecanismos de representación y deliberación democráticos. En específico, verificaremos cómo es que las leyes y las instituciones se desnaturalizan cuando la búsqueda y la concentración ilegítima del poder prima sobre los intereses generales.

En esta novela, la idea de derecho aparece en sentido estricto a partir de la aprobación y la redacción de los siete mandamientos, preceptos que regirían la nueva sociedad, al imponer orden, seguridad y justicia. Nos referimos a un derecho que se desprende de la norma jurídica, un derecho positivo, creado y refrendado por el colectivo. Esta visión jurídica, que funciona perfectamente en sus inicios, poco a poco se va desnaturalizando; pues los mandamientos son reducidos, transformados y, finalmente, olvidados por las nuevas generaciones. El derecho de la granja, que solía ejercer una suerte de control al poder, gustaba, permitía la identificación y la dignificación de los animales, desapareció, o se convirtió en un arma represora para asegurar el poder en manos de los cerdos.

El mundo creado por Orwell es un vaticinio fatal. Invita a pensar que la Granja Animal sería la etiqueta perfecta de muchos países, empezando por la desaparecida Unión Soviética, los países del bloque socialista e incluso aquellos que se autoproclaman de derecha y ultraderecha. Entre estos destacamos al Perú, claramente. La idea del Perú como la granja orwelliana nos conduce a advertir y juzgar el ejercicio de la política y el derecho en los últimos tiempos.

Con este escrito, pretendemos exhortar a las nuevas generaciones de estudiantes a retomar los hechos y reivindicar la memoria, como una suerte de apostar por la enseñanza constructivista y aplicativa del derecho por mediación de la literatura (Avellaneda-Vásquez y Seminario-Hurtado, 2025). La estrategia hermenéutica radica en extrapolar escenarios, combinar ficción-realidad, independientemente de los fines políticos de *Rebelión en la granja*, pues, al hacerlo, no pensamos en izquierdas o derechas, ni en liberales o conservadores, simplemente en personas que han sido puestas en los tribunales para hacer cumplir la ley y la Constitución, y en personas que han sido elegidas por el pueblo para representarlo y proteger sus intereses.

Por lo expuesto, desde una estrategia metodológica cualitativa con un diseño hermenéutico, basada en un análisis documental, buscamos armar una propuesta crítica y argumentativa que dialogue con fuentes jurídicas, documentos iusfilosóficos y literarios. Se trata de una investigación filosófico-jurídica que acoge a la interdisciplinariedad entre el derecho y la literatura como recurso sustantivo, metodológico y pedagógico. Justificamos la realización de este estudio en la preocupación generalizada sobre los problemas del país, y en nuestra famélica afición por la literatura. Valoramos a Orwell como el gran profeta de la modernidad que predice la paulatina degradación moral de las principales instituciones de la estructura básica social, como los sistemas de justicia y las democracias.

2. IDEAS SOBRE EL DERECHO EN *REBELIÓN EN LA GRANJA*

En la novela aparecen, por lo menos, tres ideas de derecho, unas más concretas que otras. La primera idea de derecho emerge del discurso inicial del Viejo Comandante. Este personaje, al referir que en la vida de un

animal de la Granja Solariega solo hay desgracia y esclavitud, se pregunta si esa situación se trataría de un ordenamiento natural. «Pero ¿se trata acaso de una ley natural?» (Orwell, 2015, p. 14), dice. Se interroga si la opresión, la esclavitud y la injusticia de los hombres hacia los animales y, extensivamente, de las élites gobernantes al pueblo, de las clases altas y medias a las bajas, obedecen a un orden natural y si se puede hacer algo para remediarlo. Comunica que, más bien, lo natural, la ley natural, remite a principios morales, de justicia e igualdad inherentes a la naturaleza humana (Nino, 2003). ¿Cómo reclamar este orden natural? Es la cuestión que nos acerca a la segunda idea de derecho, la cual apunta a la lucha: el derecho se alcanza luchando, a través de las revoluciones y la violencia justificada.

En la novela, la revolución fue el camino para disponer de derechos, los cuales son institucionalizados en los siete mandamientos. Los animales se dieron cuenta de que la injusticia que padecían no era producto de la naturaleza, y que ellos podían refundar dicho orden impuesto. En las palabras del Viejo Comandante:

> ¿Qué debemos hacer entonces? ¡Trabajar día y noche, en cuerpo y alma, por el derrocamiento de la raza humana! Ese es mi mensaje, camaradas: ¡la rebelión! No sé cuándo se producirá esa rebelión, si dentro de una semana o de cien años, pero sé, con la misma certeza con que veo la paja que piso, que tarde o temprano llegará la justicia. (Orwell, 2015, p. 15)

Este discurso se relaciona no solo con ideas liberales y socialistas, sino también teológicas. Para Tomás de Aquino, las leyes humanas que no se condicen con la ley divina, la ley revelada, la ley natural y, por lo tanto, son injustas o provocan injusticias, conceden al pueblo el derecho a rebelarse contra las personas que las crearon y las aplican (Rubio Correa, 2011, p. 314). De similar manera, Rudolf von Ihering en su célebre ensayo *La lucha por el derecho* (1872) se refiere a la lucha como parte esencial de la naturaleza del derecho; la lucha es el medio para alcanzar la paz. Se trata de una lucha contra la injusticia. El reconocimiento de los derechos ha sido posible mediante la lucha, y su defensa y su garantía también. El jurista alemán escribe:

> Todo derecho en el mundo debió ser adquirido mediante la lucha; todos los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos mediante la lucha frente a quienes no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, depende de que estemos dispuestos a defenderlo. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí porque la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. (Ihering, 2018, p. 49)

Los derechos (subjetivos) han nacido de las luchas, han sido arrancados por la fuerza de los poderes imperantes que se negaban a reconocerlos y garantizarlos. A partir de las ideas de Tomás de Aquino e Ihering, la lucha es un derecho. Al mismo tiempo, busca reconocer otros derechos e implica el uso de la violencia en las rebeliones. Esta práctica solo puede ser justificada por motivaciones como la injusticia y el abuso, como lo acontecido en la narrativa que venimos analizando. Ahora, la tercera idea de derecho es la más concreta y obvia, pero también la más relevante y discutible. Esta identifica al derecho positivo y deriva directamente de los siete mandamientos cifrados en la pared, aunque también de la canción «Bestias de Inglaterra» enseñada por el Viejo Comandante antes de la revolución.

La canción del Viejo Comandante primero fue aprendida, luego prohibida y, finalmente, borrada de la memoria de los animales. Esta representa al derecho de tres maneras: la primera aparece como una aproximación de que la lucha es parte esencial del derecho y que los derechos se alcanzan luchando; la segunda explica que la canción en sí es una ley humana, que no se encuentra escrita, pero que existe y puede ser exigible mientras los animales la recuerden y la transfieran a las nuevas generaciones; la tercera manera hace alusión a una suerte de derecho consuetudinario, pues cantar la canción se convirtió en una suerte de costumbre como si se tratara de un derecho y deber para recordar, para preservar la memoria. He aquí parte de la letra:

> Desaparecerán los aros de nuestros hocicos
> y de nuestro lomo los arneses,

se oxidarán para siempre los frenos
y las espuelas
y los crueles látigos no volverán a chasquear.
[...] el día que conozcamos la libertad. (Orwell, 2015, p. 17)

Por su parte, los siete mandamientos estampados en la pared por los cerdos como legítimos representantes de la Granja Animal traducen al derecho positivo en sentido estricto. Este derecho fue creado por los cerdos para regir en la granja, estableciendo el orden, la seguridad y la justicia. Al inicio, su funcionamiento resulta innegablemente efectivo; los animales empiezan a aprender los mandamientos y a identificarse con el nuevo orden. No obstante, poco a poco las leyes van cambiando; y lo hacen, no por exigencias de las circunstancias, del colectivo, sino por intereses particulares. Estos son los siete mandamientos:

I. Todo lo que camina sobre dos patas es un enemigo
II. Todo lo que camina sobre cuatro patas o tiene alas es un amigo
III. Ningún animal llevará ropa
IV. Ningún animal dormirá en una cama
V. Ningún animal beberá alcohol
VI. Ningún animal matará a otro animal
VII. Todos los animales son iguales. (Orwell, 2015, p. 23)

Las nuevas leyes exigen una ruptura total con el antiguo régimen, aquel orden impuesto por los amos; ponen de manifiesto los límites de la libertad individual, al mismo tiempo que reconocen la igualdad formal ante la ley, la igualdad en derechos, las obligaciones, las oportunidades y la igualdad en dignidad.

3. POSITIVISMO JURÍDICO Y LITERATURA

3.1. Positivismo jurídico y formalismo

El positivismo jurídico o iuspositivismo es una corriente iusfilosófica cuyos primeros orígenes los encontramos en los siglos XVII, XVIII y XIX con Thomas Hobbes, Jeremy Bentham y John Austin, pero se

consolidaría en el siglo XX a raíz de los estudios de Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Alf Ross, Joseph Raz, etc. Surgió como postura contrapuesta al derecho natural y generó una disputa que se mantiene en nuestros tiempos. Hablamos de dos bloques que abordan al derecho de manera diferente: por un lado, aquel derecho que derivaría del mandato divino (iusnaturalismo teológico), de la naturaleza humana y de la razón (iusnaturalismo racionalista), con sustento en la justicia; por otro lado, el derecho puesto de creación humana, cuyo sustento es la validez normativa (Bobbio, 2002, pp. 27-28; Nino, 2003, pp. 28-29).

Con Kelsen y Hart, el positivismo jurídico se elevó, no sin arrastrar una gama de novedosas críticas. No vamos a discutir las críticas, sino a describir algunas ideas principales, para luego aterrizar en un breve análisis del formalismo jurídico. Para Kelsen (2009), «el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad» (p. 34). Estas normas deben cumplir los requisitos de validez espacial, temporal y material, y no ajustarse a criterios morales; por eso es que separa la norma válidamente creada de la justicia. Su teoría (la teoría pura del derecho) —dice— «se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo» (Kelsen, 2009, p. 48). Desde esta perspectiva, según Rubio Correa (2011), el derecho sería un sistema normativo o poseería una esencia normativa, independiente o separada de principios de la moral o la religión, de aspectos políticos, y que funciona al momento en que es válido y aceptado por la generalidad de sujetos.

Por su parte, Hart (2007), más allá de lo dicho por Kelsen, ubica al derecho entre las normas primarias (obligaciones y prohibiciones) y secundarias (potestades manifestadas en las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación). Dentro de las normas secundarias, Hart va a destacar a la regla de reconocimiento, que sirve para reconocer la validez de las normas primarias por su recepción social generalizada. Esta regla resuelve el problema de la incertidumbre y la indeterminación de las reglas primarias y determina de manera objetiva qué cosa es derecho a partir del reconocimiento y el consenso social, por encima de la presión social que precariamente garantizaba el cumplimiento de las normas primarias. De acuerdo con Hart (2007):

> [la] regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas [...]; ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. (p. 117)

Tanto en Kelsen como en Hart, la validez es el elemento definitorio de la norma que es derecho. Para García Amado (2014), a propósito de la doctrina positivista estándar, una norma es válida si cumple con propiedades formales (creada por un órgano legislativo competente de acuerdo con el procedimiento establecido) y sustantivas (no ser contradictoria o incompatible con la norma de superior jerarquía) (p. 30). La validez parece ser un sucedáneo de la justicia. Un positivista, en palabras de Bobbio (2002), admitiría que «una norma es justa solo si es válida», admitiría que «la validez es la consagración de la justicia» (p. 30). Ahora bien, con referencia a las ideas de Kelsen, Ross, Hart y Bobbio, Nino (2003) explica el positivismo jurídico de cuatro modos diferentes:

- Escepticismo ético. No existen principios morales y de justicia universales asequibles por la razón y la objetividad.
- Positivismo ideológico. Cualquier contenido de las normas jurídicas es derecho, tiene validez y fuerza obligatoria.
- Positivismo formal. El derecho comprende un sistema de normas jurídicas completo y coherente (sin lagunas ni contradicciones) derivadas de un poder institucionalizado como el órgano legislativo.
- Positivismo metodológico. El derecho debe definirse por criterios descriptivos y empíricos, como hechos sociales observables, y no por cuestiones valorativas.

El positivismo jurídico formal o formalista merece nuestra atención. De acuerdo con Nino (2003), el formalismo jurídico asumiría al derecho como un sistema de preceptos legislativos, autosuficiente, capaz de ofrecer una solución a cualquier conflicto judicializado. Sin embargo, excluye a las normas consuetudinarias y a la jurisprudencia. Con esta visión del derecho, los jueces actuarían de forma mecánica, ya que no se presentarían lugares inexplorados, supuestos que las normas no

pudieran alcanzar y que los legisladores no hubieran imaginado. Bobbio (1997) nos dice que el formalismo jurídico apunta a la creación y la estructura del derecho como sistema normativo de estricto cumplimiento; lo define como forma, se acerca a la concepción de ciencia jurídica para caracterizarla como ciencia formal e interviene en la interpretación jurídica determinándola como operación lógica (p. 38).

De otro lado, García Amado (2014) se refiere al formalismo jurídico en la aplicación del derecho, y de alguna manera lo presenta como una garantía de la eficacia jurídica normativa. Según el autor, nos referimos al formalismo jurídico:

> cuando la valoración no se hace caso por caso y con libertad […], sino que se aplican parámetros que agrupan casos con elementos sustanciales coincidentes bajo soluciones comunes. En relación con la decisión, sería formalista, en este sentido, toda doctrina que propugne que las decisiones judiciales se guíen por o estén atadas a normas previas de carácter general y abstracto […]. (p. 27)

Con esto volvemos nuevamente a suponer que todos los casos pueden ser resueltos invocando normas formales, y que el juez sería un ejecutor más de estas normas, un técnico aplicador del derecho positivo. Si bien las ventajas del formalismo jurídico se encuentran asociadas a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley, sus riesgos se asocian a una rigidez de los parámetros decisorios, ya que no se cuestiona ni se reflexiona explícitamente sobre sus fundamentos subyacentes (Amato, 2022, p. 279).

En definitiva, lo que propone el positivismo jurídico estándar es un acercamiento al fenómeno jurídico contenido en la norma jurídica; abordar el derecho como un sistema normativo válido, independiente de presupuestos morales (García Amado, 2022; Lloredo Alix, 2017; Moreso, 2004). Este sistema cumpliría los requisitos formales legislativos de creación y mantendría la coherencia entre normas de superior e inferior jerarquía (García Amado, 2014). Ahora, las discusiones académicas sobre el acercamiento al derecho desde el iuspositivismo abundan. Sin embargo, este breve esbozo conceptual parece suficiente para remitirnos

a la literatura y examinar destrezas, pero, sobre todo, deficiencias del positivismo jurídico a partir de su aplicación. En principio, es importante partir por las normas antisemitas de la Alemania nazi, cuya validez y moralidad han quedado en entredicho. Lo cierto es que estas normas sirvieron para que jerarcas nazis cometieran atrocidades contra la población judía, y luego se puedan defender y justificar de la misma manera; así empezarían las crisis, las paradojas y las reformulaciones en torno al positivismo jurídico.

3.2. Positivismo jurídico en la literatura

Si bien el positivismo jurídico como doctrina o corriente inició en el siglo XIX, sus primeros indicios se remiten a Hobbes, a Santo Tomás de Aquino y, por supuesto, al esplendor de la Grecia clásica y a la literatura universal. Hay pasajes literarios que nos acercan a esta doctrina de modo sorprendente; dan fe de ello clásicos de la literatura como *Antígona, Don Quijote de la Mancha, El mercader de Venecia, Robinson Crusoe, Los miserables*, nuestro caso, *Rebelión en la granja,* entre otros. La literatura, con su poder mágico de entretener y enseñar, puede ser entrelazada con el derecho para mostrar exactamente aquel derecho que los marcos iuspositivistas, bajo el límite de lo racional, han desterrado (Arancibia, 2022).

El efecto que surge de la conexión entre derecho y literatura ha sido institucionalizado académicamente desde la década de los setenta en la doctrina y el movimiento Law and Literature o Derecho y Literatura. Este constituye un espacio metodológico de humanización, de aparición, presencia y visibilidad de los seres, del Otro no reconocido y el Otro infractor, y recrea la diversidad de pluralidad y voces en términos de igualdad (Arancibia, 2022, p. 52). Esta combinación no podría entenderse sino a través del paradigma de la complejidad, una suerte de Aleph de Borges (donde todo está conectado y a la vez separado, diverso, caótico) sobre la base de un pluralismo metodológico. Así, claramente desafía el paradigma de la simplicidad que exige orden en el universo bajo una coherencia lógica y que ha asumido, desde una racionalidad jurídica moderna (iuspositivismo), zanjar el problema jurídico (Coaguila Valdivia, 2024).

La doctrina Derecho y Literatura comprende categorías o intersecciones como el *derecho como literatura*, el *derecho de la literatura*, el *derecho en la literatura* y la *justicia poética*. No vamos a definir cada intersección, sino que nos ocuparemos brevemente del *derecho en la literatura*, ya que nuestro estudio encaja en dicho marco interdisciplinar. Así, desde el derecho en la literatura, las instituciones jurídicas reveladas explícita o implícitamente en la lectura de obras literarias se estudian sobre la base del derecho en la literatura. Esta «combinación interdisciplinaria perfecta no estaría limitada al mero acto de la traducción, sino también al despliegue de la interdisciplinariedad para forjar un mundo más humano» (Coaguila Valdivia, 2024, p. 350). En términos más inclusivos, se trataría de una intersección instrumental que, en palabras de Calvo González (2016), a partir de la cultura literaria, posiciona al derecho como recurso literario y, del mismo modo, a la literatura como recurso jurídico. Coaguila Valdivia (2024) refiere algunos modelos del derecho en la literatura que debemos considerar. En este estudio adoptamos los modelos expositivo y analítico.

> Modelo retórico. La disciplina jurídica emplea las obras literarias para embellecerse.
> Modelo expositivo. Defiende sus tesis jurídicas apelando a situaciones literarias.
> Modelo metodológico. Los estudios iusfilosóficos se inspiran en la literatura.
> Modelo analítico. La obra sirve para efectuar un análisis estrictamente jurídico. (p. 361)

En efecto, pensar el derecho desde la literatura supone criticar los marcos cerrados que encasillan al fenómeno jurídico, manifestar nuestro rechazo a las normas y prácticas jurídicas que creemos arbitrarias, injustas, insuficientes. Como aspecto metodológico, consideramos que las obras literarias deben valorarse como estudios de caso para profundizar en situaciones y figuras jurídicas. De ahí que la literatura también califique como estrategia de enseñanza del derecho (Coaguila Valdivia, 2023; Avellaneda-Vásquez, 2024a; Avellaneda-Vásquez y Seminario-Hurtado, 2025).

En esta línea, bastará mencionar algunos casos de estudio que remiten al positivismo jurídico. La tragedia *Antígona* de Sófocles es para muchos el escenario literario que muestra el primer debate entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Creonte, el nuevo rey de Tebas, ordenó por decreto real que el cadáver de su sobrino Polinices no tuviera sepultura, ya que atacó a su propio hermano Etéocles y traicionó a su nación. Frente a ello, Antígona transgrede dicha norma positiva y concede la sepultura a su hermano Polinices, apelando al derecho natural, a las leyes divinas, a las leyes no escritas, que, como ella misma lo dice, son superiores a las leyes humanas y existen desde siempre. Aquí un fragmento de su diálogo con Creonte:

> —No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno. (Sófocles, 2022, p. 93)

El positivismo jurídico que representa Creonte irradia la semblanza y el contenido de la doctrina política de Hobbes. Sobre ello, Bobbio (2002) dice que en el estado civil hobbesiano, la validez de una norma y su justicia se supeditan a la voluntad del soberano, como una forma de justificar el poder absoluto. Por otro lado, desde el objeto de aplicación, el iuspositivismo creontiano permite lo que en nuestros tiempos se ha denominado deshumanización, la negación o reducción de la humanidad del otro y la indiferencia total por el dolor de sus seres queridos.

Cervantes en *Don Quijote*, precisamente en el pasaje que narra la liberación de los galeotes y sus pormenores, critica de manera exagerada a un iuspositivismo que justificaba el trato inhumano sobre unos reos que, encadenados, eran conducidos a las galeras. Don Alonso Quijano se dirige a los guardianes:

> quiero rogar a estos señores guardianes y comisario sean servidos de desataros y dejaros ir en paz, que no faltarán otros que sirvan al rey en mejores ocasiones, porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y la naturaleza hizo libres. (Cervantes, 2015, p. 123)

Al apelar a los valores morales universales —como lo hace don Quijote— sin tener en cuenta la realidad (el caso concreto), podemos arriesgar nuestras vidas; pues, en lo que sigue de la novela, Cervantes nos cuenta cómo los galeotes arremeten contra sus propios liberadores, maltratando severamente a don Quijote y arrebatando el asno a su escudero Sancho Panza. Así como Cervantes representa al núcleo duro de la literatura española, Shakespeare hace lo suyo con la literatura inglesa. En *El mercader de Venecia*, la pretensión de Shylock de cortar una libra de carne del pecho de Antonio por haber incumplido el contrato es legítima; sin embargo, debía hacerlo sin derramar una gota de sangre. Caso contrario, Antonio podía perder la vida y Shylock convertirse en su asesino. Según Trazegnies Granda (2011), la vida de Antonio fue preservada acudiendo al iuspositivismo formalista, al rigor legal de naturaleza privada; se aprovechó la falta de precisión del contrato. Con ello, se evitó invocar la justicia universal, la religión y las herramientas actuales de las que disponemos, como la ponderación de principios y la doctrina de los derechos humanos. Al respecto, el autor explica:

> Shakespeare no deja de ver que la aplicación estricta de la ley es de alguna manera fundamental para que los fines del Derecho puedan ser cumplidos y para que la propia justicia pueda ser servida. Sostener simplistamente la justicia frente a la positividad, la equidad frente al razonamiento jurídico riguroso, es acabar con el Derecho. (Trazegnies, 2011, p. 30)

En la historia de Shakespeare, la justicia no riñe con el iuspositivismo, sino que es incluida implícitamente en el razonamiento jurídico. Advertimos cómo la visión formalista del derecho es autosuficiente; resuelve el caso de manera categórica. Lo que Porcia, disfrazada de letrado, hace es contraponer más formalismo al formalismo que usa Shylock

para reclamar el cumplimiento del contrato con Antonio. Este razonamiento, lejos de ser una fórmula retórica, garantiza la seguridad jurídica de los actos *inter partes* y ofrece protección a derechos fundamentales condicionados. Advertimos, pues, que el formalismo funciona muy bien en el derecho privado, en materia contractual. A propósito, Jiménez (2020) dice que contribuye a una toma de decisiones simple, clara, generalizable y rentable; reduce los riesgos y los costos generales de los errores legales; y aumenta la previsibilidad al proteger las expectativas legítimas de las partes contractuales.

Sin embargo, en el derecho público, el panorama es distinto. En este campo, como muy bien lo sabemos, el Estado interviene a través del *ius imperium* persiguiendo intereses generales. Aquí el formalismo puede ser instrumentalizado por razones políticas; los órganos legislativos pueden aprobar normas formalmente válidas, pero sustancialmente desviadas.

Ahora bien, el inicio de la formación de la sociedad posrevolucionaria en *Rebelión en la granja* nos remite a un derecho conformado por normas formalmente válidas, aceptadas y comprendidas por el colectivo: lo que se debe hacer, lo que no se debe hacer, el conjunto de potestades o derechos subjetivos y el derrotero para ejercerlos; todo ello incluiría los siete mandamientos. La regla de reconocimiento hartiana la constituyen las escrituras que los cerdos estamparon en la pared a la vista de todos. No obstante, en pasajes siguientes, advertimos cómo estas escrituras se transforman radicalmente y ya ningún animal cree en las leyes, sino en la voluntad de sus propios pares. Parece que el iuspositivismo (desnaturalizado) que releva la fábula justifica el poder absoluto de los cerdos, un escenario parecido al estado civil hobbesiano. Y sorprende tanto la ceguera de algunos animales, como el caballo Boxer, que adopta una falacia *ad verecundiam* como máxima ética, la cual es totalmente contraria a toda norma jurídica: «Si el camarada Napoleón lo dice, debe de ser cierto», «Napoleón siempre tiene razón» (Orwell, 2015, p. 39).

3.3. Politización de la justicia

Dos ideas. En primer término, suscribimos lo dicho por Lloredo Alix (2017), de que las discusiones actuales sobre el positivismo jurídico recaen en la aplicación de las normas jurídicas y cada vez van acercándose a una politización de los sistemas de justicia. En segundo término, el mundo orwelliano de *Rebelión en la granja* puede calificar como un caso de politización de la justicia. Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002) establecen una gama de valores para regir el comportamiento de los jueces. La imparcialidad y la independencia pueden decirse que son los principios base. Las intromisiones y las influencias políticas en las decisiones judiciales, al vulnerar precisamente estos principios, dan lugar a un fenómeno denominado politización de la justicia. Aquí, los tribunales de justicia y los magistrados serían instrumentalizados para colmar intereses de las élites políticas, lo que daría como resultado sentencias parciales y la catalogación de los jueces como actores políticos. Estas injerencias políticas se pueden presentar en la elección de los magistrados, el funcionamiento de los tribunales, las decisiones con ingredientes políticos y en las deliberadas demoras procesales (Lousada, 2024, p. 100; Quiñones, 2025, p. 304).

Según Lousada Arochena (2024), la predominancia de casos de politización de la justicia constituye un atentado directo contra el Estado constitucional de derecho (ECD) y los avances de la democracia, ya que se viola la independencia judicial, la separación de poderes y el acceso a la justicia de los ciudadanos. Gargarella (2011) explica que la dependencia del poder judicial a otros poderes del Estado suele aparecer regularmente en el nombramiento de los actores judiciales. Se suele elegir a los perfiles más afines al gobierno o a la organización política poderosa. En la fábula orwelliana no se advierte la figura judicial, pero el derecho sí se aplica. Primero, el derecho es aplicado por deliberación de las asambleas populares y luego directamente por la voluntad y el arbitrio de los cerdos. Claramente, los principios de independencia e imparcialidad son vulnerados, y las decisiones se forjan de matices políticos, siempre apuntando a la conveniencia de quienes detentan el poder absoluto.

Algo adicional. La novela de Orwell no es la única que retrata los horrores del régimen soviético estalinista y el socavamiento del derecho. Una novela rusa ingeniosa, *El doctor Zhivago* (1957), también lo hace con escenarios muy marcados de ausencia del derecho. Pasternak, su autor, a través del personaje Zhivago, apela a la poesía como una forma de justicia, cuando las instituciones se han derrumbado, las normas han caducado y las personas luchan unas contra otras sin seguir ninguna lógica jurídica o moral (Avellaneda-Vásquez, 2024b). Los hechos finales de *Rebelión en la granja* consideramos que asumen la forma hermética de estar separados de cualquier visión jurídica; pues, cuando la versión iuspositivista del derecho se degrada por las interferencias políticas en sistemas políticos muy lejanos a la democracia, pero también en democracias precarias, la ausencia de derecho es inminente; volvemos a la ley del más fuerte, a seguir mandatos por temor a represalias.

Acercándonos al Perú, advertimos que no es suficiente un régimen democrático si la cultura política es deficiente, que tampoco es necesario vivir en una dictadura para que el Estado constitucional de derecho sea transgredido, que las normas sean modificadas y aplicadas siguiendo intereses políticos particulares.

4. LEGADOS ORWELL: POLÍTICA Y PODER EN EL DERECHO

En *Rebelión en la granja* podemos hablar de un Estado (legal) de derecho, independientemente de las inclinaciones políticas e ideológicas a las que se haya prestado la novela. Este sistema aparece en los primeros momentos de la formación del orden posrevolucionario, al momento en que los mandamientos son grabados en la pared y las tareas son distribuidas de manera equitativa entre los animales; precisamente, cuando ellos mismos sienten que respiran libertad y se identifican con la nueva realidad. Es un Estado de derecho, desde luego, incipiente, que, respaldado por una visión iuspositivista (también incipiente), no bastó para controlar el poder, que al principio era legítimo.

Para superar las insuficiencias de este Estado de derecho que guarda un gran parecido con el caso peruano, la alternativa tendenciosa radica en apostar por un Estado constitucional de derecho, cuyos

elementos son los siguientes: una Constitución fuerte y tribunales constitucionales para defenderla; respeto irrestricto por los derechos humanos, que formarían parte de los bloques de constitucionalidad y, por tanto, serían derechos constitucionalizados (Lousada, 2024). Para resolver judicialmente a partir del ECD, Rodolfo Vigo (2017) nos dice que no es suficiente la sola validez jurídica al estilo iuspositivista, sino la racionalidad jurídica que implica considerar desde cuestiones formales, contextuales, hasta los razonamientos de ponderación.

Un dato adicional relevante. Las nuevas constituciones del ECD en Latinoamérica se han preocupado por incorporar nuevos derechos, esto es, constitucionalizar derechos humanos sociales. Bien por ello. Sin embargo, el vacío pendiente es la falta de reorganización de las estructuras de poder (anquilosada en una organización política tradicionalmente vertical) para que se hagan valer esos derechos (Gargarella, 2014, pp. 17-18). A este fenómeno el autor lo ha denominado «cláusulas dormidas», ya que reconocen constitucionalmente derechos con pretensión universal, pero en la práctica han quedado «adormecidos» (Gargarella, 2010, pp. 181-182). Esta fórmula se expande a los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, como por ejemplo el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la verdad para el caso de las víctimas.

4.1. Derecho en la Granja Animal y derecho en el Perú

En la fábula de Orwell (2015), el Estado (legal) de derecho empieza a degradarse cuando Napoleón expulsa a Snowball de la Granja Animal y toma el control total, utilizando a los perros como fuerza policial represiva. Aunque quizás empezaría mucho antes, en el momento en que el mismo Snowball redujera los siete mandamientos a una sola máxima —«cuatro patas, sí; dos patas, no» (p. 28)— para que a todos los animales les sea sencillo acordarse.

Tal máxima sería quebrada por Napoleón al negociar con los humanos, cuyo intermediario era el abogado Whymper. Ante ello, los animales, a media voz, se inquietaron, pues sabían muy bien que los tratos con humanos estaban legalmente prohibidos. El cerdo Squealer, que era una suerte de propagandista y manipulador del régimen, los tranquilizó

aludiendo a que era imaginación suya y dicha prohibición no se encontraba escrita en ninguna parte, ya que la máxima de Snowball, sorprendentemente, fue modificada: «¡Cuatro patas, sí; dos patas, mejor!» (p. 75), para justificar no solo los tratos, sino la alienación de los cerdos a los humanos.

En otro pasaje, cuando los cerdos se trasladaron a vivir a casa de los humanos y a ocupar sus camas, claramente violaron el IV mandamiento: «Ningún animal dormirá en una cama». ¿Cuál fue su justificación? Al inicio, el mandamiento fue alterado a «Ningún animal dormirá en una cama con sábanas», a una suerte de formalismo legal, o exactamente a las «trampas legales». Fue Squealer quien nuevamente pausó la intranquilidad animal al decir que solo no se podía dormir en una cama con sábanas, pero que ellos habían excluido estas piezas. Por otro lado, para justificar la limpieza o el exterminio de los supuestos enemigos, también modificaron secretamente el sexto mandamiento, de «Ningún animal matará a otro animal» a «Ningún animal matará a otro animal sin motivo». La misma suerte le tocó al quinto mandamiento, al que Squealer sumó dos palabras: «Ningún animal beberá alcohol en exceso».

La canción «Bestias de Inglaterra» fue prohibida y reemplazada por una canción bastante telegráfica: «Granja Animal, Granja Animal, ¡nunca por mí sufrirás ningún mal!» (p. 55). Los cerdos dijeron que la rebelión había terminado y que se vivía en una sociedad consolidada, pero lo que en realidad querían evitar era una rebelión contra su tiranía. Por consiguiente, la máxima degradación del derecho de la Granja Animal la encontramos en las últimas páginas de la novela. Los siete mandamientos son reducidos a uno solo: «Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros». Esta frase encarna la hipocresía en la política y el poder totalizante, ya que la igualdad, el reconocimiento y la garantía de otros derechos fundamentales no opera en función del grado o distinción de cualquier otra índole.

Una vez advertida la degradación radical del derecho en la Granja Animal, corresponde trasladarnos al Perú y verificar si su sistema jurídico y sus actores se desenvuelven en un mundo orwelliano o en uno similar. Para dilucidar cuestiones políticas, el Perú, con todas sus fallas y sus crisis, continúa siendo una democracia, aunque débil y deformada,

y no puede compararse al totalitarismo de la granja o a un sistema dictatorial de cualquier índole. Sin embargo, poseemos fundados motivos para sustentar que nuestro país se encuentra muy lejano de ser un Estado constitucional de derecho, que la vulneración del principio de separación de poderes y el socavamiento de la primacía del derecho son una realidad, y sumado a ello, los mecanismos de representación y deliberación democrática se encuentran en deterioro.

Al respecto, dos hechos recientes nos introducen preliminarmente a estas cuestiones: el incumplimiento del Estado peruano de las decisiones de la Corte IDH en los casos del indulto a Fujimori y las leyes de amnistía; y el regreso a la bicameralidad parlamentaria y a la reelección inmediata de congresistas a pesar de que la población se haya opuesto en 2018 a través de un referéndum. Lo último nos hace recordar cómo el cerdo Squealer altera los mandamientos, sin consultar al resto de los animales, aprovechándose de su frágil memoria, analfabetismo y cobardía.

En lo que sigue de este trabajo nos acercamos críticamente a situaciones político-jurídicas peruanas anunciadas en la ficción literaria. La última década de vida política republicana en el Perú se ha caracterizado por el caos. Se han sucedido presidentes, gabinetes, ministros, planes de gobierno a ritmo descontrolado. Nos han gobernado presidentes interinos, encargados, no elegidos por voto popular. Hubo dos renuncias (Kuczynski y Merino), tres vacancias (Vizcarra, Castillo y Boluarte) y tres presidentes del Congreso que asumieron el máximo cargo (Merino, Sagasti y Jerí).

4.2. Poder Legislativo y jurisdicción constitucional en la predicción orwelliana

Entre los tantos actos cuestionables del Congreso de la República (2021-2026), destacamos la aprobación de dos leyes: la Ley n.º 32107 —publicada en agosto de 2024—, que autoriza la prescripción de crímenes de lesa humanidad; y la Ley n.º 32419 —publicada en agosto de 2025—, que concede amnistía a militares, policías y comités de autodefensa. Ambas leyes buscan detener procesos judiciales en curso, dejar sin

efecto sentencias consentidas y no consentidas, excarcelar, al eliminar responsabilidades penales y civiles por crímenes graves (lesa humanidad y crímenes de guerra) cometidos durante el Conflicto Armado Interno (1980-2000). ¿Cuál es la justificación? Según los legisladores, el respeto por las garantías del debido proceso, como el plazo razonable, el principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad.

Sin embargo, con estas leyes, en primer término, se restringe el acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. En segundo término, parece un duro golpe para la memoria histórica; quizás con ello se pretenda imponer el olvido o tergiversar las narrativas ya institucionalizadas por la CVR (Comisión de la Verdad y Reconciliación), en suma, contar una versión alterada de la violencia. En el futuro lo sabremos[1]. De momento, lo que se conoce es que el Parlamento peruano, al aprobar estas leyes, ha interrumpido la ejecución de las sentencias de la Corte IDH por los casos Barrios Altos (2001) y La Cantuta (2006), cuya principal obligación internacional asumida por el Estado peruano consistió en investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. El Estado peruano, a través del Poder Legislativo, desestimó los requerimientos de la Corte IDH, a pesar de que en reiteradas ocasiones este tribunal internacional le haya instado a abstenerse de aprobar estas leyes cuando aún eran proyectos[2].

No era la primera vez que el Estado peruano renunciaba a ejecutar sentencias de la Corte IDH; también lo hizo en el caso del indulto

---

1 Al momento que redactamos este manuscrito, varios jueces del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política, han aplicado el control difuso, con lo cual han dejado sin efecto a estas leyes por ser incompatibles con la Constitución y con los tratados en materia de derechos humanos. Entre estos jueces podemos señalar a Concepción Carhuancho y a Chávez Tamariz. Véanse también los casos Urresti y Chumbivilcas, que han seguido la misma suerte.

2 Revísense las resoluciones que emitió la Corte IDH para tal efecto. Fecha 1 de julio de 2024, resolución disponible en https://corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta_06.pdf; fecha 24 de julio de 2025, resolución disponible en https://corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta_se_07.pdf; y, con fecha 3 de septiembre de 2025, resolución disponible en https://corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta_se_08.pdf

al expresidente Alberto Fujimori, cuando el TC convalidó constitucionalmente el referido indulto concedido por el entonces presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski (Avellaneda-Vásquez, 2024c). Ahora, refiriéndonos al TC, máximo intérprete de la Constitución, podemos mencionar dos de sus más recientes sentencias inútilmente polémicas. Estos fallos nos acercan a un posible caso de politización de la justicia.

En primer término, en la sentencia recaída en los Expedientes n.º 00009-2024-PI/TC y n.º 00023-2024-PI/TC (18 de noviembre de 2025), el TC declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad de la Ley n.º 32107 presentadas por el Colegio de Abogados de Lima y el Ministerio Público. Este fallo se sustenta en la prohibición de la retroactividad, los alcances del principio de legalidad y el plazo razonable. El TC afirma que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad solo son imprescriptibles a partir de la fecha de entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH) y del Estatuto de Roma, es decir, a partir del 2002 y el 2003. Por tanto, considerar imprescriptibles a los crímenes de esta naturaleza sucedidos antes de estas fechas colisionaría con los principios de legalidad e irretroactividad reconocidos constitucionalmente y, además, se soslayaría la reserva que el Estado peruano realizó —mediante la Resolución Legislativa n.º 27998— al adherirse a la CICGCLH (fundamentos 190 y 194).

Como respuesta podemos decir lo siguiente. Las normas *ius cogens* definidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) como normas imperativas de derecho internacional reconocidas por la comunidad internacional no admiten reserva alguna, ya que ello desfiguraría su sentido. La CICGCLH es una norma *ius cogens*. Esto significa que, a pesar de que no haya existido un pronunciamiento oficial por parte del secretario de la ONU, quien es el depositario del instrumento de adhesión, la reserva expresada en la Resolución Legislativa n.º 27998 carecería de efectos jurídicos. Muchos se preguntarán, si la reserva era improcedente, por qué ningún organismo internacional la observó; básicamente, porque este tratado no tiene un organismo oficial, como un comité o un tribunal que supervise su cumplimiento, a diferencia de los casos del Estatuto de Roma, la Convención Americana de Derechos

Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que claramente cuentan con uno.

Entonces, la inexistencia de una reserva a la CICGCLH o la carencia de valor jurídico de esta, ya que es «incompatible con el objeto y el fin del tratado» —de acuerdo con el artículo 19, literal c, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— nos lleva directamente a mencionar en qué consiste este objeto y fin de la CICGCLH, esto es, en que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad «son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido» (art. 1). Si bien el artículo VIII del mismo tratado establece que este entrará en vigor luego de haberse depositado el instrumento de ratificación o adhesión en poder del secretario general de la ONU, esto no significa la desvinculación de su objeto y fin, de modo que tampoco deshabilita la persecución de estos crímenes imprescriptibles.

La cuestión prácticamente estaría zanjada, pues si invocamos el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, nos daremos cuenta de que las sentencias del TC en procesos de inconstitucionalidad tienen efectos de cosa juzgada y son vinculantes para todos los poderes públicos, en especial para los jueces. Además, en la mencionada sentencia, el TC ha establecido que «cualquier resolución emitida contraviniendo esta lectura constitucional de la Ley 32107 resulta nula e inaplicable» (fundamento 213). Frente a esto, ¿cómo responderá el Poder Judicial? Esperemos que con las armas propias de un Estado constitucional de derecho, con independencia e imparcialidad.

De otra parte, el fallo contenido en el Expediente n.º 02109-2024-PHC/TC (2 de octubre de 2025) también resulta controversial. El TC declaró fundado el recurso de agravio constitucional (demanda de *habeas corpus*) presentado por la defensa técnica de la procesada Keiko Fujimori y, en consecuencia, nulos y carentes de efectos jurídicos los procesos penales que se le seguían por presuntos delitos de lavado de activos y organización criminal. Este pronunciamiento sería acatado por el Poder Judicial a mediados de enero de 2026, al decidir archivar definitivamente el proceso penal por el denominado «Caso Cócteles». Entre los argumentos esgrimidos por el TC que han primado, se destaca

el alegato a la vulneración del plazo razonable y del principio de legalidad: a la procesada se le venía investigando por más de diez años por hechos que aún no constituían delito al momento de su comisión (lavado de activos en la modalidad de receptación patrimonial, recién incorporada en 2016).

Las críticas no faltaron. El juez superior Celis Mendoza (2025) explica que la cuestión del plazo irrazonable es un asunto procesal, no material o sustantivo. Lo primero remite a la reparación, la reducción o la extinción de la acción penal, pero no autoriza al TC a emitir un juicio de tipicidad sustantiva, sobre la subsunción penal, la definición del delito. La vulneración del plazo razonable no transforma el asunto de tipicidad a uno de constitucionalidad. El TC controla la razonabilidad de la aplicación del derecho, no determina el tipo penal aplicable al hecho concreto. En esta línea, el magistrado del TC Manuel Monteagudo manifestó su rechazo a la sentencia al no firmarla, para luego decir que «al TC no le corresponde decidir si una persona ha cometido o no un delito» (La República, 2025).

Sin embargo, penalistas como Pariona Arana (2026), si bien no se pronuncian sobre la competencia del TC para definir o no a un hecho como delito, afirman que el financiamiento prohibido de partidos políticos no encaja en la estructura típica del delito de lavado de activos, por lo que al calificarlo como tal se vulneraría el principio de legalidad. Así que la persecución del delito no puede hacerse a cualquier costo, sino bajo los parámetros de este principio, que es el principal fundamento de la justicia penal. Frente a ello, tal vez deberíamos preguntarnos: ¿la actual corriente política que reivindica el legado del gobierno dictatorial de la década de los noventa constituye realmente una opción con vocación de defensa del Estado constitucional de derecho o simplemente se trata de una nueva instrumentalización del principio de legalidad en función de la continuidad de un proyecto autoritario para nuestro país?

Ahora, discutidas las tres sentencias, que son absolutamente cuestionables, toca apuntar a la estructura y la elección de los miembros del TC para tratar, quizás, de encontrar una de las pocas respuestas a este fenómeno. Para Campos Bernal (2022), el problema radicaría en la nominación y la designación de sus magistrados por el Congreso de la

República. En teoría, cuenta como una designación meritocrática, pero en los hechos es política. Por eso, propone que solo la selección de los miembros debe supeditarse al Legislativo, mientras que la nominación a los otros poderes o a otros organismos representativos. Esto también lo sugiere Gargarella (2011).

Los fallos expuestos se pronuncian por cuestiones jurídicas de actores políticos. Ello aún no es ningún indicio para plantear la politización del TC. Lo que sí apoya a esta tesis es la elección de sus miembros por un actual Parlamento con nula representatividad real, que cohesionadamente ha mantenido en el poder a mandatarios que sirvieron a sus intereses y han echado a aquellos que no se han sometido a través de la vacancia.

De este modo, tanto el TC como el Parlamento se encuentran hermanados, y no solo porque los miembros de un organismo son elegidos o dependen del otro, sino también porque ambos han frustrado la ejecución de los fallos de la Corte IDH. En un reciente estudio, Martínez Lazcano (2025) denomina a este fenómeno —omitir fallos y normas convencionales en materia de derechos humanos invocando el principio de soberanía nacional y margen de apreciación— negativismo jurídico. Este hunde sus raíces en el positivismo normativo, que remite a un derecho que funciona únicamente como un sistema normativo, sin referencia a aspectos sociales y principios de justicia (p. 21).

4.3. Negación del debate: falacia *ad hominem*

La falacia es un razonamiento con apariencia de ser correcto. Al utilizarlo deliberadamente, se busca persuadir, vender mentiras y con ello perjudicar. En *Rebelión en la granja,* los cerdos se aprovechan de la inocencia y el analfabetismo de los demás animales y aplican muchas falacias para preservar su poder. Entre las muchas falacias reveladas, se destaca la falacia *ad hominem*, la cual sorprendentemente se puede apreciar con frecuencia en escenarios políticos y jurídicos. De acuerdo con el profesor Mora Ramírez (2020), la falacia *ad hominem* la encontramos en dos modalidades:

a) *Ad hominem* ofensivo, abusivo o directo: En este caso, la falacia se comete cuando, en vez de tratar de refutar la verdad de lo que se afirma, se ataca al hombre que hace la afirmación mancillando su honor. Ejemplos:
   [...].
   2. Este joven no tiene cultura porque proviene de una barriada de Lima.
   [...]
b) *Ad hominem* circunstancial o indirecto (recurso al *tu quoque*): En este caso se cuestiona o alude al otro asociando su argumento con otras informaciones deducidas de su postura principal para mostrar que se contradice o que no es fiable. Ejemplo:
   [...]
   2. Tú no puedes opinar sobre el aborto porque no eres una mujer y nunca sabrás lo que se siente ser madre. [...]. (pp. 71-72)

En la Granja Animal, los cerdos profieren argumentos *ad hominem* ofensivos o directos, así como *ad hominem* circunstanciales o indirectos. Sobre lo primero, el mal, las desgracias, la mala suerte, tienen nombre propio: Snowball. Al llamarlo traidor y criminal, agente de los humanos, ignoran su liderazgo en la rebelión y su idea de construir el molino de viento. Respecto de lo segundo, cuando Clover y Muriel sospechan de una posible alteración del cuarto mandamiento, el cerdo Squealer, para quebrar sus ansias de verdad, indirectamente los llama tontos, pone de relieve sus frágiles memorias y los acusa de ser insensibles con el trabajo elevado que los de su especie realizan:

> Supongo que no iréis a pensar que alguna vez se prohibió el uso de las camas [...] ¿Verdad que no queréis privarnos de nuestro descanso, camaradas? ¿Verdad que no queréis vernos demasiado cansados para cumplir con nuestros deberes? Estoy seguro de que ninguno de vosotros desea que regrese Jones. (Orwell, 2015, p. 45)

No sorprende en lo absoluto el uso de falacias *ad hominem* en una dictadura totalitaria; sin embargo, no creemos que sean muy necesarias,

más aún cuando el poder se encuentra concentrado y existe sumisión al líder por ciego fanatismo. Mientras que en una democracia tan degradada como la peruana, las fuerzas políticas que disputan poderes sí las necesitan, usualmente para atacar y desacreditar a sus opositores y a sus críticos. En muchas ocasiones, ciertos políticos en carrera electoral y aquellos que ejercen la función pública hacen creer que los causantes de los problemas del país son los críticos de la política, los periodistas, cuando en realidad es todo lo contrario.

En la política peruana de nuestros días, «terruquear» y «caviarizar» para ofender, atacar y desacreditar al contendiente político y al crítico está de moda. Parece que los políticos carecen de argumentos válidos y coherentes para defenderse o llamar la atención. Entonces, la falacia *ad hominem* se presenta en el uso político de estos términos. El terruqueo ataca a la persona al vincularla con organizaciones terroristas. Se comprende fácil, a ello ayuda el miedo generalizado de la población civil a las organizaciones y actos terroristas. No solo ataca a políticos, sino, sobre todo, a personas que toman las calles para manifestar su inconformidad y su repudio al poder de turno. Este fenómeno, según Bolo-Varela (2024), se alinea con la narrativa de salvación que hemos interpelado y que estigmatiza, deshumaniza y desperuaniza a determinados sujetos subalternizados, y blanquea, relativiza, revisa, reinterpreta y reconfigura la memoria histórica del Perú. En esta línea, la represión de la protesta popular de los últimos años —saldada en algunos casos con la lamentable muerte de ciudadanos— puede encontrar en parte su explicación en el discurso del denominado «terruqueo».

La Comisión Americana de Derechos Humanos (2023), en su informe, *Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales,* manifestó que el debate público en el contexto de las protestas sociales se caracterizó por mensajes estigmatizantes y despectivos «por factores éticos-raciales y regionales […] que aluden a las personas indígenas y campesinas como "terroristas", "terrucos", "senderistas", "cholos" o "indios"» (p. 101). El gobierno ha ignorado los reclamos de la población, los ha reprimido utilizando la fuerza de manera desproporcionada, se han cometido una serie de homicidios y, además de eso, se les ha catalogado como terrucos.

De otra parte, el fenómeno «caviar» es menos ofensivo que el «terruqueo» y escasamente conocido por la población. Su uso se limita a los círculos políticos. Dargent (2025) dice que lo «caviar» se usa para atacar, para ofender, para deslegitimar a ciertas personalidades políticas y de la esfera mediática. En sus propias palabras:

> Funciona para golpear al rival, derechozo, zurdo o corrupto, cuando quien se dice caviar es alguien con suficiente calle y posiciones duras antioligárquicas como para hacer irónica su autoinclusión. [...]. La etiqueta ya adquirió peso propio, es un verdugillo que se usa contra políticos de distintas ideologías para intentar mostrarlos desconectados de la población, para descalificar, para deslegitimar. (pp. 64-65)

Entonces, se trata de una etiqueta un tanto macartista que se usa para atacar al adversario, para ignorar sus argumentos y rehuir sus críticas. Conocidos personajes de la política peruana utilizan este término —es decir, «caviarizan»— a quienes los critican, a quienes no comparten sus ideologías. El término, que niega el debate, va unido a otros términos despectivos, burdos e insultantes.

Parafraseando a Gonzales de Olarte (2023), los que caviarizan «son sectarios y profundamente ignorantes» que construyen enemigos a partir de quienes no comparten sus ideas, de quienes, proviniendo de clases medias, promueven la democracia, los derechos humanos, la justicia social, el Estado constitucional de derecho, la inclusión y la tolerancia, y además han accedido a una educación mucho más rigurosa que ellos.

4.4. ¿Educación en memoria o revisión, negación u olvido?

Como explica el profesor Oswaldo Bolo-Varela (2024), el terruqueo es un fenómeno político que busca blanquear, relativizar y revisar la memoria histórica peruana de las dos últimas décadas del siglo pasado. Esto implica dar una nueva lectura a las atrocidades, justificarlas o incluso negar su existencia y a sus autores. Consideramos que la caviarización a partir de sus propios medios y contextos pretendería lo mismo. A esta

cruzada se suman las leyes de amnistía aprobadas por el Legislativo a partir de una perspectiva positivista del derecho, que se preocupa únicamente por la validez normativa[3]. Con todo esto, la protección de la memoria histórica va en caída, circunstancia que se agrava aún más dada la ausencia de un Estado constitucional y democrático de derecho integrado y fuerte en el Perú. Frente a lo dicho, tenemos dos opciones: o educar en cuestiones de memoria a las nuevas generaciones o permitir su revisionismo, y con ello, la negación y el olvido de los hechos y de las personas afectadas.

Las nuevas generaciones deben asumir un rol activo en la lucha por la preservación de la memoria histórica. Podrían iniciar por conocer el pasado reciente de sus países, para luego identificar a los actores históricos y prevenir que las semillas de un pasado represivo, dictatorial, conflictivo crezcan y se reproduzcan. En un reciente trabajo cualitativo, Soto Yonhson et al. (2024), al investigar lo que sienten los estudiantes de educación media al trabajar con documentos de memoria y derechos humanos sobre la dictadura chilena de Pinochet, encontraron que experimentan sentimientos y emociones como rabia, pena, miedo, pero también tranquilidad, alegría y orgullo. También descubrieron una tendencia de los estudiantes hacia la humanización de los sujetos históricos de tal dictadura (perpetradores y víctimas). Ciertamente, los estudiantes no desean venganzas, desean la humanización de todos, la paz.

Según Burguera Ameave (2025), la necesidad de tener memoria, de recordar, no solo es importante para evitar experiencias pasadas atroces, sino para vivir y convivir en democracia. Para ello es necesaria la enseñanza de la memoria democrática en comunión con valores constitucionales en el derrotero de la educación cívica (p. 26). A diferencia de países como España o Francia, en el Perú no existe una ley sobre

3 En el esquema de validez normativa de García Amado (2014), la Ley n.º 32107 encajaría perfectamente. Validez formal: cumplió los requisitos formales de creación (fue aprobada y promulgada por el Legislativo según su reglamento y con los votos requeridos). Validez material: aparentemente no colisiona con la norma de superior jerarquía, es decir, con la Constitución, ya que el TC en su sentencia de los Expedientes n.º 00009-2024-PI/TC y n.º 00023-2024-PI/TC ha declarado su constitucionalidad.

memoria histórica. Hay muchas leyes antiterroristas en todo sentido, lo cual nos parece correcto. Sin embargo, no se está contando la historia de manera completa; se excluye, por ejemplo, al terrorismo de Estado que perpetró la dictadura de la década de los noventa. Se debería pensar en una propuesta legislativa que concentre a todos los actores armados y determine las responsabilidades aún punibles. Nos referimos a una ley de una memoria histórica plural, que promueva su preservación de amenazas políticas, mediante la educación.

¿Para qué insistir en promover una educación en memoria? Para eludir el olvido y el revisionismo, para evitar que las organizaciones políticas pretendan manipular la memoria histórica negando hechos que han sido denunciados como violaciones a los derechos humanos, justificando ello en una «narrativa salvadora», pero falaz y también peligrosa, sobre todo para quienes se nieguen a convalidarla. Para evitar que los cerdos nieguen hechos, cambien las normas, construyan falsos enemigos y falsos héroes, aprovechándose del analfabetismo y la mala memoria de los animales, aprovechando el sepulcral olvido de las nuevas generaciones. Precisamente, *Rebelión en la granja* muestra la fragilidad de la memoria por ausencia de educación. En la Granja Animal, los cerdos convencen a los demás animales de que fue idea de Napoleón construir un molino de viento, cuando en realidad la idea fue de Snowball. Por otro lado, los animales no recuerdan la formulación original de los mandamientos, tal situación se convirtió en una ventaja que fue aprovechada para ser transformados y reducidos. Llama mucho la atención el animal más fuerte de todos: Boxer. Él solo podría haber derrotado a la dictadura; sin embargo, es el animal más servil de todos, representa a la clase obrera y sin educación.

Boxer nunca aprendió a leer. Trabajaba más que todos los animales, pero su falta de educación fue como una ceguera frente a la injusticia. Solía repetir hasta su muerte: «Si el camarada Napoleón lo dice, debe de ser cierto»; «Napoleón siempre tiene razón»; «Trabajaré más duro» (Orwell, 2015, p. 39). Así como a Boxer nos quieren algunos gobiernos, las élites políticas, los *lobbies*, siempre serviles, obedientes, ciegos, dispuestos incluso a echarnos a nosotros mismos la culpa de todos los problemas del país.

5. CONCLUSIÓN

Este trabajo se inscribe en el derrotero del movimiento Derecho y Literatura. Se ha pretendido mostrar hermenéuticamente, por mediación de una novela inglesa, *Rebelión en la granja*, ciertas visiones, instituciones y realidades jurídicas del caso peruano. Mediante una crítica al positivismo jurídico y sus limitaciones, nos hemos referido a la institución del Estado constitucional de derecho, a la politización de tribunales, a las leyes de amnistía, a las falacias *ad hominem* y, por último, a la necesidad de educar en memoria histórica a las nuevas generaciones. Consideramos que hemos logrado nuestro cometido, aunque esta aproximación académica no está exenta de digresiones y limitaciones que seguramente muchos interesados en el tema y comprometidos en la lucha por los problemas del país sabrán estudiar con mayor especificidad en el futuro.

Consideramos que el positivismo jurídico apunta a un derecho frágil; representa una ventana abierta para intromisiones políticas e ideológicas en su creación y aplicación. Es algo como dejar espacio en la pared para que el cerdo Squealer agregue palabras a los mandamientos y modifique por completo su sentido. La perspectiva iuspositivista resulta insuficiente en democracias precarias como la peruana, ya que no previene la instauración de un estado de cosas jurídico como la granja orwelliana, un derecho cada vez más ausente de los intereses generales. No es que el positivismo jurídico sea el máximo problema al rechazar presupuestos iusmoralistas y mantenerse en un formalismo extremo; creemos que el verdadero problema son las políticas y las prácticas que adoptan determinados gobiernos, organizaciones y grupos de presión bajo la apariencia de ser democráticas y constitucionales.

REFERENCIAS

Amato, L. F. (2022). Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, *2*(1), 255-285. https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a154

Arancibia, C. (2022). Derecho y Literatura en Latinoamérica: la aparición imbunche. *Sur y Tiempo. Revista de Historia de América*, *3*(5), 50-64. https://doi.org/10.22370/syt.2022.5.3126

Avellaneda-Vásquez, J. (2024a). Metodología de investigación en Derecho y Literatura para la educación jurídica y derechos humanos. *Justicia*, *29*(45), 1-13. https://doi.org/10.17081/just.29.45.7342

Avellaneda Vásquez, J. (2024b). El individuo radical: una problematización sobre los derechos individuales en la novela *El doctor Zhivago* de Boris Pasternak. En F. Romero Revilla y G. Flores Heredia (eds.), *Derecho y Literatura en América Latina. Homenaje a Iván Rodríguez Chávez* (pp. 177-203). Universidad Ricardo Palma.

Avellaneda-Vásquez, J. (2024c). Última palabra en la liberación de Alberto Fujimori: Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos. La justicia peruana al margen de los derechos humanos. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, 9*(27), 267-301. https://doi.org/10.32870/dgedj.v9i27.734

Avellaneda-Vásquez, J., y Seminario-Hurtado, N. (2025). Literatura y enseñanza del Derecho: una perspectiva educativa constructivista. *Revista de Educación y Derecho*, (32). https://doi.org/10.1344/REYD 2025.32.48118

Bobbio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico.* Distribuciones Fontamara.

Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (J. Guerrero, trad.). Temis.

Bolo-Varela, O. (2024). Terruqueo y negacionismo histórico: el singular, radical y modélico revisionismo de la ultraderecha peruana. *Letras (Lima), 95*(141), 279-303. https://doi.org/10.30920/letras.95.141.17

Burguera Ameave, L. (2025). Educación cívica y memoria democrática. *Revista de Educación y Derecho*, (32), 1-28. https://doi.org/10.1344/ REYD2025.32.51072

Calvo Gonzáles, J. (2016). Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. En J. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coords.), *Enciclopedia de Filosofía*

y Teoría del Derecho (vol. I, pp. 695-736). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/22.pdf

Campos Bernal, H. J. (2022). *¿Por qué es importante prestar atención a la elección del Tribunal Constitucional?* IDEHPUCP. https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/por-que-es-importante-prestar-atencion-a-la-eleccion-del-tribunal-constitucional-26490/

Cervantes, M. (2015). *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Lemir.

Coaguila Valdivia, J. (2023). ¡Oh, Capitán, mi Capitán! La enseñanza del derecho penal a través del derecho en la literatura. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *10*(2), 191-206. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.72020

Coaguila Valdivia, J. (2024). Derecho & literatura: un Aleph, construido de complejidad e interdisciplinariedad. *Revista de Ciencias Sociales*, *85*, 339-365. https://doi.org/10.22370/rcs.2024.85.4267

Comisión Americana de Derechos Humanos (2023). *Situación de derechos humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales.* https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/informe-situacionddhh-peru.pdf

Dargent, E. (2025). *Caviar. Del pituco de izquierda al multiverso progre.* Penguin Random House.

García Amado, J. A. (2014). Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (3), 13-43. https://doi.org/10.20318/eunomia.2012.2091

García Amado, J. A. (2022). Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *56*, 7-31. https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21658

Gargarella, R. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. *Crítica y Emancipación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, (3), 169-188. http://hdl.handle.net/20.500.12424/154697

Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno.* Corte Constitucional para el Período de Transición. https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf

Gargarella, R. (2014). Latin American Constitutionalism: Social Rights and the «Engine Room» of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, *4*(1), 9-18. http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3

Gonzales de Olarte, E. (2023, 8 de octubre). La importancia de ser «caviar». *La República.* https://larepublica.pe/opinion/2023/10/08/la-importancia-de-ser-caviar-por-efrain-gonzales-de-olarte-464656

Hart, H. L. A. (2007). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, trad.). Abeledo-Perrot.

Ihering, V. R. (2018). *La lucha por el derecho*. Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid. https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/4b9aa719-b98f-465c-8e9b-8028057d6292/content

Jiménez, F. (2020). A Formalist Theory of Contract Law Adjudication. *Utah Law Review*, (5), 1121-1168. https://doi.org/10.26054/0d1zxd4e33

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho.* Eudeba.

La República (2025, 26 de octubre). *Manuel Monteagudo «Al TC no le corresponde decidir si una persona ha cometido o no un delito»* [Video]. YouTube. https://youtu.be/nH9ri5Gw_Bc?si=R576WezE9pCE4L3-

Lloredo Alix, L. (2017). Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 249-278. https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.10

Lousada Arochena, J. F. (2024). Politización de la Justicia, judicialización de la política. *Revista de Derecho Político*, (121), 87-109. https://doi.org/10.5944/rdp.121.2024.43063

Martínez Lazcano, A. J. (2025). Legal Negativism: A Critical Category For Understanding The Structural Omission Regarding Human Rights. *Primera Instancia*, *12*(24), 9-55. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5429594

Mendoza, C. (2025). *El Tribunal Constitucional. Límites de la subsunción penal*. https://docs.google.com/document/d/1Iomu1sD4cAQVwFBPrz_WbkiAVVfHp7Gl/edit?pli=1

Mora Ramírez, R. F. (2020). *Para comprender a las falacias.* Asociación por la Cultura y Educación Digital.

Moreso Mateos, J. J. (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 45. https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.03

Naciones Unidas (2002). *Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial.*

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho.* Astrea. https://inecipcba.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/08/introduccion_al_analisis_del_derecho_-_carlos_santiago_nino.pdf

Orwell, G. (2015). *Rebelión en la granja.* Fundación Carlos Slim.

Pariona Arana, R. (2026, 15 de enero). *El pasado 13 de enero, el Poder Judicial decidió archivar definitivamente el caso seguido contra Keiko Fujimori y otras personas en el «Caso Cócteles»* [Post]. Facebook. https://www.facebook.com/share/p/187ij7cEPD/

Quiñonez Oré, H. D. (2025). Judicialización de la política y politización de la justicia. Una propuesta tipológica. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia, 10*(30), 293-319. https://doi.org/10.32870/dgedj.v10i30.805

Rubio Correa, M. (2011). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Sófocles (2022). *Antígona* (C. García Gual, trad.). Gredos.

Soto Yonhson, A., Jiménez Morales, M. S., y Mansilla Santelices, D. (2024). Historias difíciles y experiencias afectivas: una aproximación desde los estudiantes chilenos. *Educación y Humanismo, 26*(46), 199-221. https://doi.org/10.17081/eduhum.26.46.6640

Trazegnies Granda, F. de (2011). La interacción entre Literatura y Derecho. En Trazegnies Granda, F. de y Gatti Murriel, C., *Derecho y Literatura* (pp. 17-31). Universidad del Pacífico. http://hdl.handle.net/11354/273

Vigo, R. L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Tirant lo Blanch.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969).

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (26 de noviembre de 1968).

Expedientes n.º 00009-2024-PI/TC y n.º 00023-2024-PI/TC. Tribunal Constitucional (18 de noviembre de 2025). https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/00009-2024-AI.pdf

Ley n.º 32107. Ley que Precisa la Aplicación y los Alcances del Delito de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra en la Legislación Peruana. *Diario Oficial El Peruano* (9 de agosto de 2024).

Ley n.º 32419. Ley que Concede Amnistía a los Miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú y de los Comités de Autodefensa que Participaron en la Lucha contra el Terrorismo entre los Años 1980 y 2000. *Diario Oficial El Peruano* (14 de agosto de 2025).

Pleno. Sentencia 185/2025. Expediente n.º 02109-2024-PHC/TC. Tribunal Constitucional (2 de octubre de 2025). https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/02109-2024-HC.pdf

Resolución Legislativa n.º 27998. Congreso de la República del Perú (11 de junio de 2003). https://docs.peru.justia.com/federales/resoluciones-legislativas/27998-jun-11-2003.pdf

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
El autor declara haber contribuido en el recojo o adquisición, análisis o interpretación de datos para el trabajo o la concepción o diseño del trabajo; redacción del trabajo o su revisión crítica al contenido intelectual importante y la aprobación final de la versión que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Agradecimientos
El autor agradece a sus estudiantes de Derecho y Literatura de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (filial Rioja, semestre 2025-II) por la gentil atención a la lectura de la versión inicial de este manuscrito. De igual manera, agradece a los revisores externos (pares ciegos) por sus valiosas recomendaciones.

Biografía del autor
Jainor Avellaneda-Vásquez es profesor en la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú). Profesor de Derecho y Literatura, y coordinador de investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú). Abogado. Maestría en Bioética y Bioderecho (estudios concluidos). Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (estudios no concluidos). Investigador Renacyt, nivel V, calificado por el Concytec. Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad Científica del Sur. Coordinador y fundador del Semillero de Investigación, Derecho e Interdisciplinariedad. Derechos Humanos, Cine y Literatura, de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

Correspondencia
javellanedav@cientifica.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 371-417
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1256

Enfoque jurídico de la contabilidad: una mirada desde el paradigma de la complejidad

The Legal Approach to Accountability: A Perspective from the Complexity Paradigm

Abordagem jurídica da contabilidade: uma perspectiva sob o paradigma da complexidade

Alicia Liceth Miñano Donayre
Universidad de San Martín de Porres
(Lima, Perú)
Contacto: aminanod@usmp.pe
https://orcid.org/0000-0002-1976-2967

Saturnino Fidel Felipe Monroy
Universidad ESAN
(Lima, Perú)
Contacto: 1905363@esan.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-6035-3084

RESUMEN

La investigación busca explorar las implicancias jurídicas de la contabilidad e identificar las convergencias fundamentales entre el derecho y esta disciplina, con el fin de definir su enfoque jurídico. Históricamente, entre los siglos XVIII y XIX, la contabilidad mercantil surgió como una ciencia auxiliar para resolver controversias comerciales. Sin embargo, la obsolescencia del Código de Comercio de 1902 en Perú ha limitado el desarrollo de este vínculo entre ambas áreas, tanto en el ámbito contable como en el jurídico.

El estudio propone analizar las zonas de interacción entre estas disciplinas, cuyo potencial sinérgico podría generar aportes significativos en diversos puntos de convergencia. La investigación se sustenta en el paradigma de la complejidad de Edgar Morin (2004), que critica la hiperespecialización del conocimiento y aboga por una visión integradora. Morin señala que, al priorizar el «oído especializado», se ha perdido la capacidad de comprender fenómenos multidimensionales, y se ha relegado soluciones a problemas que requieren miradas interdisciplinarias.

Palabras clave: contabilidad; derecho probatorio; paradigma de la complejidad; derecho contable; estados financieros.

ABSTRACT

This research seeks to explore the legal implications of accounting and identify the fundamental points of convergence between law and this discipline in order to define its legal approach. Historically, between the eighteenth and nineteenth centuries, commercial accounting emerged as an auxiliary science for resolving commercial disputes. However, the obsolescence of Peru's 1902 Commercial Code has limited the development of this relationship between the two fields, both in the accounting and legal spheres.

The study proposes analyzing the areas of interaction between these disciplines, whose synergistic potential could generate significant contributions at various points of convergence. The research is grounded in Edgar Morin's paradigm of complexity (2004), which criticizes the hyperspecialization of knowledge and advocates for an integrative perspective. Morin argues that, by prioritizing the "specialized ear," society has lost the ability to understand multidimensional phenomena and has relegated solutions to problems that require interdisciplinary approaches.

Keywords: accounting; evidentiary law; complexity paradigm; accounting law; financial statements.

RESUMO

A pesquisa busca explorar as implicações legais da contabilidade e identificar as convergências fundamentais entre o direito e essa disciplina, a fim de definir sua abordagem jurídica. Historicamente, entre os séculos XVIII e XIX, a contabilidade comercial surgiu como uma ciência auxiliar para resolver disputas comerciais. No entanto, a obsolescência do Código Comercial de 1902 no Peru tem limitado o desenvolvimento dessa ligação entre as duas áreas, tanto no campo contábil quanto no jurídico.

O estudo propõe analisar as áreas de interação entre essas disciplinas, cujo potencial sinérgico poderia gerar contribuições significativas em vários pontos de convergência. A pesquisa é baseada no paradigma da complexidade de Edgar Morin (2004), que critica a hiperespecialização do conhecimento e defende uma visão integrativa. Morin destaca que, ao priorizar o "ouvido especializado", a capacidade de compreender fenômenos multidimensionais foi perdida, e soluções para problemas que exigem perspectivas interdisciplinares foram relegadas a segundo plano.

Palavras-chave: contabilidade; direito probatório; paradigma da complexidade; direito contábil; demonstrações financeiras.

Recibido: 28/5/2025 **Revisado:** 21/11/2025
Aceptado: 12/3/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto marcado por el cuestionamiento a los paradigmas económicos y jurídicos tradicionales, resulta imprescindible replantear las fronteras convencionales entre disciplinas que, como el derecho y la contabilidad, han sido históricamente abordadas de manera aislada. En el contexto peruano, la relación entre ambas áreas del conocimiento se ha desarrollado de forma fragmentaria, a través de disposiciones dispersas en códigos, leyes tributarias, societarias o procedimientos concursales,

sin que exista un marco integrado que articule de manera coherente sus respectivos contenidos y principios.

En ese sentido, el estudio tiene como objetivo principal plantear una aproximación al enfoque jurídico de la contabilidad como una perspectiva integradora que toma como base epistémica el paradigma de la complejidad propuesto por Edgar Morin. Esta teoría critica la hiperespecialización del saber y propone la necesidad de una visión interdisciplinaria capaz de identificar y aprovechar las zonas de confluencia. Desde esta perspectiva, la pregunta que orienta el presente estudio es la siguiente: ¿cómo se sustenta el enfoque jurídico de la contabilidad en el paradigma de la complejidad y qué zonas comunes se pueden destacar entre derecho y contabilidad en el Perú?

Así también, la investigación tiene como objetivo secundario explorar experiencias desarrolladas en otros países que han impulsado la convergencia entre derecho y contabilidad e identificar los principales desafíos que enfrenta hoy la contabilidad frente a fenómenos como la contabilidad del conocimiento y la transformación digital. Acorde a lo señalado, se propone que la contabilidad no solo sea comprendida como una técnica auxiliar del derecho o como fuente normativa relevante, sino que se reconozca también su ámbito subjetivo, su capacidad para actuar como medio probatorio y su creciente vinculación con tecnologías emergentes, elementos indispensables para construir un sistema jurídico y contable más coherente con la realidad y adaptado a las dinámicas de la sociedad contemporánea.

El artículo se estructura sobre la base de una revisión crítica doctrinaria del derecho y la contabilidad, del marco normativo vigente, de experiencias jurisprudenciales recientes y de aportes teóricos de autores que han propuesto el desarrollo del derecho contable como disciplina autónoma e interdisciplinaria. A partir de ello, se identifican retos estructurales, tales como la insuficiente articulación entre normas jurídicas y contables, la subutilización de herramientas contables como medios probatorios y la necesidad de replantear los marcos conceptuales para comprender adecuadamente los fenómenos económicos actuales. Finalmente, se formula que el enfoque jurídico de la contabilidad represente una vía para superar las limitaciones del paradigma simplificante,

permitiendo una mejor comprensión y regulación de los fenómenos económico-jurídicos que configuran la realidad actual.

Con la finalidad de facilitar su comprensión, el artículo se organiza en las siguientes secciones: (i) la contabilidad como reflejo de la realidad económica, donde se examina su rol técnico y documental en la representación del patrimonio y su vínculo con la toma de decisiones jurídicas; (ii) el derecho como marco normativo y la contabilidad como sustento técnico, sección en la que se analizan los paradigmas contables y su evolución, resaltando la necesidad de marcos normativos integradores; (iii) derecho y contabilidad: relaciones interdisciplinares, donde se expone el concepto de derecho contable como ciencia emergente en el Perú, considerando su desarrollo en América Latina; (iv) el paradigma de la complejidad: un llamado a la interdisciplinariedad, que propone superar la fragmentación del conocimiento mediante un enfoque holístico; (v) una aproximación al contenido del enfoque jurídico de la contabilidad, en la que se define esta noción, se examinan sus implicancias y se analizan tres ámbitos concretos de aplicación: el derecho procesal, el derecho penal y las prácticas periciales; para posteriormente presentar conclusiones y propuestas dirigidas al desarrollo del derecho contable peruano.

2. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS DEL ESTUDIO

El presente trabajo adopta un enfoque cualitativo y analítico de carácter documental. Este diseño es adecuado para abordar categorías en desarrollo, como el derecho contable y el enfoque jurídico de la contabilidad, debido a que las investigaciones cualitativas se apoyan en una lógica inductiva que permite «explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas» (Hernández et al., 2014, p. 8). Esta metodología facilita avanzar desde el análisis de textos normativos y doctrinarios hacia la formulación de categorías integradoras consistentes con el paradigma de la complejidad.

Asimismo, el proceso cualitativo se caracteriza por su flexibilidad y por la posibilidad de reconstruir fenómenos desde la perspectiva de los actores sociales. En este sentido, el proceso de indagación «se mueve

entre las respuestas y el desarrollo de la teoría» y permite «reconstruir la realidad» de manera holística (Hernández et al., 2014, p. 9). Este principio resulta especialmente pertinente para el presente estudio, pues la relación entre derecho y contabilidad exige una comprensión integrada que no reduzca sus dimensiones técnicas, subjetivas y normativas a compartimentos aislados.

La metodología incluye la revisión sistemática de doctrina especializada, normas jurídicas, casos jurisprudenciales y documentos institucionales. Adicionalmente, se incorporan insumos empíricos provenientes de la tesis doctoral de la profesora Miñano (2024), en la cual se aplicó una encuesta a magistrados de los Juzgados Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima. La población de referencia estuvo constituida por los diecisiete juzgados comerciales existentes en la ciudad de Lima, según se registra en la página 328 del referido estudio. La información recabada permitió verificar el uso de la contabilidad como medio probatorio de evaluación directa por parte de los jueces. Estos datos se integran únicamente como insumo contextual, con el fin de reforzar la relevancia práctica de las zonas de convergencia entre derecho y contabilidad.

En conjunto, la metodología aplicada combina análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial con evidencia empírica previa, lo que permite reconstruir categorías conceptuales, identificar patrones de articulación entre ambas disciplinas y sustentar epistemológicamente la propuesta del enfoque jurídico de la contabilidad en el contexto peruano contemporáneo.

3. LA CONTABILIDAD COMO REFLEJO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

La contabilidad, como ciencia, sistematiza y registra hechos económicos dentro de un período determinado, y ofrece una representación ordenada (representación fiel) de la realidad económico-financiera de una entidad. Su lenguaje técnico y estructura propia, basados primigeniamente en principios y normas contables, hoy reemplazados por las denominadas normas internacionales de contabilidad y de información financiera (NIC-NIIF), oficializadas por el Consejo Normativo de Contabilidad y/o

la Dirección General de Contabilidad Pública mediante, entre otras, las Resoluciones n.º 045-2010-EF/94 y n.º 055-2014-EF/30, así como las Resoluciones n.º 001, 002 y 003-2022-EF/30, contrastan con la naturaleza cualitativa del derecho, lo que ha generado una brecha de comprensión entre ambas disciplinas. Aunque persiste el prejuicio de que los abogados evitan los números, las controversias jurídicas están intrínsecamente ligadas a operaciones matemáticas y cálculos patrimoniales.

Un ejemplo sencillo resulta un proceso de alimentos, en el campo del derecho de familia, en donde para fijar una pensión alimenticia, se requiere elaborar un cuadro de necesidades con adiciones, porcentajes o cifras absolutas. Similarmente, en aspectos como obligaciones contractuales, estimación de daños, quiebras, procedimientos concursales, valorizaciones, peritajes o cálculo de daños emergentes y lucro cesante, la contabilidad proporciona herramientas objetivas indispensables para sustentar decisiones jurídicas. Estos ejemplos demuestran que la interacción entre números y normas no es una excepción, sino una constante en la vida cotidiana y más aún en la resolución de conflictos.

La contabilidad constituye un sistema estructurado mediante el cual las entidades documentan, clasifican y transforman sus actividades económicas en información contable relevante para la toma de decisiones y la rendición de cuentas. En el contexto peruano, este proceso está respaldado normativamente por el Sistema Nacional de Contabilidad y, en el ámbito privado, por las disposiciones emitidas por el Consejo Normativo de Contabilidad (CNC). El principal resultado del proceso contable son los estados financieros (EE. FF.), considerados informes económicos, elaborados conforme a la técnica contable, que se basa en principios y normas como las mencionadas NIC y NIIF, así como los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA), el Plan Contable General Empresarial 2020 (PCGE), entre otros. Esta normativa exige que dichos informes «represent[e]n el registro escrupuloso, ordenado y sistematizado de cualquier hecho o movimiento económico-financiero que sucede al interior de la vida de una empresa» (Miñano, 2024, p. 159).

Detrás de cada cifra consignada en los EE. FF. subyace una cadena de respaldos documentales que permiten verificar la realidad económica

que se ha registrado: facturas, boletas, actas, contratos, guías de remisión, órdenes de compra, entre otros. Como se afirma, cada cifra que muestran estos informes o documentos económicos conlleva a que detrás tenga documentos que lo respaldan (Miñano, 2024, p. 122). Estos documentos que recogen actos jurídicos son los que dan soporte a la contabilidad y resultan fundamentales para el derecho, ya que es el abogado, y no el contador, quien posee las competencias para calificar jurídicamente dichos documentos, evaluar su idoneidad, su eficacia y determinar su validez o alcance dentro de un marco determinado. Esta dimensión del proceso contable refuerza la interdependencia entre ambas disciplinas, particularmente cuando se trata de interpretar hechos económicos con consecuencias o implicancias jurídicas.

4. EL DERECHO COMO MARCO NORMATIVO Y LA CONTABILIDAD COMO SUSTENTO TÉCNICO

El sistema jurídico peruano responde a un modelo positivista basado en el *civil law*, donde la ley es la principal fuente para resolver controversias. Este modelo excluye consideraciones subjetivas en la toma de decisiones judiciales. Aunque se reconocen excepciones legales como vacíos o lagunas normativas, la interpretación se limita al marco establecido por el ordenamiento vigente, sin apertura explícita a otras dimensiones del conflicto humano (Miñano, 2025).

A priori se puede afirmar que el derecho limita la conducta humana mediante normas para evitar el caos social, mientras que la contabilidad aporta precisión técnica para sistematizar y cuantificar realidades económicas. Empero, se dice que la contabilidad ha transitado por diversas etapas paradigmáticas, determinadas por sus fundamentos epistemológicos y por los cambios del entorno económico. En una primera fase, bajo el paradigma positivista, se concibió como una disciplina técnica, empírica y objetiva, centrada en el registro verificable de hechos económicos, con una pretensión de neutralidad alineada al pensamiento científico clásico (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, p. 66).

Posteriormente, se habla del normativismo, el cual se basa en una «concepción teleológica, donde los conceptos de ética y bienestar,

relacionados con la determinación de objetivos, necesidades del usuario e interpretación de la información contable, toman un papel relevante» (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, p. 66); en ese sentido, se dice que es eminentemente prescriptiva y deductiva. Asimismo, se señala como paradigmas de la contabilidad:

> La lucha de las dos concepciones, positivismo y normativismo, también ha posibilitado el surgimiento de varios paradigmas contables que vienen a ser respuestas a los cambios del entorno económico y empresarial. Los paradigmas son los siguientes:
>
> 1. El paradigma de registro o legalista (iniciado con Paccioli)
> 2. El paradigma del beneficio económico (Balance Económico)
> 3. El paradigma de utilidad (información útil para las decisiones)
> 4. Nuevos paradigmas emergentes. (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, p. 70)

De este modo se plantea una evolución que ha pasado por las siguientes etapas: (i) etapa preparadigmática, (ii) etapa de ciencia normal, (iii) etapa de ciencia en crisis y (iv) una etapa de revolución científica donde se destaca a Kuhn y su planteamiento sobre cómo se produce un cambio de paradigma: el cual se origina, principalmente, a través de una revolución científica. No obstante, la elección entre teorías rivales no se puede resolver de manera inequívoca solo por medio de la lógica y la experiencia neutral, o reglas metodológicas, subrayando que finalmente el cambio de paradigmas depende del consenso de la comunidad científica (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, pp. 68-70).

Igualmente, se señala que

> un enigma trascendental convertido en anomalía del paradigma de utilidad, es la llamada contabilidad del conocimiento, de la que ha sobrevenido la etapa de ciencia en crisis por la que actualmente atraviesa la contabilidad y en camino a una revolución científica. (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, p. 72)

A continuación, marcan como retos de la contabilidad en la sociedad del conocimiento los siguientes:

> 1 Genera información histórica y no estratégica
>
> 1. Diferencias entre valor de mercado vs. valor en libros en empresas de la nueva economía.
> 2. La contabilidad solo registra transacciones, los intangibles no lo son.
>
> 2 Tratamiento de los activos intangibles: los autogenerados no se pueden cuantificar, no son depreciables, van incrementando su valor con el tiempo.
> 3 Asimetría de información interna-externa.
> 4 Revelaciones insuficientes de intangibles y riesgos.
> 5 Principio de comparación no es aplicable al capital intelectual. (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, p. 72)

De acuerdo con lo señalado, otros autores remarcan que «la contabilidad del conocimiento debe explicar y sistematizar los procesos asociados a su creación, recolección, organización, difusión, uso y explotación, transformando el conocimiento personal en corporativo que debe ser distribuido ampliamente en toda la organización» (Polar y Díaz, 2015, p. 63), lo que corrobora las limitaciones acotadas y representa los desafíos a futuro. Del mismo modo, se informa sobre la necesidad de una revolución científica contable, siguiendo a Kuhn, una revolución que permita construir marcos teóricos integradores donde dimensiones cuantitativas y cualitativas tengan una expresión legítima en el lenguaje contable (Staff revista Actualidad Empresarial, 2013, pp. 72-74).

No obstante, tal como afirma el profesor Miguel Torres Méndez (1994), la relación entre derecho y contabilidad ha sido asimétrica: el derecho ha incorporado elementos contables de manera fragmentaria (*e. g.*, Código de Comercio, ley concursal, entre otros), pero carece de un marco conceptual integrado. Aquí radica el enfoque jurídico de la contabilidad: iluminar las zonas de confluencia donde ambas disciplinas se complementan y encumbran al derecho como líder en su prosecución.

Así el derecho, como creador de normas, tiene la capacidad de institucionalizar estándares contables en marcos legales; mientras que la contabilidad, al profundizar en su doctrina y técnica, propone regulaciones coherentes con la realidad económica. Al mismo tiempo, esta colaboración exige superar el trabajo aislado. Por ejemplo, la ausencia de un marco contable único en Perú evidencia un indicador de desconexión entre ambos campos, perpetuando vacíos y compartimentos estancos que dificultan la armonización de criterios legales y contables (económico-financieros).

De esta manera se puede afirmar que, aunque la crítica a la sociedad del conocimiento persiste como base y se puede extrapolar al derecho, en razón de que hasta la fecha se cuestiona la incapacidad para representar intangibles como el capital intelectual, «provoca que exista una polémica sobre los elementos que definen a un activo intangible» (Ruso y Porto, 2015, p. 163); los impactos ecológicos o las capacidades organizacionales en las NIIF, dicha insuficiencia se vuelve aún más evidente en el contexto actual. Hoy no solo se exige una contabilidad que registre hechos económicos o un derecho que expida normas, sino que también se enfrenten a los desafíos de una sociedad hiperconectada, regida por la economía de la atención y marcada por la producción de valor a través de datos y conductas. Como ha señalado Zuboff (2019), el capitalismo contemporáneo no se sustenta únicamente en activos tangibles o conocimientos formales, sino en la captura conductual, aspectos que atañen tanto a la contabilidad como al derecho.

En este escenario, tanto el lenguaje contable como el lenguaje jurídico se ven compelidos a abrirse no solo a dimensiones objetivas, sino también a realidades inmateriales y simbólicas, muchas veces invisibles para los marcos tradicionales, como se ha señalado. Así, la sociedad digital en la que vivimos exige una revolución epistemológica aún más profunda para dar luz a las áreas comunes del derecho y la contabilidad.

Autores contemporáneos sugieren que se asiste a una «sociedad post-conocimiento», donde el valor ya no reside en lo que sabemos, sino en cómo los sistemas algorítmicos interpretan, predicen y controlan ese saber. Como advierte Harari (2018), la inteligencia artificial y la biotecnología están redefiniendo no solo el conocimiento, sino la propia

condición humana, empujándonos hacia una sociedad «post-humana», donde el derecho y la contabilidad deberán replantear sus fundamentos para seguir siendo relevantes al momento de establecer límites a conductas y contextos, así como para la captura de valor y su registro.

5. DERECHO Y CONTABILIDAD: RELACIONES INTERDISCIPLINARES

Dubois y Dubois (2010) proponen al derecho contable como un nuevo campo del conocimiento que aporta una mayor visión sobre las relaciones entre el derecho y la contabilidad. Aquí se define al derecho contable como:

> Ciencia cuyo objeto está constituido por las relaciones interdisciplinarias entre el Derecho, en cuanto Ciencia Jurídica, y la Contabilidad, en sus aspectos científicos y técnicos, comprendiendo tanto áreas comunes como las recíprocas influencias entre ambas disciplinas y las nuevas interpretaciones que resultan de su armoniosa integración, superando asimetrías y dando coherencia a las regulaciones comunes. (p. 1)

Como se aprecia, el derecho contable se configura, desde la perspectiva argentina, como un campo interdisciplinario que abarca normativas prácticas y áreas de influencia recíproca entre el derecho y la contabilidad. Sus contenidos incluyen desde regulaciones contables y aspectos del derecho empresarial, societario, concursal y tributario, hasta procedimientos técnicos como valuaciones, auditorías y prácticas periciales. Además, integra desafíos contemporáneos como las nuevas tecnologías y la administración de empresas, buscando superar asimetrías y promover una coherencia regulatoria (Dubois y Dubois, 2010).

Por otra parte, los mismos autores señalan como contenidos particulares y meramente enunciativos del derecho contable los siguientes:

1. Las normas y regulaciones de la materia contable provenientes de leyes y decretos y de reglamentaciones de organismos públicos, profesionales, nacionales o internacionales.

2. El derecho Empresarial y contractual, que entre otros comprende a los deberes contables de los comerciantes, la rendición de cuentas, las relaciones laborales y previsionales, la responsabilidad social de la empresa, las entidades sin fines de lucro, las cuestiones contables en los contratos y sus efectos.
3. El derecho Societario, comprendiendo tanto la normativa específica de los arts. 61 a 73 de la ley 19.550, el resto de las normas contables de la ley societaria, y un gran número de problemas específicos que vienen siendo señalados por la doctrina.
4. El derecho Concursal, donde se destaca la información y registración contable necesarias para la apertura y para las decisiones a adoptar en los procesos.
5. *El derecho Procesal, que comprende principalmente a la contabilidad como prueba en juicio y a su utilidad para cuantificar créditos y daños* [énfasis añadido].
6. El Derecho Tributario, en tanto regulación jurídica basada en elementos y situaciones contables, con la actual problemática del no reconocimiento de la inflación.
7. *El derecho Penal, referido a los delitos cuya tipología incluye elementos contables y a su prevención* [énfasis añadido].
8. Los Procedimientos de Información, Valuación, Determinación de resultados, Registración y Exposición Contables, en particular los diversos estados contables y documentación complementaria, la memoria y las cuestiones referentes a los registros contables y la documentación respaldatoria. Todo ello desde sus regulaciones, perspectivas, fuentes, influencias y efectos jurídicos.
9. Las nuevas tecnologías aplicables en la contabilidad y en el derecho, y el reconocimiento de nuevas realidades contables y jurídicas (vgr. medio ambiente).
10. La Administración de empresas, en sus planos interdisciplinarios, con especial referencia a la contabilidad de gestión y sus efectos jurídico contables.
11. *Las Prácticas Periciales, en materia civil, comercial, laboral y penal* [énfasis añadido].

12. El desempeño de la Sindicatura Societaria, con sus diversas funciones interdisciplinarias y responsabilidades.
13. La Sindicatura Concursal, con sus diversas funciones interdisciplinarias y responsabilidades.
14. Las prácticas en Auditoría y en Investigaciones patrimoniales.
15. Las áreas públicas de la Contabilidad y del Derecho, comprendiendo a la contabilidad estatal, presupuesto, reservas, cuentas nacionales, internacionales, de organismos públicos, sociedades del estado, etc. (pp. 6-7)

Los contenidos del derecho contable con énfasis añadido en la cita anterior (5, 7 y 11) serán materia de análisis más adelante. A continuación, se presenta un cuadro explicativo de los contenidos del derecho contable propuestos por Dubois y Dubois (2010, p. 2), considerando su vinculación con normativa peruana relevante:

Tabla 1

Contenidos del derecho contable según la doctrina argentina y su vinculación con la normativa peruana

Contenidos del derecho contable	Descripción	Normativa peruana relevante
1. Normativa y regulación contable	Normas legales (leyes, decretos) y reglamentaciones de organismos públicos o profesionales que rigen la práctica contable.	• Ley n.º 28708 (Ley del Sistema Nacional de Contabilidad). • Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad (CNC) para adopción de NIIF (ej. Resolución n.º 055-2014-EF/30).
2. Derecho empresarial y contractual	Deberes contables de comerciantes, rendición de cuentas, relaciones laborales, responsabilidad social empresarial y cláusulas contables en contratos.	• Código de Comercio (art. 33) sobre obligación de llevar libros contables. • Ley n.º 26887 (Ley General de Sociedades) para rendición de cuentas.
3. Derecho societario	Normas contables específicas para sociedades, incluyendo la preparación de EE. FF., auditorías y responsabilidades legales de administradores.	• Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades, artículos 221-225 sobre memoria anual, EE. FF. • Plan Contable General Empresarial (PCGE) aprobado por el CNC.

4. Derecho concursal	Requisitos contables en procesos de insolvencia: información necesaria para apertura de concursos, verificación de activos/pasivos y decisiones judiciales.	• Ley n.º 27809, Ley General del Sistema Concursal, que exige balances actualizados. • Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS, 8 de enero de 1993, Código Procesal Civil y Ley n.º 26887 por insolvencia o quiebra de la sociedad (art. 417 LGS).
5. Derecho procesal	La contabilidad como medio de prueba en juicios y herramienta para cuantificar créditos, daños o indemnizaciones.	• Código de Comercio, art. 48 sobre las reglas para graduar la fuerza probatoria de libros contables. • Código Procesal Civil para peritajes contables en litigios.
6. Derecho tributario	Interacción entre normas tributarias y contables, como la determinación de bases imponibles, ajustes por inflación y discrepancias entre criterios fiscales y contables.	• Decreto Legislativo n.º 774, Ley de Impuesto a la Renta (LIR); Decreto Supremo n.º 179-2004-EF, TUO de la LIR; Decreto Supremo n.º 122-94-EF, reglamento, art. 33 y siguientes del Reglamento de la LIR (ajustes entre contabilidad y tributación). • Resoluciones de Sunat[1] (ej. n.º 234-2006) para libros electrónicos.
7. Derecho penal	Delitos vinculados a prácticas contables fraudulentas (ej. falsificación de registros, lavado de activos) y su prevención.	• Decreto Legislativo n.º 635, Código Penal, arts. 198, 198-A y 199, sobre administración fraudulenta y contabilidad paralela. • Decreto Legislativo n.º 1106 (Ley Penal contra el Lavado de Activos, Minería Ilegal y Crimen Organizado) que exige registros contables detallados.
8. Procedimientos contables	Reglas para elaboración de EE. FF., registros, documentación respaldatoria, memorias y notas explicativas, incluyendo su validez jurídica.	• NIIF oficializadas por el CNC (ej. Resolución n.º 045-2010-EF/94). • PCGE para pymes adaptado a normativa local.
9. Nuevas tecnologías	Impacto de herramientas digitales (*blockchain*, inteligencia artificial) en registros contables y su reconocimiento legal.	• Resolución de Superintendencia n.º 128-2021/Sunat (facturación electrónica obligatoria). • Resolución de Superintendencia n.º 286-2009/Sunat (libros electrónicos validados por la Sunat).

1 Superintendencia de Administración Tributaria (Sunat).

10. Administración de empresas	Contabilidad de gestión (costos, presupuestos) y su relación con obligaciones legales, incluyendo efectos jurídicos de decisiones administrativas.	• Sistemas de costos regulados por la Sunat (Resolución n.º 234-2006). • Ley n.º 29720, Ley que Promueve las Emisiones de Valores Mobiliarios y Fortalece el Mercado de Capitales (sobre presentación de EE. FF. auditados para empresas con ingresos altos).
11. Prácticas periciales	Peritajes contables en litigios civiles, comerciales o laborales para demostrar incumplimientos, cuantificar daños o validar información patrimonial.	• Anexo, Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, TUO[2] de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos sobre peritos contables). • Reglamento de Peritos del Colegio de Contadores Públicos de Lima.
12. Sindicatura societaria	Funciones y responsabilidades de auditores internos/externos en sociedades, incluyendo supervisión de transparencia y cumplimiento normativo.	• Ley General de Sociedades, arts. 226, 227 y otros, sobre auditoría interna y externa. • Normas Internacionales de Auditoría (NIA) adoptadas por el Colegio de Contadores Públicos de Lima.
13. Sindicatura concursal	Gestión contable en procesos de quiebra o reestructuración: verificación de activos, pasivos y elaboración de informes para autoridades judiciales.	• Ley del Sistema Concursal, Ley n.º 27809, para funciones de síndicos. • Código Procesal Civil, Ley General de Sociedades, sobre presentación de inventarios en quiebras.
14. Auditoría e investigaciones	Auditorías externas/internas e investigaciones patrimoniales para detectar fraudes, irregularidades o validar el cumplimiento de normas contables y legales.	• Normas Internacionales de Auditoría (NIA) adoptadas por el Colegio de Contadores. • Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, Ley n.º 27785, para auditorías en el sector público.
15. Sector público	Contabilidad gubernamental, presupuestos públicos, cuentas nacionales y rendición de cuentas en entidades estatales, incluyendo sociedades del Estado y organismos internacionales.	• Decreto Legislativo n.º 1438 (Sistema Nacional de Contabilidad). • Decreto Legislativo n.º 1438, que armoniza la contabilidad pública con estándares internacionales (IPSAS[3]).

Fuente: Adaptada de Dubois y Dubois (2010, pp. 6-7).

2 Texto Único Ordenado (TUO).

3 International Public Sector Accounting Standards (Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público).

Se advierte de los contenidos aportados sobre el derecho contable, como disciplina que muestra la influencia recíproca entre ambas áreas del conocimiento, las relaciones interdisciplinarias entre derecho y contabilidad, que se fundamentan en la interdependencia de normas jurídicas y técnicas contables que coadyuvan a resolver conflictos patrimoniales y regulatorios, reconocer derechos u obligaciones, así como a regular la propia técnica contable. Como señalan Dubois y Dubois (2010), el derecho contable emerge como una ciencia autónoma que integra áreas como el derecho societario, concursal y tributario con procedimientos contables, y promueve una visión holística. Esta sinergia, según Morin (2004), responde al paradigma de la complejidad, que critica la hiperespecialización y aboga por enfoques sistémicos para comprender fenómenos multidimensionales, como las áreas de convergencia glosadas, entre el derecho y la contabilidad.

Por su parte, autores peruanos como Durán Rojo y Mejía Acosta (2014) explican que el derecho contable en el Perú ha emergido como resultado del proceso de juridificación del fenómeno contable, entendido como el tránsito de la contabilidad desde una técnica de registro económico-financiera voluntaria hacia un sistema normativo con efectos jurídicos. Este proceso ha incluido, por un lado, el reconocimiento de los EE. FF. como medios probatorios y, por otro, el establecimiento de reglas obligatorias para la elaboración de dichos informes económicos, como, por ejemplo, las NIIF. De este modo, afirman los autores, «a todo este proceso de juridificación del fenómeno contable, que ha ido transitando en el establecimiento de normas jurídicas estatales de carácter obligatorio, se le ha llamado como Derecho contable» (Durán y Mejía, 2014, p. 188).

Así también el profesor de la Universidad San Ignacio de Loyola, Eduardo Cárdenas Saldarriaga (s. f.), propone un reto que resulta de interés para la investigación:

> Así, la variedad y profusión de normas legales y administrativas en lo contable (Leyes, Decretos Ley, Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, Directivas de la Contaduría Pública de la Nación y otras normas emitidas por distintas entidades) hacen

> necesario hallar la piedra de toque que permita mensurar, no el peso o valor de piedras preciosas y metales, sino el de la contabilidad como especialización del derecho para su reconocimiento como tal y, con ello, su materialización como rama del derecho o derecho contable, su inserción en el currículo universitario, en la acreditación profesional, su difusión y la obligatoriedad de permanente actualización.
>
> El reto está planteado y corresponde a las organizaciones que rigen la contabilidad y a las que agrupan a los profesionales contables, constituirse en la piedra de toque que, acorde al entorno globalizado, propicie el reconocimiento formal de lo que es, en esencia práctica, el derecho contable en el país. (párrs. 3-4)

En ese marco, los autores sostienen que el derecho contable ya no debe ser considerado únicamente una rama del derecho o derecho mercantil, sino una disciplina autónoma, con principios propios y funciones reguladoras específicas. Esta afirmación se sostiene en razonamientos como la necesidad de

> pasar por el tamiz jurídico a las reglas y procedimientos para la obtención de los EE. FF. y la llevanza de los libros contables, así como el establecimiento de las consecuencias jurídicas que se producen del incumplimiento de esas reglas y procedimientos. (Durán y Mejía, 2014, p. 188)

Empero, identifican importantes vacíos estructurales: la dispersión normativa, la falta de un marco constitucional robusto y la ausencia de un único órgano rector para la oficialización de los estándares contables; lo que afecta la aspiración de la armonización contable que se persigue a nivel mundial.

Desde esta perspectiva se puede indicar que el derecho contable es una disciplina emergente en el Perú que analiza la juridificación del fenómeno contable, es decir, su incorporación al ordenamiento jurídico a través de normas, deberes, responsabilidades y efectos legales derivados de la información económico-financiera. A diferencia del

concepto de derecho contable argentino que plantea un concepto más amplio conforme se ha analizado.

Asimismo, con relación a la debilidad institucional reseñada, se dice que ha generado una preocupante intervención por parte de organismos administrativos como la Sunat, que ha ocupado espacios normativos que deberían ser definidos por un sistema contable legalmente articulado. En palabras de los autores:

> En la práctica, en el Perú se ha producido una invasión de fueros por parte de la Sunat en la materia contable, debido a la falta de un diseño normativo en el Derecho Contable que establezca reglas claras y modernas en materia de llevanza de libros y registros contables. (Durán y Mejía, 2014, pp. 208-209)

Desde una visión sistémica y compleja, esta situación refleja la urgencia actual de una articulación interdisciplinaria entre el derecho y la contabilidad, capaz de sostener la legitimidad normativa de la realidad económica, así como aportar adecuadamente en las controversias jurídicas de naturaleza patrimonial.

6. EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD: UN LLAMADO A LA INTERDISCIPLINARIEDAD

El paradigma de la complejidad emerge como un planteamiento disruptivo frente al paradigma simplificante de la ciencia tradicional que históricamente ha fragmentado el conocimiento en disciplinas aisladas. Morin (2004) señala que el pensamiento clásico, basado en la «disyunción absoluta entre el objeto y el sujeto que lo percibe y concibe» (p. 7), reduce la realidad a elementos desconectados, ignorando sus interdependencias sistémicas. Esta hiperespecialización, como advierte López Ramírez (1998), genera una «sordera especializada» que impide a las disciplinas «aglutinar a sus miembros en relación a problemas comunes» (p. 100), limitando así la capacidad de abordar fenómenos multidimensionales y de atender problemas sociales de vital importancia para el conjunto.

Morin (2004) advierte que la ciencia tradicional, al «legislar, desunir y reducir» (p. 1), niega la politemporalidad y la recursividad organizacional, esenciales para comprender sistemas complejos como el jurídico-contable. Esta visión crítica es reforzada por López Ramírez (1998), quien afirma que «el gran problema de la ciencia de nuestro tiempo radica en su dependencia del paradigma simplificante» (p. 98), que desintegra la relación parte-todo. Frente a ello, el paradigma de la complejidad propone superar el aislamiento disciplinar mediante un pensamiento integrador, donde «el conocimiento es una aventura en espiral» (Morin, 2004, p. 1), capaz de vincular, por ejemplo, el derecho, la contabilidad y los fenómenos sociales dentro de un marco común.

En esa línea, el paradigma de la complejidad brinda una base epistemológica y metodológica para abordar el enfoque jurídico de la contabilidad, orientado a identificar las zonas comunes entre ambas disciplinas en beneficio de la sociedad peruana, especialmente para el derecho comercial, el sistema de justicia y la adaptación a tecnologías emergentes. Un referente importante proviene de la experiencia argentina, donde desde aproximadamente 2008, a través del Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO), se promueve la investigación del derecho contable como una disciplina autónoma destinada a visibilizar las áreas comunes entre derecho y contabilidad.

El llamado a la interdisciplinariedad no solo se presenta como una exigencia para las disciplinas analizadas, sino como una necesidad creciente en diversos campos del saber. Tal como se advierte, «desde distintos campos de la ciencia como la psicología cognitiva, los estudios sobre literacidad académica, la semiótica textual y otros, apuntan a abordar los problemas de la realidad social» (Miñano, 2025, p. 158), lo que posibilita «el ingreso de dominios prohibidos como el de las emociones, la intimidad, el sentido común, el conocimiento ancestral y la corporalidad» (Zavala, 2009, p. 362). Esta apertura supone una reconsideración de aspectos tradicionalmente relegados por el paradigma científico simplificante, centrado exclusivamente en la validación de lo «objetivo» y cuantificable.

En consecuencia, integrar lo subjetivo, lo sensible y lo humano, como propone Morin (2004), resulta indispensable para comprender

disciplinas como el derecho y la contabilidad, que no se agotan en normas o cifras, sino que contienen múltiples dimensiones humanas escasamente exploradas desde enfoques de la ciencia tradicional. Esta perspectiva cobra especial relevancia para el derecho comercial y el sistema de justicia peruano, los cuales enfrentan el reto de articular saberes diversos en la resolución de conflictos que emergen de la compleja realidad social.

Puede pensarse que la defensa del enfoque jurídico de la contabilidad y la visibilización del derecho contable como disciplina emergente podrían contradecir el paradigma de la complejidad, al parecer que fomentan nuevas especializaciones. Sin embargo, esta observación desconoce que el objetivo no es fragmentar el conocimiento, sino reconocer la riqueza conceptual y práctica que emerge al identificar las zonas de conjunción interdependiente entre derecho y contabilidad, históricamente tratadas de manera aislada. Lejos de constituir una especialización, el derecho contable se concibe como un espacio de interdisciplina activa cuyo desarrollo exige cooperación entre ambas áreas, en coherencia con el pensamiento complejo, que articula dimensiones objetivas y subjetivas presentes en ambas disciplinas.

Finalmente, el abordaje de elementos como la emocionalidad, el sentido común o la corporalidad, lejos de ser un desvío discursivo, constituye una ampliación necesaria de los horizontes epistémicos, particularmente del componente subjetivo humano presente tanto en el derecho como en la contabilidad. Ello permite abordar ambas disciplinas más allá de sus expresiones normativas o numéricas, reconociendo también aspectos como el capital intelectual, los intangibles y los factores subjetivos que influyen en cualquier acto jurídico o económico. Así, el conocimiento integrado deja de ser una opción para convertirse en una necesidad inherente al desarrollo humano, aportando sustento al enfoque jurídico de la contabilidad y permitiendo abarcar las múltiples dimensiones que propone Morin.

En suma, el paradigma de la complejidad, en la formulación de Edgar Morin, ofrece el marco epistemológico que permite integrar las dimensiones objetivas y subjetivas, técnicas y humanas, cuantitativas

y cualitativas que intervienen en la construcción de la realidad económico-jurídica. Al reconocer que los fenómenos operan como sistemas interrelacionados, con múltiples causas y retroalimentaciones, este enfoque evidencia que la relación entre derecho y contabilidad no puede reducirse a vínculos normativos, sino que exige una comprensión interdisciplinaria y dinámica capaz de articular los distintos niveles que participan en su configuración. Esta perspectiva es la que sustenta la aproximación desarrollada en el presente estudio.

7. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL ENFOQUE JURÍDICO DE LA CONTABILIDAD

El enfoque jurídico de la contabilidad se plantea como una categoría epistemológica y metodológica, fundamentada en el paradigma de la complejidad, que propone una forma integrada de comprender cómo la contabilidad se articula con el derecho. Más que una nueva rama jurídica, constituye un marco de lectura que permite identificar, ordenar y analizar las zonas de convergencia entre ambos saberes, articulando ámbitos como la obligatoriedad de llevar contabilidad, su función probatoria, las pericias, el diseño normativo integrado, la auditoría y la adaptación tecnológica, especialmente en contextos donde la contabilidad ha sido concebida principalmente como técnica de registro. En el caso peruano, este enfoque busca ofrecer un camino para ampliar y profundizar el desarrollo del derecho contable, entendiendo a este como uno de los posibles espacios institucionales donde dichas articulaciones pueden sistematizarse y consolidarse.

De este modo, el enfoque jurídico de la contabilidad no pretende sustituir ni duplicar al derecho contable, sino ofrecer el marco teórico que permite orientar y proyectar su evolución en el Perú. Al situarse en un nivel de análisis más amplio, este enfoque señala la dirección hacia la cual podría desarrollarse el derecho contable peruano, especialmente considerando que se encuentra aún en una etapa inicial de juridificación y carece de la sistematicidad alcanzada en otros países de la región como Argentina, España y México.

Conforme se ha citado, la persistencia de problemas sociales no resueltos evidencia los límites del método cartesiano, que divide el conocimiento en especialidades. La propuesta de Morin (2004) invita a trascender esta fragmentación mediante la interdisciplinariedad. En ese contexto, ha surgido el debate sobre el derecho contable en el Perú, impulsado por académicos como el profesor Luis Durán Rojo, quien busca visibilizar esta disciplina y su evolución, a la cual ha llamado: proceso de juridificación de la contabilidad, donde se entrelazan normativamente contabilidad y derecho. No obstante, se argumenta que relegar su desarrollo solo a la técnica contable o solo a normas legales sería insuficiente, pues el enfoque jurídico de la contabilidad requiere de ambos y sus diversas dimensiones para satisfacer necesidades acerca de las implicancias jurídicas de la contabilidad en controversias legales. Un punto de partida se presenta con el aporte del profesor Aurelio Gurrea (2012) en su libro *Contabilidad para juristas* en el cual señala:

> Este *deber de contabilidad* será la pieza clave de lo que denominaremos Derecho mercantil contable o, simplemente, *Derecho contable*, que podemos definir como el conjunto de normas que regulan todos los aspectos formales y materiales que, necesariamente, deberán ser observados por los empresarios en el cumplimiento de sus inexorables obligaciones contables. Así, el desarrollo de dicho deber será el que nos sirva como base para la exposición y entendimiento de los aspectos jurídicos y económico-financieros de la contabilidad. (p. 16)

Del mismo modo Gurrea (2012) señala:

> la complejidad de las relaciones jurídico-empresariales exige la creación de un determinado sistema que, de manera sencilla, aunque, en la medida de lo posible, exhaustiva, permita el conocimiento cualitativo y cuantitativo de la realidad económica y financiera de las empresas. (p. 25)

Como puede advertirse, el autor alude a la captación de la realidad en la dimensión tanto cualitativa como cuantitativa, lo que nuevamente

lleva a la interrogante de si la contabilidad al nacer y crecer como una ciencia empírica eminentemente objetiva es capaz de captar la dimensión cualitativa de las operaciones económicas de la empresa, y también queda el desafío de marcar el ámbito o por lo menos los horizontes visibles de lo que implicaría el ámbito cualitativo.

En complemento, la profesora Navarro (2007) subraya que «se puede decir que la evolución de la contabilidad ha sido el proceso de juridificación de la materia contable» (p. 32), y destaca que la contabilidad no solo registra hechos económicos, sino que genera consecuencias jurídicas, al insertarse progresivamente en el ordenamiento. Esta afirmación reconoce la idea de que el vínculo entre contabilidad y derecho tiene un carácter estructural y evolutivo que exige comprender sus múltiples implicancias jurídicas.

En ese sentido, la contabilidad, tal como se ha argumentado en este trabajo, no es únicamente una técnica auxiliar o una herramienta para el registro económico, sino un lenguaje normativo con capacidad de generar consecuencias jurídicas en múltiples dimensiones o ramas del derecho. En esa línea, el profesor Bernard Colasse (2004) advierte que «il y a nécessité d'enseigner la comptabilité comme une discipline de modélisation et d'interprétation de la vie économique et pas simplement comme une discipline de constat et d'enregistrement»[4] (p. 11), evidenciando que se asiste a un proceso de cambio de paradigmas en el que se hace necesario repensar la forma en que entendíamos la contabilidad y su capacidad para adaptarse a las demandas sociales actuales que reclaman su interrelación con el derecho, y por qué no con otras áreas del conocimiento.

Desde una perspectiva funcional, la contabilidad no solo organiza hechos económicos, sino que los convierte en información jurídicamente relevante. Su utilidad no se restringe a fines fiscales, administrativos o gerenciales, sino que alcanza una dimensión probatoria, particularmente en los ámbitos civil, penal, laboral, comercial y tributario. En efecto, se

4 «Existe la necesidad de enseñar contabilidad como una disciplina para modelar e interpretar la vida económica y no simplemente como una disciplina para observar y registrar».

sostiene que «el deber de llevar contabilidad en el Perú se ha consolidado a lo largo del tiempo debido a su capacidad para establecer y conocer la posición financiera en un determinado momento de una entidad» (Miñano, 2024, p. 134). Esta afirmación refleja cómo el lenguaje contable se ha institucionalizado como una herramienta que traduce la realidad económica en documentos verificables, utilizados para la toma de decisiones y el control fiscal.

Como se viene argumentando, la obligatoriedad de llevar libros contables, la exigencia de presentar EE. FF. y la posibilidad de valoración que el derecho procesal otorga a estos documentos como medios probatorios directos, evidencian en gran parte el enfoque jurídico de la contabilidad.

Desde el paradigma de la complejidad propuesto por Morin (2004), el enfoque jurídico de la contabilidad permite visualizar que ambas disciplinas no se relacionan de manera lineal, sino que se influyen mutuamente en una lógica recursiva. Esta recursividad es uno de los principios centrales del pensamiento complejo de Morin, donde los productos de un sistema (información contable) se convierten simultáneamente en insumos del otro (decisión jurídica), configurando un bucle de doble dirección.

Así pues, el derecho establece obligaciones contables, pero a su vez se nutre de los productos de la contabilidad para normar, decidir y sancionar. Esta interdependencia se observa tanto en la jurisprudencia como en los contenidos normativos: normas contables oficiales son incorporadas al derecho tributario, penal, procesal o societario, mientras que los hechos económicos registrados contablemente condicionan la aplicación o interpretación de las normas jurídicas. La contabilidad, por tanto, no es solo objeto de regulación, sino también fuente de conocimiento normativo relevante.

Un aspecto importante también comprende a las NIIF, que si bien han estandarizado la representación financiera, su enfoque en ciertos ámbitos sigue siendo el costo histórico, lo cual limita la verificabilidad transaccional y limita también la captura de intangibles como el capital intelectual o el impacto ambiental, elementos críticos en la sociedad del conocimiento.

Asimismo, en el contexto jurídico procesal, la contabilidad se posiciona como un testigo estructurado de las actividades económicas, al condensar en sus registros la información que permite mostrar los vínculos patrimoniales en disputa. Miñano Donayre (2024) subraya que «la prueba contable como tal, a través de sus registros, libros o EEFF, muestran información condensada o compilada, que […] conlleva a que detrás tenga documentos que lo respaldan» (p. 122). Esta capacidad de documentar con precisión relaciones económicas convierte a los EE. FF. en soportes clave para verificar o refutar afirmaciones dentro de un proceso legal. Así, la contabilidad no solo refleja la realidad económica, sino que la traduce a un formato inteligible y jurídicamente operativo.

Como se podrá observar en los apartados sobre derecho procesal y penal, el uso de los EE. FF. permite al juez acreditar hechos económicos, aunque su potencial probatorio siga siendo subutilizado por la falta de capacitación técnica y articulación normativa. Este enfoque jurídico de la contabilidad, cuando no es entendido de forma adecuada, puede incluso afectar garantías como la motivación de una sentencia, especialmente en controversias patrimoniales o sobre delitos económicos, donde la prueba contable debería ser comprendida directamente y no solo a través de peritajes.

Desde esta perspectiva, resulta necesario precisar los ámbitos en los cuales se manifiesta de manera concreta el enfoque jurídico de la contabilidad. Lejos de constituir una noción meramente teórica, dicho enfoque posee implicancias funcionales y estructurales que permiten articular sistemáticamente el lenguaje contable con las exigencias normativas del derecho, así como proyectar su aplicabilidad a los distintos sectores del ordenamiento jurídico. En ese marco, el enfoque jurídico de la contabilidad puede entenderse como una categoría transversal que comprende los siguientes ámbitos interrelacionados:

a) La exigencia de llevar contabilidad en toda actividad dotada de relevancia económica, patrimonial o contractual, lo que implica su reconocimiento como instrumento obligatorio en el ámbito jurídico, más allá del régimen empresarial formal.

b) La utilización de la contabilidad como medio probatorio transversal, válido para todas las ramas del derecho, en tanto representa de manera documentada, sistemática y verificable la realidad económica subyacente a los hechos jurídicos.
c) La contabilidad como insumo fundamental para la producción de conocimiento experto en materia económico-financiera, particularmente a través de pericias contables que sustentan decisiones judiciales y administrativas.
d) La capacidad de la contabilidad para contribuir al diseño de marcos normativos jurídico-contables integrados, que articulen exigencias contables, fiscales, comerciales y sociales, fortaleciendo la coherencia entre el contenido económico de los actos y su regulación jurídica.
e) La función instrumental de la contabilidad en la mejora de la calidad y la fiabilidad de las auditorías contables, al proporcionar un lenguaje normativo y técnico armonizado que favorece el control, la transparencia y la rendición de cuentas.
f) La proyección de la contabilidad como disciplina capaz de interpretar y modelar la vida económica en entornos altamente tecnificados, lo que implica su adecuación a nuevas tecnologías, el uso de sistemas automatizados de información y su papel activo en la gobernanza de datos, algoritmos y estructuras digitales de valor.

Lo que se puede resumir en la siguiente tabla:

Tabla 2

Ámbitos del enfoque jurídico de la contabilidad

Ámbito	Descripción
1. Obligatoriedad contable	Reconocimiento de la contabilidad como instrumento obligatorio en actividades con relevancia económica, patrimonial o contractual, incluso fuera del ámbito empresarial formal.
2. Prueba contable transversal	Uso de la contabilidad como medio probatorio válido en todas las ramas del derecho, al documentar sistemáticamente la realidad económica vinculada a hechos jurídicos.

3. Peritaje contable	La contabilidad como insumo para generar conocimiento experto en decisiones judiciales y administrativas, mediante pericias que interpretan datos económico-financieros.
4. Diseño normativo integrado	Contribución de la contabilidad a la creación de marcos jurídico-contables coherentes, que articulan exigencias contables, fiscales, comerciales y sociales en la regulación legal.
5. Auditoría y transparencia	Función de la contabilidad en la mejora de auditorías, al ofrecer un lenguaje técnico estandarizado que facilita el control, la transparencia y la rendición de cuentas.
6. Adaptación tecnológica	Capacidad de la contabilidad para interpretar la vida económica en entornos digitales, integrando tecnologías, sistemas automatizados y gobernanza de datos o algoritmos en la creación de valor.

De esta manera, el enfoque jurídico de la contabilidad no se reduce a una subdisciplina, sino a un diálogo constante entre derecho y contabilidad (episteme, normas y números). Para lograrlo, es esencial que abogados y contadores trabajen de manera colaborativa, integrando sus lenguajes y sus metodologías, también que se creen espacios en donde ambas disciplinas puedan interactuar, una de ellas resulta, pues, el aludido derecho contable. Solo así se superará el estancamiento de más de ciento veinte años de la contabilidad mercantil en el Código de Comercio peruano de 1902, y se construirán soluciones que, desde la interdisciplinariedad, respondan a los desafíos económicos y legales de la sociedad actual.

Es preciso acotar que, dados los desafíos contemporáneos de la sociedad del conocimiento y la economía digital, el enfoque jurídico de la contabilidad debe ampliar su campo de análisis hacia los intangibles, los datos y las conductas como nuevas formas de producción de valor. Como se argumentó en este artículo, la insuficiencia de los marcos tradicionales para representar activos como el capital intelectual, la reputación, los algoritmos o los impactos ecológicos, requiere una revolución epistemológica que integre dimensiones cuantitativas y cualitativas. Autores como Zuboff (2019) han demostrado cómo el capitalismo de la vigilancia

redefine el valor a partir de la captura de datos, mientras que Harari (2018) advierte que la inteligencia artificial y la biotecnología empujan a una sociedad poshumana donde las reglas jurídicas y contables deben repensarse. En este escenario, el derecho y la contabilidad no pueden seguir operando desde marcos cerrados y deben abrirse a nuevos planteamientos como puede ser el derecho contable, como especialidad del derecho.

Con el afán de materializar el enfoque jurídico de la contabilidad y destacar el sustancial aporte al sistema de justicia peruano, se propone abordar tres contenidos de los quince planteados por Dubois y Dubois (2010) y examinados en los puntos b y c del párrafo que precede a la tabla 2 como parte del contenido del enfoque jurídico de la contabilidad:

> 5. El derecho Procesal, que comprende principalmente a la contabilidad como prueba en juicio y a su utilidad para cuantificar créditos y daños.
> […]
> 7. El derecho Penal, referido a los delitos cuya tipología incluye elementos contables y a su prevención.
> […]
> 11. Las Prácticas Periciales, en materia civil, comercial, laboral y penal. (pp. 6-7)

Los citados contenidos serán presentados con casos de la práctica procesal, evidenciando las zonas de convergencia que surgen de la realidad y que reclaman a gritos su sistematización, desarrollo, difusión y capacitación. Así como estas, existen multiplicidad de áreas comunes entre el derecho y la contabilidad que serían de gran empuje a los problemas sociales del Perú; no obstante, al tratarse de una investigación con límites, solo se abordarán los ámbitos mencionados.

7.1. El derecho procesal, que comprende principalmente a la contabilidad como prueba en juicio y a su utilidad para cuantificar créditos y daños

El derecho procesal, en su dimensión probatoria, reconoce a la contabilidad como una fuente potencialmente valiosa de información económica. Los estados financieros (EE. FF.), al reflejar la situación patrimonial de una entidad, permiten acreditar hechos vinculados a obligaciones de dar suma de dinero, compensaciones económicas o reparaciones por daños. Su valor radica en su capacidad para presentar datos estructurados bajo normas contables, lo que los convierte en evidencia objetiva y técnica.

En el ámbito de la cuantificación de créditos y daños, los EE. FF. ofrecen una base cuantificable para determinar montos adeudados o pérdidas patrimoniales. Por ejemplo, el estado de resultados permite identificar ingresos no percibidos, mientras que el balance general evidencia activos y pasivos relevantes. Como señala la investigación, esta utilidad se extiende a casos civiles, penales, laborales y administrativos, donde la precisión contable reduce la subjetividad en la valoración de perjuicios y fortalece la calidad de los medios probatorios (Miñano, 2024, pp. 181-182).

No obstante, los hallazgos de la tesis doctoral de la profesora Miñano (2024), basada en una encuesta aplicada a los jueces de los diecisiete juzgados comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, revelan una paradoja:

> A la pregunta en qué medida ha utilizado los EEFF como medios probatorios de evaluación directa por parte del juez, dentro de un proceso de obligación de dar suma de dinero u otro de carácter patrimonial, se ha obtenido que un 52.94 % señala que pocas veces, un 23.53 % señala que nunca, un 11.76 % señala que una vez, y un 11.76 % con frecuencia; con lo cual se aprecia que entre los que señalan pocas veces, una vez y nunca, suma un porcentaje de 88.24 % de magistrados que señalan una utilización mínima de los EEFF como medios probatorios de evaluación directa en un proceso de obligación de dar suma de dinero u otro de carácter patrimonial. Lo cual se contrapone a las preguntas 1 y 2 en las cuales los magistrados

> señalan que conocen los EEFF y que estos pueden ser utilizados como medios probatorios de evaluación directa por parte de estos; sin embargo, al momento de preguntar sobre la utilización de los mismos, un determinante 88.24 % señala que lo ha utilizado de manera mínima. (pp. 332-333)

Esta brecha evidencia un desfase entre el potencial probatorio de la contabilidad y su aplicación práctica en los tribunales. Un juez manifestó en una respuesta cualitativa: «Resaltar que el presente tema es interesante y que no ha sido abordado desde esta perspectiva como su valoración dentro de los medios de prueba y su trascendencia dentro del proceso» (Miñano, 2024, p. 348). Asimismo, el doctor Beaumont Callirgos señaló que, si bien en su experiencia profesional siempre se han utilizado pericias contables, con las nuevas tecnologías y la evolución social, los estados financieros podrían emplearse directamente como medio probatorio de evaluación por parte de los jueces (Miñano, 2024, p. 463). En ese sentido, resulta pertinente advertir que la continua dependencia de pruebas indirectas, como los informes periciales, retrasa los procesos y eleva sus costos, lo cual contradice el principio de eficiencia procesal (Miñano, 2024, p. 83).

Así, el contraste entre el conocimiento teórico de los jueces sobre los EE. FF. y su aplicación práctica demuestra que aún persiste una desconexión metodológica entre el derecho y la contabilidad. Esta distancia no solo priva a los jueces de un insumo clave para resolver con objetividad procesos de índole patrimonial, sino que también revela una oportunidad perdida para enriquecer los estándares de valoración probatoria con base documental técnica. La estadística del 88.24 % de uso mínimo revela que si bien los EE. FF. podrían constituir medios probatorios de evaluación directa al interior de un proceso judicial, su utilidad queda truncada por falta de articulación normativa, escasa formación técnica y una visión jurídica aún resistente a lo cuantificable. Ello evidencia lo que plantea el paradigma de la complejidad: los hechos económicos y jurídicos no pueden analizarse por separado, pues conforman un sistema interdependiente que exige integrar lenguajes y métodos.

7.2. El derecho penal, referido a los delitos cuya tipología incluye elementos contables y a su prevención

En relación con este apartado propuesto por IADECO (Instituto Autónomo de Derecho Contable, 2024), referido a la vinculación entre derecho y contabilidad y las implicancias jurídicas de ambos campos del conocimiento, específicamente para el ámbito del derecho penal, vinculado a delitos con elementos contables, se trae a colación el caso siguiente: el martes 15 de abril de 2025, el Tercer Juzgado Penal Colegiado Nacional, de la Corte Superior de Justicia de Lima, llevó a cabo una audiencia de adelanto de fallo contra el expresidente de la república Ollanta Humala Tasso y otros acusados por el delito de lavado de activos. La audiencia fue grabada y transmitida en vivo. En sus palabras iniciales, la jueza Naico Coronado Salazar señaló que se presentarían los fundamentos generales sobre la valoración probatoria y la comunicación de la decisión final del caso, haciendo la salvedad de que los pormenores de la decisión se podrían encontrar en la notificación de la sentencia respectiva, pero que en la audiencia se expondrían los fundamentos generales.

En ese sentido, siendo la fuente de análisis la audiencia transmitida en vivo, a continuación, se presenta un resumen de dos extremos que vale la pena analizar:

7.2.1. Resumen de Justicia TV - Audiencias (2025, 36:05-40:03)

La jueza examina dos contratos con empresas vinculadas a Nadine Heredia. En el caso de Centros Capilares, se indica que la empresa no habría tenido condiciones económicas para asumir un contrato por $30 000. En el caso de Dronaver, se cuestiona que una empresa con utilidades anuales de S/2500 pueda asumir pagos mensuales de S/2000 por servicios de asesoría, sin informes ni pruebas de ejecución. La jueza concluye que estos contratos fortalecen una línea de interpretación probatoria sobre simulación de servicios.

Análisis

El razonamiento según el cual una empresa no puede realizar pagos mayores a su utilidad contable anual revela una confusión entre flujo de

caja y utilidad neta. Desde el punto de vista financiero, una empresa puede incluso tener pérdidas contables, pero seguir cumpliendo con sus obligaciones mediante financiamiento, ingresos extraordinarios o reservas de caja. Este análisis no solo es básico, sino estándar en cualquier curso introductorio de contabilidad, especialmente cuando se interpretan estados financieros como el estado de resultados o también denominado estado de ganancias y pérdidas o actualmente estado de resultados integrales.

La utilidad neta no refleja necesariamente la liquidez de la empresa ni su capacidad operativa inmediata o capacidad para cumplir sus obligaciones a corto plazo. Como diría el profesor Aurelio Gurrea (2012), la utilidad contable no debe confundirse con liquidez o solvencia; son los Estados de flujo de efectivo y situación financiera (balance) los que permiten ese análisis.

7.2.2. Resumen de Justicia TV - Audiencias (2025, 52:05-55:12)

La jueza reconoce que el tribunal no tiene formación técnica contable y que han tenido que aprender durante el proceso. Si bien valoran los aportes del perito oficial Vizcarra y de las defensas, consideran que los informes periciales son complejos, contradictorios y que presentan errores comprensibles por la carga procesal. Finalmente, deciden no considerar la existencia de desbalances patrimoniales como determinante, aunque sí como referencia transversal en el análisis de hechos.

Análisis

La declaración expresa de que el tribunal «no conoce de contabilidad» y ha tenido que «aprender durante el juicio» genera serias preocupaciones sobre la calidad del análisis probatorio en casos económicos y financieros. A pesar de contar con peritajes especializados, el tribunal indica que no reconstruirá ni analizará las pericias por su complejidad.

Esto es crítico, pues en procesos penales donde está en juego la libertad de las personas, el juez tiene la obligación constitucional de motivar su sentencia con base en la prueba actuada y comprendida (art. 139.5 de la Constitución peruana). ¿Cómo puede fundamentarse una sentencia si los jueces no comprenden los documentos contables

sobre los que se sustenta? ¿Y quién los instruyó durante el proceso? Con el afán de responder a estas preguntas, el profesor Michele Taruffo (2013) señala:

> para desempeñar adecuadamente esta función de control y de verificación del fundamento científico de los conocimientos meta-jurídicos que hacen falta para la decisión sobre los hechos, el juez tiene que poseer una amplia cultura. Él no sustituye al científico, pero tiene que evaluar si lo que este dice corresponde a los criterios de validez que la buena ciencia aplica en aquella área de conocimiento. Si eso no ocurre, el juez delega de hecho al científico la decisión sobre los hechos de la causa. (p. 80)

Conforme a ello el juez debe conocer y comprender el conocimiento experto, sustentado en una pericia, en este caso la pericia contable. Si esto no ocurre, la decisión carece de una adecuada motivación y deviene en arbitraria.

Este caso evidencia de forma palmaria los puntos de convergencia entre el derecho y la contabilidad, en tanto hace visible cómo peritos, partes procesales e incluso jueces enfrentan serias dificultades para interpretar, reconocer o evaluar adecuadamente la prueba contable. Para el caso bajo análisis, por ejemplo, en el momento que fue objeto de cuestionamiento el estado de resultados y los montos de utilidad neta que reflejaba. Ello confirma que la separación metodológica entre ambas disciplinas no solo empobrece el debate probatorio, sino que además compromete la calidad de la decisión judicial, al obstaculizar el entendimiento de evidencias que, aunque técnicas, resultan centrales en la resolución de controversias con contenido patrimonial. Tal como postula Morin, esta situación confirma que los fenómenos jurídico-económicos requieren ser comprendidos desde una lógica sistémica y no fragmentada, pues el análisis aislado conduce a decisiones judiciales incompletas.

Por tanto, se hace urgente capacitar en contabilidad básica y análisis de estados financieros a los jueces, a fin de garantizar un juicio justo y técnicamente válido.

7.3. Las prácticas periciales en materia civil, comercial, laboral y penal

Se dice que la pericia contable

> es un medio de prueba que aporta al Juez elementos de convicción especiales ajenos al saber jurídico para resolver la materia controvertida de naturaleza contable y financiera, para luego entregar su informe o dictamen pericial con sujeción a lo dispuesto por la Ley. (Ruiz Caro, 2013, citado por Torres Abril, 2021, p. 5)

En ese sentido, la contabilidad y su técnica son el insumo principal de la pericia contable, pero se debe tener en cuenta que esta práctica se realiza a base de objetivos diversos, como pueden ser: objetivos administrativos, económicos o financieros (que van a servir para conducir la empresa o proyectar su rumbo); así como objetivos netamente tributarios (que van a servir para la planificación o el pago de los tributos).

La pericia contable también cumple una función legal fundamental al incorporar información procesada en expedientes judiciales de diversas materias, como civil, comercial, laboral y penal. Aporta resultados objetivos, generalmente numéricos, derivados de la aplicación de una metodología específica, lo que la convierte en un medio probatorio relevante ante las instancias judiciales. A continuación, se detallan los principales objetivos para las pericias contables en las materias señaladas:

1. Civil: inventarios, indemnizaciones, participación sucesoria, etc.
2. Comercial: liquidaciones, estimación de daños, cálculo de intereses, etc.
3. Laboral: beneficios sociales, cálculo de intereses, indemnizaciones, utilidades, etc.
4. Penal: desbalance patrimonial, estimación de daños, valorizaciones, etc.

Entonces, entender la diferencia de objetivos de una entidad o empresa permite darse cuenta de que las operaciones contables que se registren van a contener información útil tanto para la empresa privada como para el Estado. Mientras que, por un lado, el empresario toma

decisiones financieras que pueden parecer ilógicas desde la mirada de una autoridad fiscal o judicial, estas decisiones serán de todas maneras registradas en la contabilidad, y consecuentemente serán el insumo principal para la realización de una pericia contable.

Las decisiones financieras que se adoptan en la empresa y que generan registros contables muchas veces no calzan con la lógica del derecho procesal. Por ejemplo, en una operación financiera, aplicando el concepto de *costo de oportunidad*[5], un empresario compra un local a un precio superior al promedio, debido a temas de conveniencia en la ubicación, costo de capital o apertura de mercado inmediato, esta operación va a registrarse contablemente de manera indefectible. Sin embargo, en una pericia contable de esta transacción, se podría evidenciar una sobrevaloración que acarrea el subsecuente problema judicial; esto debido al enfoque solamente contable que se le daría a esta operación, y no al enfoque financiero o de estrategia empresarial que fue lo que la motivó, o menos aún se tenga un enfoque jurídico de la contabilidad, lo que muestra nuevamente la necesidad de interacción de ambas áreas del conocimiento para estos casos.

En el ejemplo anterior, se estaría ingresando al sinuoso campo de análisis que tiene que hacer el perito al emitir pronunciamiento en una pericia contable cuando el objetivo de la transacción fue financiero o de estrategia empresarial. Si bien es cierto el perito contable es un profesional experto formado en contabilidad, que entiende estas materias, funge como una bisagra para trasladar esta información financiera a los abogados, los jueces o los fiscales cuyo perfil mayormente es pragmático. Más aún, esta labor del perito se torna difícil y de mucha discrecionalidad si tenemos en cuenta que la normativa para esta labor pericial no está muy desarrollada.

En la actualidad no se cuenta en el país con protocolos guías específicos para el desarrollo de la pericia contable, no debe olvidarse que existe una marcada diferencia entre las distintas clases de pericias contables existentes. Desde las más simples, como es el cálculo de intereses,

5 Tasa de retorno esperada por el inversionista frente a cualquier nueva alternativa de inversión.

hasta otras más complejas, como por ejemplo la pericia contable de desbalance patrimonial por el delito de lavado de activos.

La elaboración de esta pericia de desbalance patrimonial genera muchos cuestionamientos a nivel procesal, debido a que en la actualidad no se cuenta con un enfoque financiero o incluso jurídico que establezca parámetros para determinar los importes que la componen. Por lo que mayormente se trabaja con la experiencia del perito contador que hasta cierto punto resulta insuficiente, por ejemplo, no se tienen criterios para definir cómo validar un ingreso o un gasto, el análisis de operaciones bancarias para determinar la canasta básica familiar o para determinar los costos de casos por viajes al extranjero, entre otros.

Sobre la base de lo acotado, se presentan dos grandes disyuntivas de la pericia contable: en primer lugar, si la operación contable se realizó teniendo en cuenta objetivos financieros, más complejo será el desarrollo o elaboración de la pericia contable que se formule, debido a que el principio financiero que se empleó tendrá un trasfondo de mayor análisis y complejidad que una simple compraventa (*e. g.*, costo de oportunidad).

En segundo lugar, la pericia contable no cuenta con guías para su elaboración y su desarrollo (sobre todo las pericias contables complejas), que permitan utilizar criterios aceptados por las partes involucradas en un proceso judicial o que estén reguladas normativamente. Tan es así que existen pronunciamientos en los cuales se reduce la categoría de este medio de prueba en casos complejos, y se indica sobre este tema que «El desbalance patrimonial, no es un elemento del tipo de lavado de activos, menos configura —*por sí*— un injusto penal» (Expediente n.º 100-2010-0, p. 3).

Para esta situación de la falta de criterios para abordar un examen pericial contable será de mucha ayuda establecer objetivos claros y si es posible contar con información de contexto aportada por las partes. Como se ha señalado, el campo de acción es vasto y multidimensional, lo que evidencia también en este ámbito la necesidad de desarrollar un enfoque jurídico de la contabilidad en el cual se vayan incorporando estos aspectos de convergencia jurídico-contables. Para el caso ya varios autores han señalado al derecho contable como el espacio en donde deben desarrollarse estos aspectos.

Efectivamente, un hecho económico es multidimensional, pues, en primer término, se encuentra implicado por el lenguaje contable, el cual, mediante sus registros, lo materializa, lo clasifica y lo perenniza en el tiempo. Este mismo hecho se despliega simultáneamente en los ámbitos financiero, mercantil (comercial) y empresarial, todos ellos con raíces de un correlato ontológico humano, y condicionados además por factores climáticos y contextuales.

Con ello, se corrobora la multiplicidad de enfoques desde los cuales es posible analizar un hecho económico. El enfoque jurídico de la contabilidad constituye, en este sentido, un prisma adicional que permite abordar dicho *factum* utilizando la contabilidad y sus EE. FF. como insumo principal, especialmente cuando se trata de resolver una controversia legal, con o sin intervención de los tribunales de justicia.

La multidimensionalidad descrita constituye una expresión directa del paradigma de la complejidad, que obliga a abordar estos hechos desde múltiples niveles y no desde un único enfoque técnico.

Esta perspectiva también revela las limitaciones inherentes al ser humano: la dificultad para abordar de manera integral la multidimensionalidad de un fenómeno económico pone en evidencia lo restringida que es aún la capacidad de comprensión humana, así como el camino que queda por recorrer hacia una visión más completa e interdisciplinaria de la realidad y, por supuesto, hacia un sistema de justicia más justo.

Frente a las deficiencias y las limitaciones anotadas, así como la amplia discrecionalidad, los denominados «criterios Daubert», sustentados en el caso, Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. de 1993 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aceptados por el sistema de justicia peruano a través del Acuerdo Plenario n.º 4-2015/CIJ-116, del 2 de octubre de 2015, constituyen un procedimiento de control para que el juez antes de ingresar a revisar el fondo del resultado del examen pericial haga un examen de la forma de este, es decir, que revise el método utilizado, entre otros aspectos de interés, lo cual ha sido descrito en el fundamento 18 del acuerdo plenario citado, a saber:

A) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
B) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
C) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
D) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

El documento resalta que el juez debe centrarse en la metodología utilizada por el perito, no solo en las conclusiones, y fundamentar cualquier discrepancia (fundamentos 17 y 22). Además, se subraya que la evaluación judicial debe garantizar la fiabilidad científica de la prueba, evitando sustituir la labor del juez por la del perito (fundamento 31).

8. CONCLUSIONES

El sustrato epistemológico que fundamenta la investigación se enmarca en el paradigma de la complejidad que plantea la necesidad de mirar hacia la interdisciplinariedad como alternativa para enfrentar realidades socioeconómicas multidimensionales que desafían modelos tradicionales no resueltos por el paradigma simplificante.

La aproximación al contenido del enfoque jurídico de la contabilidad desarrollado ha identificado seis aspectos primordiales, a saber: (i) obligatoriedad contable, (ii) prueba contable transversal, (iii) peritaje contable, (iv) diseño normativo integrado, (v) auditoría y transparencia y (vi) adaptación tecnológica, que reflejan la amplitud y la complejidad del fenómeno contable en su relación con el derecho. Este acercamiento ha evidenciado que la contabilidad, más allá de su faceta de observar y registrar, posee una dimensión normativa, financiera y ontológica crucial en la estructuración de la actividad económica y la solución de controversias.

El denominado *derecho contable* constituye una disciplina emergente en América Latina, con desarrollos particularmente significativos en países como Argentina y México, así como en algunas jurisdicciones europeas, entre ellas Francia, Italia y España. En el caso peruano, al menos tres autores han abordado esta disciplina, han destacado la necesidad de promover su desarrollo y han reconocido su viabilidad como campo de integración entre el derecho y la contabilidad. Su finalidad principal radica en optimizar la regulación económica y contribuir a una gestión más eficiente de los problemas sociales complejos que demandan respuestas normativas interdisciplinarias. En ese sentido, el derecho contable se constituye en un espacio necesario para desarrollar el enfoque jurídico de la contabilidad peruana.

La contabilidad del conocimiento, junto con los avances tecnológicos, han evidenciado dimensiones como el capital intelectual, los activos intangibles, la gobernanza de datos, los algoritmos y las estructuras digitales de valor, como elementos que desbordan las categorías tradicionales de registro y valoración. Estas nuevas realidades generan implicancias jurídicas que exigen marcos legales y contables integrados. En este contexto, se reafirma la necesidad de desarrollar y visibilizar el enfoque jurídico de la contabilidad en el Perú como una propuesta interdisciplinaria orientada a responder a los desafíos que plantea la dinámica económica contemporánea.

9. PROPUESTAS PARA UN DERECHO CONTABLE PERUANO

La construcción de un derecho contable peruano requiere, en primer lugar, una actualización normativa integral que supere la obsolescencia del Código de Comercio de 1902. Esto implica incluso incorporar estándares modernos a las actuales NIC/NIIF, asimismo, reconocer en el Código Procesal Civil a los EE. FF. como medios probatorios de evaluación directa en procesos judiciales. Paralelamente, es prioritario diseñar una ley marco que unifique la interacción entre derecho y contabilidad, que abarque áreas como el derecho societario, tributario y penal, con el fin de armonizar criterios técnicos y jurídicos en casos complejos, como quiebras, lavado de activos, entre otros.

Un segundo eje es la formación interdisciplinaria para operadores jurídicos y contables. Los jueces y los fiscales deben capacitarse en contabilidad básica y análisis de EE. FF., con énfasis en delitos económicos, estimación de daños, obligaciones contractuales y otras materias afines, mientras que las facultades de Derecho y Contabilidad deben integrar en sus mallas curriculares cursos sobre derecho contable.

Se propone crear el Instituto Peruano de Derecho Contable (IPDC), entidad autónoma encargada de investigar, difundir y estandarizar prácticas interdisciplinarias, siguiendo modelos como el IADECO argentino. Este instituto emitiría protocolos para pericias contables, propondría reformas legales y promovería una certificación oficial para peritos contables-jurídicos, avalada por colegios profesionales y sujeta a actualización continua.

Estas propuestas, enmarcadas en el paradigma de la complejidad, buscan consolidar la interdisciplinariedad como una herramienta efectiva para enfrentar la transformación constante de los entornos empresariales, los desafíos que plantea la economía digital y la sofisticación de los delitos económico-financieros, contribuyendo a la construcción de un sistema jurídico-contable moderno, robusto y acorde con las exigencias del siglo XXI.

Estas propuestas responden al principio complejo de articulación entre dimensiones técnicas, humanas y tecnológicas, necesarias para comprender la realidad económico-jurídica contemporánea.

REFERENCIAS

Beaumont Callirgos, R. (2010). El Código de Comercio de 1902 y el proyecto de ley marco del empresariado aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, *3*(8), 127-160.

Cárdenas Saldarriaga, E. (s. f.). *Derecho contable en Perú ¿El reto?* Ministerio de Economía y Finanzas. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&view=article&id=1718%3Aderecho-contable-en-peru-iel-reto&catid=388&itemid=100337&Itemid=100337

Carlos Martín Cárcamo (2019, 8 de enero). *Ley General de Sociedades - Dr. Ricardo Arturo Ricardo Beaumont Callirgos* [Video]. YouTube. https://youtu.be/pJW6eldQJiI

Colasse, B. (2004, 16 de septiembre). L'évolution récente du droit comptable. Jornada [conferencia]. L'actualité comptable 2004, Cachan, Francia. https://shs.hal.science/halshs-00666706/document

Durán Rojo, L., y Mejía Acosta, M. (2014). Relaciones entre la contabilidad y el derecho tributario: informe relativo al derecho peruano. En Rodríguez Dueñas, C., Tarsitano, A., Romero García, F., Alvarado Esquivel, M. de J., Zaldívar, M. A., Durán Rojo, L., y Mejía Acosta, M., *Seminario I. Contabilización del derecho tributario. XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (pp. 183-285). Universidad Continental.

Favier Dubois, E. M., Sr., y Favier Dubois, E. M., Jr. (2010). El derecho contable como nueva ciencia interdisciplinaria y autónoma. En Congreso Argentino de Derecho Societario (ed.), *XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (t. III, pp. 11-18). Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Gaceta Jurídica (2019). *Plan contable general empresarial. Texto oficial*.

Gurrea Martínez, A. (2012). *Contabilidad para juristas*. Tirant lo Blanch.

Harari, Y. N. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. Debate.

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.ª ed.). McGraw-Hill Education.

Instituto Autónomo de Derecho Contable (2024). *XVII Jornada Nacional de Derecho Contable: Libro de Ponencias 2024*.

Justicia TV - Audiencias (2025, 15 de abril). *Adelanto de fallo contra expresidente de la República, Ollanta Humala y otros* [Video]. YouTube. https://youtu.be/insAOlvJFr4

López Ramírez, O. (1998). El paradigma de la complejidad en Edgar Morin. *Revista del Departamento de Ciencias*, (7), 98-114.

Ministerio de Economía y Finanzas (s. f.). *El Sistema Nacional de Contabilidad*. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100327&lang=es-ES&view=article&id=1349

Ministerio de Economía y Finanzas (2019). *Plan contable general empresarial. Modificado 2019*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/pcge/PCGE_2019.pdf

Miñano Donayre, A. L. (2024). *Los estados financieros como prueba directa, una nueva dimensión en el derecho procesal peruano* [Tesis de doctorado, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio USMP. https://hdl.handle.net/20.500.12727/14607

Miñano Donayre, A. L. (2025). Sistema jurídico peruano y derecho sistémico brasileño: propuesta alternativa para solución de conflictos. *Vox Juris*, *43*(2), 153-160.

Morin, E. (2004). La epistemología de la complejidad. *Gazeta de Antropología*, (20). http://www.ugr.es/~pwlac/G20_02Edgar_Morin.html

Navarro Faure, A. (2007). *El derecho tributario ante el nuevo derecho contable*. La Ley; Wolters Kluwer España.

Polar Falcón, E., y Díaz Inchicaqui, M. N. (2004). Contabilidad del conocimiento: una necesidad imperiosa en la contabilidad en el Perú. *Quipukamayoc*, *11*(22), 59-78.

Ruso Armada, F., y Porto Serantes, N. (2015). La contabilidad y su vínculo con los nuevos elementos que protagonizan la gestión en las organizaciones: los intangibles del conocimiento. *Revista Visión Contable*, (13), 158-175.

Staff revista Actualidad Empresarial (2013). *La contabilidad intelectual en la era del conocimiento*. Instituto Pacífico.

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Torres Abril, J. M. A. (2021). *Relación entre el peritaje contable y la admisibilidad de la prueba pericial en la Corte Superior del Distrito Judicial de Arequipa, 2019* [Tesis de maestría, Universidad Católica

de Santa María]. Repositorio Institucional. https://repositorio.ucsm.edu.pe/items/393fa8b5-bc5e-4801-9790-97c2a1a5ca28

Torres Méndez, M. (1994). Historia del Código de Comercio peruano. *Derecho PUCP*, (48), 133-148. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6717/6832

Zavala, V. (2009). «¿Quién está diciendo eso?». Literacidad académica, identidad y poder en la educación superior. En J. Kalman y B. V. Street (coords.), *Lectura, escritura y matemáticas como prácticas sociales. Diálogos con América Latina* (pp. 348-363). Siglo XXI Editores.

Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. PublicAffairs.

Fuentes normativas y jurispudenciales

Acuerdo Plenario n.º 4-2015/CIJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (2 de octubre de 2015).

Código de Comercio. Congreso de la República (1902).

Congreso Constituyente Democrático (2016). *Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993*. Fondo Editorial del Congreso de la República.

Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal (1991).

Decreto Legislativo n.º 768. Código Procesal Civil. *Diario Oficial El Peruano* (4 de marzo de 1992).

Decreto Legislativo n.º 774. Ley del Impuesto a la Renta (1993).

Decreto Legislativo n.º 1106. Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado. *Diario Oficial El Peruano* (19 de abril de 2012).

Decreto Legislativo n.º 1438. Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Contabilidad. *Diario Oficial El Peruano* (16 de septiembre de 2018).

Decreto Supremo n.º 017-93-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1993).

Decreto Supremo n.º 122-94-EF. Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (1994).

Decreto Supremo n.º 179-2004-EF. Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (8 de diciembre de 2004).

Expediente n.º 100-2010-0. Sala Penal Nacional, Colegiado D (2018).

Ley n.º 26887. Ley General de Sociedades. *Diario Oficial El Peruano* (9 de diciembre de 1997).

Ley n.º 27809. Ley General del Sistema Concursal. *Diario Oficial El Peruano* (8 de agosto de 2002).

Ley n.º 28708. Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad. *Diario Oficial El Peruano* (12 de abril de 2006).

Ley n.º 29720. Ley que Promueve las Emisiones de Valores Mobiliarios y Fortalece el Mercado de Capitales. *Diario Oficial El Peruano* (25 de junio de 2011).

Ley n.º 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (15 de mayo de 2018).

Resolución n.º 045-2010-EF/94. Consejo Normativo de Contabilidad (2010).

Resolución n.º 055-2014-EF/30. Consejo Normativo de Contabilidad (2014).

Resolución n.º 001-2022-EF/30. Consejo Normativo de Contabilidad (2022).

Resolución n.º 002-2022-EF/30. Consejo Normativo de Contabilidad (2022).

Resolución n.º 003-2022-EF/30. Consejo Normativo de Contabilidad (2022).

Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1993).

Resolución de Superintendencia n.º 234-2006. Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (2006).

Resolución de Superintendencia n.º 128-2021/Sunat. Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (2021).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Alicia Liceth Miñano Donayre: sistematización y análisis de datos, interpretación, redacción y revisión del trabajo.

Saturnino Fidel Felipe Monroy: sistematización y análisis de datos, interpretación, redacción y revisión del trabajo.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
Los autores declaran que utilizaron Claude (Anthropic), Grammarly y Google Translate únicamente como apoyo auxiliar en la corrección ortográfica, gramatical, de estilo y traducción del resumen, sin intervención ni modificación del contenido sustantivo del manuscrito.

Agradecimientos
A la Universidad de San Martín de Porres y a la Universidad ESAN, por haber sido las instituciones formadoras que hicieron posible vislumbrar la riqueza de la interdisciplinariedad entre el derecho y la contabilidad.

Biografía de los autores
Alicia Liceth Miñano Donayre es doctora en Derecho y abogada por la Universidad de San Martín de Porres, así como magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Se desempeña como investigadora científica con enfoque multidisciplinario, es miembro del Centro de Estudios en Derecho Empresarial y Gobernanza de Internet de la Universidad de San Martín de Porres, y miembro activo de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras (RI/INS) nodo socio-jurídico. Además, cuenta con certificación como coach ontológica por la Escuela Internacional Newfield Network. En los primeros años de su trayectoria profesional, ejerció funciones como oficial de la Policía Nacional del Perú, especializada en investigación criminal. Actualmente, se desempeña como directora ejecutiva del estudio jurídico Legal and Financial Management SAC y cuenta con más de diez años de experiencia como docente universitaria, dictando cursos de Interpretación de Estados Financieros y Finanzas Públicas.

Saturnino Fidel Felipe Monroy es magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, abogado colegiado, con dedicación al ejercicio profesional en el ámbito penal y procesal penal. Es también bachiller en Contabilidad por la Universidad Tecnológica del Perú, con especialización en el área tributaria y sólida formación en la elaboración de pericias contables relacionadas con desbalance patrimonial, incremento patrimonial no justificado, y perjuicio patrimonial contra el Estado, así como contra personas naturales o jurídicas. Actualmente, se desempeña como coronel en actividad de la Policía Nacional del Perú, con especialización en investigación criminal, y ha liderado investigaciones complejas en delitos de lavado de activos, contra la Administración pública y procesos de extinción de dominio.

Correspondencia
lminano@glf.com.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 419-444
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1254

Ética y factores que afectan las decisiones judiciales

Ethics and Factors Affecting Judicial Decisions

Ética e fatores que afetam as decisões judiciais

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: sbustamante@pucp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-2921-8591

EDWIN WILSON VILLANUEVA ALTAMIRANO
Poder Judicial del Perú
(Junín, Perú)
Contacto: evillanuevaa@pj.gob.pe
https://orcid.org/0009-0009-6761-2726

Artículo 2. El juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad, los cuales deben manifestarse en la transparencia de sus funciones públicas y privadas. La práctica transparente de estos valores contribuirá a la conservación y fortalecimiento de un Poder Judicial autónomo e independiente y se constituirá en garantía del Estado de derecho y de la justicia en nuestra sociedad.

CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL

Se puede ser bueno por naturaleza, por hábito y por educación. Pero los buenos por naturaleza se lo deben a los dioses, no a sí mismos.

ARISTÓTELES (2014, p. 13)

Las hormonas del hambre influyen en el área cerebral de toma de decisiones para impulsar el comportamiento.
Wee et al. (2024)

RESUMEN

La ética es el estudio sobre los medios que tiene el ser humano para lograr alcanzar el bien. En su aplicación de la administración de justicia, se espera que cada magistrado se desempeñe con ética al momento de tomar las decisiones judiciales porque impactan directamente sobre los bienes jurídicos de las partes del proceso, de ahí la necesidad de que el juez actúe objetivamente y libre de cualquier sesgo. No obstante, la toma de decisiones está expuesta a factores que vulneran su objetividad y que no siempre son identificados a tiempo, por ello se requiere llevar a cabo una labor preventiva desde la política jurisdiccional para salvaguardar la neutralidad. En ese sentido, el presente artículo de investigación de tipo mixto describe la opinión de un grupo de jueces respecto a la objetividad de las decisiones judiciales, así como el resultado de la revisión de los factores que potencialmente podrían afectarlas, basados en estudios de investigación científica. Los resultados evidencian que los factores extralegales que afectan las decisiones judiciales son de tres tipos: biológicos, emocionales y sesgos cognitivos. Del estudio cuantitativo se apreció que el 100 % de los participantes consideraron que sus sentencias son completamente objetivas y que no han recibido ninguna capacitación sobre los factores extralegales que afectan las decisiones judiciales; sin embargo, el 18 % reconoce que las fuentes principales de error son los problemas familiares, el cumplimiento de metas, los prejuicios personales y la presión mediática.

Palabras clave: jueces; neuroderecho; política jurisdiccional; psicología jurídica; toma de decisiones.

ABSTRACT

Ethics is the study of the means that every human being has to achieve the common good. In its application to the administration of justice, it is

expected that each judge performs his or her role objectively and make decisions based on the impartial application of laws, without prejudice to the parties involved. Hence the need for judges to be objective and free from any bias. Nevertheless, decision-making is exposed to factors that undermine its objectivity and are not always identified in time; therefore, a preventive effort must be undertaken from the field of legal ethics to safeguard neutrality. In this regard, the present research article aims to describe the opinion of a group of judges regarding the objectivity of judicial decisions, as well as the results of a review of the factors that potentially affect them, based on scientific research studies. The findings show that extralegal factors affecting judicial decisions are of three types: biological, emotional, and cognitive biases. The quantitative study revealed that 100% of the participants considered that sufficient knowledge had not been provided regarding the extralegal factors that affect judicial decisions; however, 81% recognized that such factors influence judicial error, including family problems, failure to meet goals, personal prejudices, and judicial pressure.

Keywords: judges; neuroethics; judicial politics; legal psychology; decision-making.

RESUMO

Ética é o estudo dos meios que os seres humanos têm para alcançar o bem. Na aplicação dos princípios da administração da justiça, espera-se que cada magistrado aja de forma ética ao tomar decisões judiciais, pois estas impactam diretamente os direitos legais das partes envolvidas no processo; daí a necessidade de o juiz agir com objetividade e imparcialidade. Contudo, a tomada de decisões está exposta a fatores que comprometem a sua objetividade e que nem sempre são identificados a tempo; portanto, é necessário um trabalho preventivo por parte da política jurisdicional para salvaguardar a neutralidade. Nesse sentido, este artigo de pesquisa com métodos mistos descreve a opinião de um grupo de juízes a respeito da objetividade das decisões judiciais, bem como o resultado da análise dos fatores que poderiam potencialmente afetá-las, com base em estudos de pesquisa científica. Os resultados

evidenciam que os fatores extralegais que afetam as decisões judiciais são de três tipos: biológicos, emocionais e vieses cognitivos. Do estudo quantitativo, constatou-se que 100% dos participantes consideraram que suas sentenças são completamente objetivas e que não receberam nenhuma capacitação sobre os fatores extralegais que afetam as decisões judiciais; no entanto, 18% reconhecem que as principais fontes de erro são os problemas familiares, o cumprimento de metas, os preconceitos pessoais e a pressão midiática.

Palavras-chave: juízes; neurodireito; política jurisdicional; psicologia jurídica; tomada de decisões.

Recibido: 28/5/2025 **Revisado:** 28/10/2025
Aceptado: 16/2/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

Desde la filosofía aristotélica, la ética es el conjunto de saberes que muestra el camino que debe seguir una persona con el objetivo de alcanzar el mayor bien, el cual se denomina «eudaimonía» (Dudley, 2018, p. 7). El mayor bien hace alusión a una vida virtuosa como producto de seguir el camino recto, donde se contempla la práctica de virtudes, como adoptar una actitud prudente, la moderación, la sabiduría, entre otros (Garcés y Giraldo, 2014, pp. 71-72).

Según Aristóteles, la «eudaimonía» o carácter eudaimon puede apreciarse como un carácter virtuoso y que está supeditado a factores como la fortuna, la posesión de bienes y a un comportamiento justo que permita alcanzar el mayor bien (Piazza y Lagos, 2016, pp. 95-96). En ese sentido, el comportamiento ético exige el cumplimiento de algunos supuestos, como actuar basándose en la justicia y la responsabilidad, respeto por la dignidad de la persona humana, etc. Comportamiento que puede desarrollarse mediante experiencias de aprendizajes y que no es una condición estática a lo largo del ciclo vital (Cedeño, 2020, p. 3).

Si bien es cierto, son pocas las instituciones y las etapas de la vida en las que se puede efectuar un control sobre el aprendizaje y la instauración del comportamiento ético; los lugares privilegiados para ello son el hogar y las instituciones educativas. No obstante, a medida que las personas se hacen adultas, su comportamiento es evaluado por el medio externo y cuando cometen alguna acción que atenta contra las normas, tienen lugar diversos mecanismos que buscan corregir su conducta, por ejemplo, los mecanismos legales advertidos dentro del sistema de justicia.

En ese sentido, dentro de los diversos cargos públicos en una sociedad, el del juez es el único sobre el que recae la potestad de administrar justicia, lo cual se aprecia a través de la autoridad que tiene para juzgar y sentenciar a las partes procesadas acorde a la ley. Asimismo, se espera que todo juez emita sentencias bajo criterios rigurosos de independencia, sin parcializarse y circunscribiéndose a la Constitución Política, así como al cuerpo legislativo de su nación (Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, 2020, p. 1), sin dejar de lado la presencia de un comportamiento íntegro, situación que puede apreciarse en las tendencias actuales que enfatizan la relevancia del rol de los componentes de la moralidad y la ética en las decisiones jurisdiccionales (Vicente y Guerrero, 2021, p. 345).

Las funciones adjudicadas a los magistrados han pasado por un proceso de evolución histórica, puesto que en el modelo clásico establecido por John Locke y Charles Louis de Secondat, conocido como barón de Montesquieu, el juez representaba a «la boca de la ley», de tal forma que sus decisiones judiciales debían remitirse exclusivamente al contenido expreso de las leyes, la transgresión de este mandato le generaba consecuencias punibles altamente severas (Morales, 2010, p. 13).

Esta forma de administrar justicia no representa un proceso de toma de decisiones altamente sofisticado, sino un camino menos complejo donde el hecho jurídico se subsume en la norma que corresponde. No obstante, tanto en la subsunción como en la ponderación, el juez se encuentra frente a un conjunto de premisas que serán la materia prima para inferir y lograr establecer una respuesta al caso propuesto (Alexy, 2009, p. 48).

Tanto si el magistrado emite una decisión judicial acorde a la subsunción o la ponderación, deberá llevar a cabo sus funciones ajustándose al sentido ético, es decir, de manera independiente, manteniendo una postura tanto prudente como diligente (Ordóñez, 2022, p. 13) y sin permitir que la presencia de factores externos como la estructura jerárquica del Poder Judicial, las relaciones políticas, la situación económica, las relaciones interpersonales o de cualquier otra índole puedan interferir con su tarea de administrar justicia (Código de Ética del Poder Judicial, p. 4).

Ahora bien, los pasos que se siguen a fin de obtener una sentencia se encuadran dentro de un proceso de toma de decisiones cuyo desarrollo implica una etapa de deliberación previa, no automática, que exige conocimiento, experiencia, así como la atención voluntaria y sostenida por parte del magistrado. Este proceso se divide en seis etapas, que inician por la delimitación de un problema específico, el análisis y el planteamiento de alternativas, la elección de la alternativa adecuada, la proyección del plan de acción para ejecutar la alternativa y finalmente llevar a cabo el plan (Rodríguez y Márquez, 2015, pp. 02-07).

La puesta en práctica de estas etapas para tomar una decisión cotidiana puede parecer, a simple vista, un proceso sencillo y sin mayor implicancia, que permite errores y su subsanación en función del aprendizaje obtenido gracias a los desaciertos. Sin embargo, cuando se trata de la toma de decisiones judiciales, el proceso implica un alto nivel de responsabilidad social, por los bienes jurídicos de todas las partes del proceso.

Desde el campo de la psicología cognitiva, el proceso de toma de decisiones, incluyendo las judiciales, tiene una dinámica lineal cuyas etapas están expuestas a la afectación de diversos factores y que no siempre son detectados de forma consciente, que se explican por falta de reflexión del decisor, limitada inversión de tiempo en el proceso de deliberación, entre otros (Abarca et al., 2022, p. 2). Asimismo, la toma de decisiones como un conjunto de pasos organizados no solo incluye los procesos psicológicos cognitivos como el pensamiento, la memoria, la atención, etc., también son relevantes los procesos afectivos y motivacionales (Pearson et al., 2014, p. 950).

Uno de los campos de estudio con avances considerables sobre los factores que inciden en el proceso de toma de decisiones proviene de las neurociencias, cuyos aportes buscan identificar y minimizar los factores que influyen negativamente al momento de tomar decisiones en el ámbito judicial, como son los prejuicios, entendidos como el juicio de valor que se efectúa anticipadamente, que carece de evidencia y que por lo general se concentra en los aspectos negativos (Ibáñez et al., 2004, p. 120).

De acuerdo con el Código de Ética del Poder Judicial, se espera que el juez tome decisiones de forma independiente, imparcial, honesta y con integridad (p. 3), toda vez que esta forma de tomar decisiones se constituirá en la mayor fortaleza institucional. Sin embargo, algunos factores involucrados en el proceso se encuentran en el fuero interno de cada magistrado, como los atajos cognitivos conocidos, como la heurística, la gestión emocional deficiente, los sesgos cognitivos, los prejuicios (Cantone et al., 2024, p. 49), y su presencia genera un riesgo potencial en contra de la imparcialidad judicial.

Por lo tanto, es indispensable identificar los riesgos potenciales que pueden poner en peligro la toma de decisiones judiciales a fin de prevenir futuros errores. Riesgos como el proceso mental de la simplificación, la heurística o los sesgos cognitivos (Muñoz, 2011, p. 3); donde el decisor tiende a cometer un mayor número de errores cuando toma las decisiones, por buscar un atajo y que contraviene las funciones del pensamiento más abstracto, como el análisis, la abstracción, la deducción, la inducción, la reflexión, el razonamiento y la crítica.

En ese sentido, es trascendental identificar los factores que ponen en riesgo la toma de decisiones judiciales y coadyuvar en el fortalecimiento de la práctica ética, de acuerdo con el conocimiento basado en la evidencia. Ello permitirá, más adelante, construir un plan desde la política jurisdiccional, para prevenir la aparición y la mitigación de estos efectos. Entonces, con el fin de establecer dichos factores, la presente investigación tuvo dos objetivos, el primero, identificar los factores que afectan la toma de decisiones en general, incluyendo las decisiones judiciales, a partir de la revisión de un conjunto de investigaciones científicas efectuadas especialmente en las últimas dos décadas. El segundo objetivo

fue conocer la percepción de un grupo de magistrados del Poder Judicial sobre los factores que ponen en peligro la toma de decisiones judiciales.

2. MÉTODO

Se trata de un estudio de tipo mixto. Para cumplir con el primer objetivo, se efectuó un estudio documental de tipo cualitativo a fin de revisar la literatura científica sobre los factores relacionados con la toma de decisiones; y a fin de lograr el segundo objetivo, se efectuó un estudio de tipo cuantitativo, de diseño descriptivo simple, sobre la percepción de los magistrados con respecto a los factores involucrados en la toma de decisiones judiciales.

2.1. Primer estudio

Se trató de un estudio documental, que es una técnica propia de la investigación de tipo cualitativo, donde los datos recopilados no son de naturaleza numérica, sino que nacen de la revisión del contenido de fuentes escritas como libros, artículos, registros o similares; y a partir de la revisión es posible organizar conocimientos nuevos (Arias-Odón, 2023, p. 11).

Los buscadores que se han empleado fueron Google Académico, así como las bases de datos de revistas nacionales e internacionales. La selección de las tres fuentes de información estuvo a cargo de los investigadores, de acuerdo con la bibliografía revisada y bajo el criterio de disponibilidad y relevancia académica.

En un primer momento, las búsquedas se han efectuado de forma separada por cada uno de los investigadores y luego ambos han presentado sus propuestas y debatido de forma conjunta la trascendencia de estas. Las investigaciones cuentan con un intervalo de antigüedad de dos décadas aproximadamente, a razón de que los estudios sobre los factores que afectan la toma de decisiones en general y las decisiones judiciales han presentado una tendencia positiva durante los últimos años.

Las palabras clave empleadas en la búsqueda de información fueron: ética, neuroderecho, política jurisdiccional, toma de decisiones y toma de decisiones judiciales.

2.2. Segundo estudio

Esta segunda parte se trata de un estudio descriptivo simple, de alcance transversal (Guevara et al., 2020, p. 166) y fue desarrollado con el objetivo de identificar la opinión de un grupo de magistrados con respecto a la objetividad en la toma de decisiones judiciales. Se invitó a participar en la investigación a un total de treinta y cinco magistrados, quienes fueron seleccionados de forma no probabilística, mediante un muestreo por conveniencia. De los treinta y cinco jueces invitados, solo veintidós brindaron su consentimiento, los cuales constituyeron la muestra en su totalidad.

3. RESULTADOS

3.1. Primer estudio

La información relevante sobre el balance de las investigaciones revisadas se aprecia en la tabla 1:

Tabla 1

Investigaciones sobre factores que afectan la toma de decisiones judiciales

Autor(es)	Año	Título	Factores relacionados con la toma de decisiones judiciales y procesos cognitivos implicados
Mandel, G.	2006	Patentes no obvias: demostración empírica de que el sesgo retrospectivo hace que las decisiones sobre patentes sean irracionales	Este estudio demuestra que el sesgo retrospectivo (percibir un acontecimiento incierto como de fácil previsión) distorsiona las decisiones en los juicios y a pesar de que alguna de las partes introduzca algún tipo de prueba, esta no siempre es valorada y no mitiga los efectos de este tipo de sesgo.

Gailliot, M., y Baumeister, R.	2007	La fisiología de la fuerza de voluntad: la relación entre la glucosa en sangre y el autocontrol	El autocontrol es una función mental que forma parte de la voluntad; sin embargo, no proviene de una fuente infinita. Los resultados del estudio han demostrado que los ejercicios de autocontrol hacen que una persona invierta grandes cantidades de glucosa. Por tal razón, después de un proceso de agotamiento, el incremento de glucosa impactará positivamente en el proceso de autocontrol. Asimismo, explica que cuando una persona ha ingerido alcohol, el efecto de descontrol que se experimenta es explicado porque la ingesta de alcohol reduce las cantidades de glucosa tanto en el cerebro como en el cuerpo en general.
Tyler, J., y Burns, K.	2008	La reposición de los recursos de la autorregulación	El restablecimiento de recursos mentales que han sido agotados por ejercicios de autocontrol, mediante un período de descanso o un espacio de relajación, tiene un impacto positivo en la resolución de tareas efectuadas por la persona, entre estas actividades cognitivas se encuentra la toma de decisiones.
Danziger, S. Levavb, J., y Avnaim-Pesso, L.	2011	Factores extraños en las decisiones judiciales	Encontraron en su estudio que, en los mismos casos, las decisiones judiciales tomadas por un grupo de jueces judío-israelíes fueron cambiando dependiendo del momento del día en el que los casos eran conocidos. De tal forma que hubo una mejor aplicación del derecho en horas de la mañana y después de contar con una pausa, bajo el entendido de que, a primera hora y después de la pausa, el magistrado habría ingerido alimentos. Asimismo, la investigación demostró que mientras más fatigado se encuentra un magistrado, tiene una mayor tendencia de brindar respuestas negativas ante las solicitudes de las partes participantes en el proceso judicial.
Muñoz, A.	2011	La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación	Existe un alto número de sesgos cognitivos que intervienen durante la toma de decisiones, tanto en los jueces como en el jurado. Por tal razón resulta altamente relevante que los magistrados conozcan la forma de identificarlos y puedan prever en el futuro su ocurrencia.

Wistrich, A., Rachlinski, J., y Guthrie, C.	2015	Corazón versus razón: ¿siguen los jueces las leyes o siguen sus sentimientos?	El estudio muestra que las emociones pueden influir en las decisiones judiciales. Una muestra de ello es que los decisores judiciales pueden parcializar sus opiniones basándose en la simpatía o la antipatía (basada en la emoción) que sienten por alguna de las partes procesales.
De la Rosa, P., y Sandoval, V.	2016	Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio	El procedimiento penal acusatorio en México permite que el magistrado cuente con libertad y autonomía; y en ese sentido puede contar con información de fuentes como la norma y, a su vez, su propio criterio. Así también la valoración probatoria la efectúa bajo la sana crítica; no obstante, existen factores como los sesgos cognitivos de diversos tipos, como el retrospectivo, de representatividad, de confirmación, de grupo, disponibilidad, anclaje y ajuste; sin perder de vista que estos sesgos tienen lugar de forma automática, es decir, no son producto de un proceso de reflexión.
Droppelman, C., Carvacho, P., Mateo, M., y Valenzuela, M.	2017	Estudio sobre los factores que influyen en las decisiones judiciales de la justicia juvenil en Chile	El estudio muestra que existen factores como el género y el conocimiento de las variables sociofamiliares de los adolescentes en conflicto con la ley penal que intervienen en las decisiones judiciales y el tipo de medida dictada por el magistrado.
Zamir, E., y Teichman, D.	2018	Toma de decisiones judiciales	Existe un amplio número de investigaciones conductuales con respecto al proceso y los elementos que intervienen en la toma de decisiones judiciales; así también, estas decisiones se encuentran expuestas a sesgos cognitivos experimentados por los magistrados. La mayoría de los sesgos son de tipo retrospectivo, de omisión, anclaje y de compromiso; los cuales generan errores en las decisiones judiciales, y en algunos casos llevan a que el juez omita o confunda las pruebas.

Borges, B.	2020	El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal	Una fuente de error en la toma de decisiones judiciales es la aplicación de la inteligencia artificial, sin entender cómo funciona el algoritmo, de tal forma que se pueden obtener sentencias que no se encuentran acorde al cuerpo legislativo, es decir, falsos positivos o falsos negativos.

Fuente: Elaboración propia en función de Danziger et al. (2011, pp. 6890-6891), Tyler y Burns (2008, p. 305), Gailliot y Baumeister (2007), Borges (2020, p. 54), De la Rosa y Sandoval (2016, pp. 158-161), Muñoz (2011, p. 39), Mandel (2006, p. 1391), Zamir y Teichman (2018, p. 525), Wistrich et al. (2015, p. 855), Droppelman et al. (2017, pp. 129-130).

3.2. Segundo estudio

Los resultados del segundo estudio son producto de la sistematización de las respuestas al cuestionario aplicado a veintidós magistrados que brindaron su consentimiento. De acuerdo con los criterios éticos de la investigación, en todo momento se evitó hacer referencia a los datos personales de los participantes. Asimismo, las respuestas que brindaron presentan la siguiente distribución, en la tabla 2 se aprecia la información sociodemográfica de los participantes, como se muestra a continuación:

Tabla 2

Distribución de los participantes de acuerdo con los factores sociodemográficos

Por sexo	
Femenino	10
Masculino	12
Por la región donde se encuentra su jurisdicción	
Costa	9
Selva	6
Sierra	7
Por su condición de magistrado	
Titular	18
Supernumerario	4
Por la especialidad	
Penal	12
Civil y familia	4
Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar	6

Tiempo que lleva laborando como magistrado del Poder Judicial, en años:	
0 a 2 años	1
2 a 4 años	5
4 a 6 años	4
6 a más años	12

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los cuestionarios aplicados a la muestra de la presente investigación.

Después de la recogida de información sociodemográfica, se aplicó un cuestionario con fines netamente de investigación, el cual fue elaborado y revisado previamente y cuyas respuestas se aprecian en la tabla 3:

Tabla 3

Distribución de los participantes de acuerdo con las respuestas emitidas en los cuestionarios aplicados

Porcentaje de objetividad que percibe en sus sentencias	
80 a 100 %	22
60 a 80 %	0
40 a 60 %	0
20 a 40 %	0
0 a 20 %	0
En su opinión, ¿cuál de estos factores podría interferir en la objetividad de la decisión judicial?	
a) Necesidades fisiológicas (hambre) del magistrado	0
b) Necesidades fisiológicas (sueño) del magistrado	0
c) Problemas familiares del magistrado	5
d) Cumplimiento de metas establecidas por el Poder Judicial	2
e) Prejuicios que tiene el magistrado	4
f) Presión de los medios de comunicación	1
g) Cansancio físico del magistrado	2
En el tiempo que lleva trabajando como magistrado del Poder Judicial, ¿ha tomado conocimiento del fortalecimiento de capacidades en alguna de estas temáticas?	
a) Necesidades fisiológicas (hambre) del magistrado y las decisiones judiciales	0
b) Necesidades fisiológicas (sueño) del magistrado y las decisiones judiciales	0

c) Problemas familiares del magistrado y las decisiones judiciales	0
d) Cumplimiento de metas establecidas por el Poder Judicial y las decisiones judiciales	0
e) Prejuicios que tiene el magistrado y las decisiones judiciales	0
f) Presión de los medios de comunicación y las decisiones judiciales	0
g) Cansancio físico del magistrado y las decisiones judiciales	0
En el tiempo que lleva trabajando como magistrado del Poder Judicial, ¿ha tomado alguna capacitación por cuenta personal en alguna de las siguientes temáticas?	
a) Necesidades fisiológicas (hambre) del magistrado y las decisiones judiciales	0
b) Necesidades fisiológicas (sueño) del magistrado y las decisiones judiciales	0
c) Problemas familiares del magistrado y las decisiones judiciales	0
d) Cumplimiento de metas establecidas por el Poder Judicial y las decisiones judiciales	0
e) Prejuicios que tiene el magistrado y las decisiones judiciales	0
f) Presión de los medios de comunicación y las decisiones judiciales	0
g) Cansancio físico del magistrado y las decisiones judiciales	0

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los cuestionarios aplicados a la muestra de la presente investigación.

4. DISCUSIÓN: ÉTICA Y FACTORES QUE AFECTAN LAS DECISIONES JUDICIALES

4.1. De los resultados del primer estudio

Puede apreciarse que existe evidencia científica que tiene menos de veinte años de antigüedad y que muestra la influencia de factores extralegales que interfieren en las decisiones judiciales, los cuales se encuentran dentro de la categoría de la esfera biológica del magistrado, en este caso, las necesidades fisiológicas como el hambre, el agotamiento y recíprocamente la falta de descanso. En esa misma línea, se evidenció que también los factores que se encuentran dentro del área cognitiva del magistrado influyen sobre las decisiones judiciales y se muestran como atajos mentales o sesgos cognitivos, que no siempre son identificados oportunamente por los jueces; incluso la influencia que tiene el sesgo para el magistrado

muchas veces es ajena a su capacidad de reflexión consciente (Sancho, 2024, p. 20) y también lo es para los gestores de la política jurisdiccional.

Por otro lado, también se evidencia que la mayoría de estas investigaciones proviene de países extranjeros y que existe escasa bibliografía científica que desarrolle esta temática en territorio peruano. Ello debería ser una alerta para los investigadores, así como para las instituciones públicas que tienen la responsabilidad de resguardar la objetividad en las decisiones judiciales, que deberían ser los interesados en efectuar este tipo de estudios con poblaciones y muestras del territorio peruano, a fin de que a partir de estos resultados se identifiquen los factores extralegales relacionados con la toma de decisiones judiciales y, más adelante, la construcción de propuestas basadas en evidencia.

De esta información, surge la necesidad de desarrollar mayores investigaciones que se circunscriban a la revisión de la literatura científica, para así organizar la información basada en evidencia y se puedan establecer los factores vinculados con la pérdida de objetividad en las decisiones judiciales, tarea que ha tratado de ser cumplida mediante la presente investigación. Empero, esta identificación primigenia de investigaciones que presentan resultados bajo esta temática puede ser sometida a revisión y ser perfectible.

4.2. De los resultados del segundo estudio

Con respecto al estudio efectuado bajo la metodología cuantitativa, se sabe que como parte de las limitaciones se tiene que las respuestas brindadas por los veintidós magistrados del Poder Judicial no pueden generalizarse, como si representaran al total de jueces titulares y supernumerarios que laboran a lo largo de toda la nación peruana; toda vez que no es una muestra probabilística. No obstante, de los resultados obtenidos para esta muestra, llama la atención que, en su totalidad, consideran que sus sentencias son objetivas al 100 % y se autoperciben inmunes a cualquier factor extralegal que podría inducirlos a error durante el proceso de toma de decisiones.

Asimismo, sobre la lista de potenciales factores que podrían disminuir la objetividad en las sentencias judiciales de su autoría, puede

apreciarse que menos del 18 % de los jueces considera la posibilidad de que los factores como el cumplimiento de metas establecidas por la institución, los prejuicios personales, la presión ejercida por los medios de comunicación y el cansancio físico son fuentes potenciales que afectan la objetividad del juez.

Así también puede apreciarse que ninguno de los participantes ha tomado conocimiento sobre cursos que coadyuven a la prevención de factores que interfieren con la objetividad en las decisiones judiciales. De ahí la necesidad de planificar y llevar a cabo el fortalecimiento de capacidades pertinente, desde instituciones como el Colegio de Abogados del Perú, el Poder Judicial, la Academia de la Magistratura, así como de las distintas casas superiores de estudio.

4.3. Propuestas generadas a partir de los resultados

La tarea del fortalecimiento de la ética judicial a partir de la identificación de los factores que la afectan no está terminada con estas aproximaciones, sino que resulta relevante realizar planes y proyectos desde la gestión de la política jurisdiccional, con el objetivo de prevenir los sesgos y las problemáticas en la toma de decisiones, a fin de brindar herramientas a los jueces para que salvaguarden la objetividad en sus decisiones.

Ahora bien, sobre los factores de orden biológico que podrían interferir en las decisiones, resultará pertinente que, desde la política jurisdiccional en coordinación con el área de Seguridad y Salud en el Trabajo, se establezcan buenas prácticas que recomienden a los magistrados llevar un orden en la ingesta de sus alimentos, garantizando que, al momento de realizar sus audiencias, no se sientan incómodos por la presencia de alguna molestia en el sistema digestivo.

En la misma medida, es fundamental que se efectúe la promoción pertinente sobre la higiene del sueño, las evidencias halladas en los estudios revisados muestran que un cerebro menos fatigado está propenso a tomar buenas decisiones. Igualmente, un tema de especial interés resulta la etapa de vida en la que se encuentran la mayoría de magistrados en el Perú, cuyas edades los ubican mayoritariamente en la adultez intermedia,

es decir, entre los treinta y cinco y los sesenta años de edad, y de acuerdo con la psicología del desarrollo (Cornachione, 2006), puede apreciarse que durante estas etapas se encuentran eventos vitales de especial relevancia, por citar algunos:

- Separaciones o divorcios conyugales.
- Separación de los hijos adultos jóvenes del hogar.
- Cuidado de los padres (adultos mayores).
- Enfermedad o muerte de los padres.
- Sensación de estancamiento por incumplimiento de metas personales.
- Enfermedades crónicas ocasionadas por una vida sedentaria.
- Conflictos con los hijos (adolescentes/adultos jóvenes) en situaciones como consumo de drogas, orientación vocacional, adicción a los videojuegos, elección de la pareja, problemas económicos, entre otros.

En ese sentido, una mala gestión de esta problemática ocasionaría que el magistrado disminuya su capacidad de concentración al momento de tomar sus decisiones judiciales, en tanto que un cerebro cansado es un cerebro más distraído y que bajo presión está expuesto a tomar una decisión con un mayor nivel de error.

Por ejemplificar una situación frecuente en la realidad, extrapolemos que esta circunstancia sea vivenciada por un magistrado que es director de debate en un caso llevado por un Juzgado Colegiado, donde existen cinco acusados, cada uno con su abogado defensor; el abogado constituido en actor civil; la fiscalía y los dos magistrados integrantes del Juzgado Colegiado. Aproximadamente, a lo largo del juicio oral, el director de debate estará expuesto a un total de diez puntos de vista diferentes. En el mismo escenario, y si seguimos recreando el contexto, contamos con la presencia de cinco testigos y cinco peritos, más los cinco acusados y la parte agraviada; como resultado tenemos a un magistrado que debe asegurarse de mantener todos sus procesos psicológicos orientados a atender toda la información posible, es decir, que su voluntad deberá mantener su autocontrol y no podrá dejar de prestar atención a ninguno de los detalles. La falta de concentración podría

llevarlo a tomar una decisión judicial errónea y, por ende, hacia un camino no ético de la práctica judicial.

Si seguimos describiendo el escenario y las condiciones de este juez, podríamos prever qué pasaría si el magistrado estuviera experimentando alguno de los sucesos vitales estresantes descritos *ut supra*. Cabría preguntarnos si bajo esas condiciones, el juez se encontraría expedito en todos sus procesos cognitivos para tomar las mejores decisiones en comparación con un magistrado que se encuentra en un estado de ánimo estable sin ninguna situación que le genere estrés. La neurociencia muestra que un cerebro estresado altera sus funciones cognitivas, como la atención dirigida y sostenida, sumado a ello, la intervención de las emociones en el proceso de toma de decisiones (Duval et al., 2010, p. 307).

Entonces la experimentación de una situación estresante sin resolver genera una serie de cambios cognitivos, conductuales y afectivos en el magistrado, lo expone a condiciones poco favorables al momento de tomar decisiones y no garantiza el ejercicio de una práctica ética. Con respecto a la necesidad de azúcar del cerebro para funcionar correctamente y estar despierto (Confederación Española de Alzheimer [CEAFA], 2013), se aprecia la importancia de la ingesta de alimentos de forma ordenada diariamente, de tal modo que postergar el desayuno puede ser un factor de riesgo en el procesamiento de información, a la hora de tomar alguna decisión. Ahora bien, la energía que usa el cerebro y que sintetiza a partir de los alimentos que ingiere no es infinita ni estable a lo largo del día. De acuerdo con las investigaciones que describen la neurociencia del hambre y del proceso digestivo, apreciamos que durante el día el cerebro requiere la recarga de energía a través de los alimentos, mínimamente tres veces al día; un cerebro cansado tiene mayores probabilidades de equivocarse al momento de decidir (Olguín, 2024).

Con respecto al cumplimiento de metas, es cierto que los funcionarios públicos deben ser altamente eficientes y responsables con todas las actividades que se les han encargado como parte de su labor; no obstante, la supervisión y el monitoreo del cumplimiento de estas metas debe estar supeditado a que el magistrado cuente con todos los medios indispensables para cumplir su labor y comprendiendo la naturaleza de

las funciones. En el caso de que no se pueda prever los recursos indispensables, es posible proyectar una meta poco realista, que generará estrés en los magistrados al incrementar el nivel de cortisol en el cuerpo de una persona y que en cantidades muy altas podría ocasionar que la persona se paralice y no realice las labores que se esperan (Santos-Longhurst, 2025). Asimismo, es importante conocer el significado que le otorgan los magistrados al cumplimiento de metas, para que a partir del conocimiento de estas percepciones, se puedan generar medidas que coadyuven a su mejor desempeño y no lo perciban como parte de una competencia.

Sobre la presencia de sesgos y prejuicios, no hay que olvidar que todas las personas son proclives a experimentar sesgos, los cuales forman parte de la naturaleza humana (Kunkler y Roy, 2023, p. 7; Nordell, 2022, p. 57) y podrían obstruir el proceso de toma de decisiones de los magistrados, como es el caso de situaciones de desigualdad basadas en estereotipos de género identificados en el «Protocolo de administración de justicia con enfoque de género del Poder Judicial» (Poder Judicial, 2022, p. 8). Es importante efectuar el proceso de identificación de cada uno de ellos y establecer los que son empleados con más frecuencia, para tomar medidas educativas que puedan evitar su uso, así como la implementación de estrategias para su reducción. No obstante, como indica Bustamante (2024, p. 40), las posibles soluciones propuestas para disminuir y controlar los sesgos cognitivos deben ser evaluadas y perfeccionadas.

La reflexión sobre estos procesos y la proyección de actividades desde la política jurisdiccional, podrá orientar a la prevención de la ocurrencia de estos factores extralegales y finalmente, como se mencionaba al inicio del presente estudio, garantizar una práctica ética por parte del magistrado del Poder Judicial, en el entendido de que la ética busca que quienes la practiquen alcancen el mayor bien para ellos mismos, así como para la sociedad en general.

5. CONCLUSIONES

- La ética es el estudio sobre los medios que tiene el ser humano para lograr alcanzar el bien.

- Uno de los fines de la práctica ética dentro de la función jurisdiccional busca garantizar la objetividad de los magistrados al momento de emitir sus decisiones judiciales.
- Si las decisiones judiciales emitidas por un juez presentan bajos niveles de objetividad por diversas causas, se trata de una práctica poco ética, con graves repercusiones sobre la sociedad.
- De acuerdo con las investigaciones revisadas en el estudio cualitativo, se estableció que los factores extralegales que afectan las decisiones judiciales son de tres tipos: los factores biológicos, los procesos emocionales y los sesgos cognitivos. Asimismo, la procedencia de las investigaciones sobre esta línea temática proviene del extranjero y escasamente se aprecian estudios dentro del territorio peruano.
- Con respecto a los factores que pueden afectar las decisiones jurisdiccionales, tenemos una mayor cantidad de estudios que dan cuenta de la presencia y los alcances de los sesgos, a diferencia de investigaciones que abordan las condiciones biológicas como una fuente potencial de sesgos.
- Del estudio cuantitativo efectuado, se apreció que el 100 % de magistrados que participaron en la investigación consideraron que sus sentencias eran completamente objetivas; asimismo, indican en su totalidad que no han recibido ninguna capacitación sobre los factores extralegales que afectan las decisiones judiciales.
- Así también se aprecia que el 18 % de los magistrados que participaron en la investigación indican que las fuentes principales de error en la toma de decisiones judiciales son los problemas familiares del magistrado, el cumplimiento de metas establecidas por el Poder Judicial, los prejuicios que tiene el magistrado y la presión ejercida por los medios de comunicación.

6. RECOMENDACIONES

- Los códigos de ética que se proponen dentro del Poder Judicial deben acompañarse de un conjunto de buenas prácticas que coadyuven a que este proceso de cumplimiento sea sostenible para los magistrados, de tal forma que se podría iniciar por la identificación

de las potenciales fuentes de sesgo extralegal para construir un programa de educación y prevención.
- Los grupos de estudio que trabajan las variables de ética, función jurisdiccional y factores que afectan las decisiones judiciales podrían replicar versiones optimizadas de la presente investigación con muestras más amplias a nivel del territorio nacional.

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://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272022000200176

Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Foro Jurídico*, (09), 40-48. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18513

Arias-Odón, F. (2023). Investigación documental, investigación bibliométrica y revisiones sistemáticas. *Revista Electrónica de Humanidades, Educación y Comunicación Social*, *31*(22), 9-28. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9489470.pdf

Aristóteles (2014). *Ética* [Versión resumida y comentada por José Ramón Ayllón]. Ediciones Palabra.

Borges Blázquez, R. (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et Scientia*, *6*(2), 54-71. https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.05

Bustamante Requena, J. F. (2024). El control de los sesgos cognitivos en el contexto jurídico procesal: medidas preventivas y correctivas y deberes de responsabilidad epistémica. *Ius et Veritas*, (68), 27-40. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202401.002

Cantone, J. A., Fogel, J., y Hoopes, M. (2024). Judicial Decision-Making. En M. K. Miller, L. A. Yelderman, M. T. Huss y J. A. Cantone (eds.),

The Cambridge Handbook of Psychology and Legal Decision-Making (pp. 49-66). Cambridge University Press.

Cedeño de Veracierto, L. (2020). Comportamiento ético: ¿educación o cultura? *Eleutheria*, *16*(61), 1-12.

Confederación Española de Alzheimer (2013, 20 de noviembre). *El cerebro necesita constantemente glucosa para su correcto funcionamiento.* https://www.ceafa.es/es/que-comunicamos/noticias/el-cerebro-necesita-constantemente-glucosa-para-su-correcto-funcionamiento

Cornachione Larrinaga, M. (2006). *Adultez: aspectos biológicos, psicológicos, y sociales*. Brujas.

Corte Suprema de Justicia República de El Salvador (2020). *¿Qué es ser juez/za?* https://www.csj.gob.sv/wp-content/uploads/2020/11/Que%CC%81-es-ser-juez-o-jueza.pdf

Danziger, S., Levavb, J., y Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, *108*(17), 6889-6892. https://www.pnas.org/doi/epdf/10.1073/pnas.1018033108

De la Rosa Rodríguez, P. I., y Sandoval Navarro, V. D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. *Derecho Penal y Criminología*, *37*(102), 141-164. https://doi.org/10.18601/01210483.v37n102.08

Droppelman, C., Carvacho, P., Mateo, M., y Valenzuela, M. (2017). Estudio sobre los factores que influyen en las decisiones judiciales de la justicia juvenil en Chile. En *Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2017* (pp. 105-134). Pontificia Universidad Católica de Chile. https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2023/09/CAP-IV-Propuestas-para-Chile-2017.pdf

Dudley, J. (2018). Fundamentos físicos y metafísicos de la ética para Aristóteles. *Areté*, *30*(1), 7-21. https://doi.org/10.18800/arete.201801.001

Duval, F., González, F., y Rabia, H. (2010). Neurobiología del estrés. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, *48*(4), 307-318. https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272010000500006

Gailliot, M. T., y Baumeister, R. F. (2007). The Physiology of Willpower: Linking Blood Glucose to Self-Control. *Personality and Social Psychology Review*, *11*(4), 303-327. https://doi.org/10.1177/1088868307303030

Garcés Giraldo, L., y Giraldo Zuloaga, C. (2014). Virtudes éticas en Aristóteles: razón de los deseos y sus acciones para lograrlas. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (41), 70-78. https://www.redalyc.org/pdf/1942/194229980007.pdf

Guevara Alban, G. P., Verdesoto Arguello, A. E., y Castro Molina, N. E. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación acción). *Recimundo*, *4*(3), 163-173. https://doi.org/10.26820/recimundo/4.(3).julio.2020.163-173

Ibañez,T., Botella, M., Doménech, M., Samuel-Lajeunesse, J., Martínez, L., Pallí, C., Pujal, M., y Tirado, F. (2004). *Introducción a la psicología social.* UOC.

Kunkler, K. S., y Roy, T. (2023). Reducing the Impact of Cognitive Bias in Decision Making: Practical Actions for Forensic Science Practitioners. *Forensic Science International: Synergy*, *7*, 1-8. https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2023.100341

Mandel, G. N. (2006). Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational. *Ohio State Law Journal*, *67*, 1391-1463. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.871684

Morales Godo, J. (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, *4*(1), 1-34. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397

Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-39. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/820_es.pdf

Nordell, J. (2022). *The End of Bias: A Beginning*. Metropolitan Books Henry Holt and Company.

Olguín Lacunza, M. (2024, 5 de febrero). ¿Por qué pensar da hambre? *UNAM Revista Global.* https://unamglobal.unam.mx/global_revista/por-que-pensar-da-hambre/

Ordóñez Solís, D. (2022). *Introducción a la ética judicial*. Reus.

Pearson, J. M., Watson, K. K., y Platt, M. L. (2014). Decision Making: The Neuroethological Turn. *Neuron*, *82*(5), 950-965. https://www.cell.com/action/showPdf?pii=S0896-6273%2814%29003523

Piazza, S. A., y Lagos, L. C. (2016). La eudaimonía en el libro I de la Ética a Nicómaco: entre estabilidad y vulnerabilidad. *Acta Académica*, (58), 95-118. https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/lucia%20lagos.pdf

Poder Judicial del Perú (2022). *Protocolo de administración de justicia con enfoque de género del Poder Judicial*. Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f6e0049c123c4acf0fc9026c349a4/Cartilla+Protocolo+Asministracion+de+Justicia+con+Enfoque+de+Genero+en+el+PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=496f6e0049c123c4acf0fc9026c349a4

Rodríguez Estrada, M., y Márquez Alegría, M. (2015). *Manejo de problemas y toma de decisiones.* El Manual Moderno.

Sancho Gargallo, I. (coord.). (2024). *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*. Tirant lo Blanch.

Santos-Longhurst, A. (2025, 20 de marzo). What Are the Symptoms and Causes of High Cortisol Levels? *Healthline Media.* https://www.healthline.com/health/high-cortisol-symptoms#takeaway

Tyler, J. M., y Burns, K. C. (2008). After Depletion: The Replenishment of the Self's Regulatory Resources. *Self and Identity*, *7*(3), 305-321. https://doi.org/10.1080/15298860701799997

Vicente y Guerrero, G. (2021). Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016). *Doxa. Cuadernos*

de Filosofía del Derecho, (44), 345-375. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.14

Wee, R. W. S., Mishchanchuk, K., AlSubaie, R., Church, T. W., Gold, M. G., y MacAskill, A. F. (2024). Internal-state-dependent control of feeding behavior via hippocampal ghrelin signaling. *Neuron, 112*(2), 288-305. https://doi.org/10.1016/j.neuron.2023.10.016

Wistrich, A. J., Rachlinski, J. J., y Guthrie, C. (2015). Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review*, *93*, 855-923. https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Rachlinski-93-4.pdf

Zamir, E., y Teichman, D. (2018). *Behavioral Law and Economics*. Oxford University Press.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Código de Ética del Poder Judicial del Perú (Aprobado mediante Acuerdo de Sala Plena n.º 61-2018). *Diario Oficial El Peruano* (6 de diciembre de 2018).

Código de Ética del Poder Judicial. Resolución Administrativa n.º 081-2019-CE-PJ. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (13 de febrero de 2019). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da0d178048100691b1a1f36b50288fa1/24.+CODIGO+DE+ETICA+DEL+PODER+JUDICIAL.pdf?MOD=AJPERES

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Sherly Tania Bustamante Maita: recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, diseño del trabajo; redacción del trabajo, revisión crítica al contenido intelectual importante y aprobación final de la versión que se publicará.

Edwin Wilson Villanueva Altamirano: recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, diseño del trabajo; redacción del trabajo, revisión crítica al contenido intelectual importante y aprobación final de la versión que se publicará.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

Los autores declaran que no utilizaron herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Agradecimientos

Los autores agradecen a los veintidós magistrados que colaboraron con la segunda investigación, cuya participación fue trascendental para la confección del presente manuscrito.

* Es pertinente mencionar que se le brindó la retroalimentación pertinente sobre los factores relacionados con la toma de decisiones jurisdiccionales a cada uno de los participantes.

Biografía de los autores

Sherly Tania Bustamante Maita es docente universitaria de pre y posgrado, docente universitaria y psicóloga investigadora en temas de victimología, psicología jurídica y poblaciones vulnerables, experita del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Autora del cuento «Memorias de un peluche pirata: ¿qué siente un niño que vive violencia familiar?». Maestra en Psicología Clínica, especialista en Psicología Forense y Criminología; con máster en Planificación, estudios de posgrado en Educación Superior y Antropología Jurídica. Actualmente está cursando el doctorado en Psicología.

Edwin Wilson Villanueva Altamirano es abogado, graduado y titulado en la Universidad de San Martín de Porres. Maestro en Derecho Penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal; egresado del doctorado en Derecho; egresado de la maestría en Derecho Constitucional en la misma casa de estudios; egresado de la maestría en Educación Superior y de la maestría en Antropología Jurídica de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP), y con estudios concluidos en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Juez penal titular del Juzgado Penal Colegiado de Tarma, de la Corte Superior de Justicia de Junín.

Correspondencia

ps.tania.bustamante@gmail.com

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 445-468
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1267

La prueba de la pertenencia a una organización criminal en la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

Evidence of Membership in a Criminal Organization in the Jurisprudence of the Criminal Chambers of the Superior Court of Justice of La Libertad

A prova do pertencimento a uma organização criminosa na jurisprudência das Câmaras Criminais da Corte Superior de Justiça de La Libertad

CARLOS ALBERTO PINEDO SANDOVAL
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
(Halle an der Saale, Alemania)
Contacto: carlos.pinedo.sandoval@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-6677-3346

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto identificar y sistematizar, desde una perspectiva crítica, los principales criterios jurisprudenciales en que se sustenta la prueba de la pertenencia a una organización criminal. Para ello, se toma como objeto de análisis un total de catorce sentencias emitidas en el período 2015-2025 por parte de las tres Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. El hecho de que los estudios empíricos concluyan que La Libertad es uno de los departamentos del Perú que presenta los más altos índices de criminalidad organizada, le otorga un plus a la importancia de esta investigación.

La realidad criminal de un país también se conoce a través del estudio de su jurisprudencia. Con esto se pretende, además, generar un insumo importante para posteriores estudios científicos respecto a la definición y la delimitación dogmática de la figura penal de la pertenencia a una organización criminal.

Palabras clave: derecho penal; organización criminal; pertenencia a una organización criminal; valoración probatoria; concepto de membresía; criminalidad organizada.

ABSTRACT

The purpose of this research is to identify and systematize, from a critical perspective, the main jurisprudential criteria that support the evidentiary assessment of membership in a criminal organization. To this end, the study analyzes a total of fourteen judgments issued between 2015 and 2025 by the three Criminal Appellate Chambers of the Superior Court of Justice of La Libertad. The fact that empirical studies conclude that La Libertad is one of the regions in Peru with the highest rates of organized crime underscores the importance of this research. The criminal reality of a country can also be understood through the study of its case law. In addition, this research seeks to provide an important basis for future scientific studies concerning the definition and doctrinal delimitation of the criminal offense of membership in a criminal organization.

Keywords: criminal law; criminal organization; membership in a criminal organization; evidentiary assessment; concept of membership; organized crime.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é identificar e sistematizar, a partir de uma perspectiva crítica, os principais critérios jurisprudenciais em que se baseia a comprovação de pertencimento a uma organização criminosa. Para tanto, toma-se como objeto de análise um total de quatorze acórdãos proferidos, no período de 2015 a 2025, pelas três Câmaras Criminais de

Apelação do Tribunal Superior de Justiça de La Libertad. O fato de estudos empíricos concluírem que La Libertad é um dos departamentos do Peru com os maiores índices de crime organizado reforça a importância desta pesquisa. A realidade criminal de um país também é conhecida através do estudo de sua jurisprudência. Com isso, pretende-se, ademais, gerar um importante subsídio para futuros estudos científicos a respeito da definição e da delimitação dogmática da figura penal do pertencimento a uma organização criminosa.

Palavras-chave: direito penal; organização criminosa; filiação a uma organização criminosa; avaliação probatória; conceito de filiação; crime organizado.

Recibido: 31/5/2025 **Revisado:** 30/9/2025
Aceptado: 29/4/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

Al margen de las constantes modificaciones legislativas efectuadas en torno al artículo 317 del Código Penal peruano (CP) —desde la figura de la asociación ilícita para delinquir hasta su progresiva sustitución por la de una organización criminal—, la cuestión relativa a la *membresía* en el ente colectivo ha mantenido un protagonismo constante en la praxis. La variante típica «promover una organización criminal» fue derogada en el 2024, mientras que los verbos rectores «organizar» y «constituir» una organización criminal se mantienen vigentes únicamente en la generalidad abstracta del supuesto de hecho del artículo 317.1 CP, y su aplicación judicial es prácticamente nula.

La sustitución del verbo típico «formar parte de» por el de «integrar» una organización criminal —efectuada en el 2013—, no significó más que un ajuste terminológico. El problema que debe superar la jurisprudencia sigue siendo el mismo: ¿cuándo se ostenta el estatus de miembro de una organización criminal? Con base en la versión primigenia —por fortuna ya derogada— del artículo 2.2. de la Ley Contra el Crimen Organizado

(Ley n.º 30077)[1], el Ministerio Público llegó a gozar de un amplio margen de discrecionalidad para iniciar investigaciones penales fundamentadas en una cuestionable sospecha simple de pertenecer a una organización criminal; así como para requerir prisiones preventivas mediante una interpretación extensiva de la noción de membresía. Esta práctica nociva, que perdura hasta la actualidad, ha sido duramente etiquetada por Taboada (2025, p. 115) como «la **calificación jurídica *light*** del caso como organización criminal por el Ministerio Público». Frente a dicho escenario, la labor de la doctrina y de la jurisprudencia ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia.

Es evidente que no puede hablarse de *pertenencia* a una organización sobre la base de «verificaciones aisladas de hechos que por sí mismos no acreditan absolutamente nada» (Expediente n.º 3801-2014, f. j. 19). En ese sentido, si bien es correcto afirmar que ostenta la calidad de integrante aquel individuo que mantiene *un determinado vínculo* o *relación* con sus pares —esto es, con quienes también conforman la organización—, la cuestión de fondo, sin embargo, es la siguiente: ¿qué clase de vínculo es el que origina una auténtica membresía?, ¿cualquier intervención «ocasional» o «aislada» le otorga a un individuo el estatus de integrante de una organización criminal?

La presente investigación, basada en el método inductivo, tiene por objeto identificar los criterios jurisprudenciales empleados en el período 2015-2025 por parte de los jueces de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad para determinar el estatus de integrante de una organización criminal. El hecho de que al departamento de La Libertad se le atribuya uno de los mayores índices de operatividad de organizaciones criminales justifica, aún más, la importancia del estudio de su jurisprudencia. Se espera, sobre todo, que los resultados de la investigación puedan servir de insumo para que la dogmática penal, partiendo del conocimiento de la realidad —y, precisamente,

1 «2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal».

la jurisprudencia puede decir mucho sobre ella—, esté en la capacidad de formular propuestas teóricas idóneas respecto de la delimitación dogmática de lo que verdaderamente significa pertenecer a una organización criminal.

Bajo las premisas presentadas, se exponen a continuación los criterios jurisprudenciales más recurrentes respecto de la prueba de la pertenencia a una organización criminal. Cada sección del presente artículo va acompañada de valoraciones críticas, en cuya formulación y desarrollo también queda expresamente establecido cuál es la posición del autor sobre el tema. Finalmente, se extraen conclusiones respecto de las sentencias analizadas.

2. ¿PRIMERO LA ORGANIZACIÓN, LUEGO LA MEMBRESÍA?

Según un criterio jurisprudencial ya presente en pronunciamientos del 2015, un asunto es la prueba de la existencia de la organización criminal, y otro distinto es la prueba de la pertenencia a dicha organización criminal. Por lo tanto, se señala:

> corresponderá al Ministerio Público acreditar, en primer lugar, la existencia de una organización criminal con todos sus elementos naturales y normativos […]. [E]n segundo lugar, deberá acreditarse la integración de los sujetos (procesados) mediante actos concretos de organización, constitución o integración a la organización criminal, cuya existencia ya fue probada. (Expediente n.º 1162-2018-54, f. j. 42)

En consonancia con estas directrices, en el 2021, la Segunda Sala Penal de Apelaciones consideró que «está probada la existencia de la organización criminal, y existe material probatorio que acredita también la vinculación del procesado con la misma» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 32). Mientras que, en el 2024, fue categórica en señalar que «La Sala Penal verifica que el Ministerio Público en el presente caso tampoco acreditó la previa existencia de la organización criminal, como requisito material para que se pueda configurar el delito

[de pertenencia a la organización]» (Expediente n.º 1162-2018-54, f. j. 87). Al respecto, también se remarcó:

> La presentación de múltiples interceptaciones de grabaciones de conversaciones telefónicas entre los supuestos integrantes de la misma sobre actos de conspiración delictiva como prueba de cargo, resultan irrelevantes para la configuración perfecta del tipo penal [de «integrar» una organización criminal], si antes de ello no se ha cumplido con acreditar con prueba suficiente la existencia autónoma de una organización criminal constituida para cometer delitos graves. (Expediente n.º 1162-2018-54, f. j. 88)

Resulta necesario, no obstante, plantear algunas observaciones críticas respecto de este criterio jurisprudencial. ¿Qué tipo de relación hay entre «organización» y «membresía»? Al respecto, en una publicación del 2014, el sociólogo Stefan Kühl, con base en los aportes teórico-sociológicos de Niklas Luhmann, concluyó que las organizaciones —al igual que los grupos, las familias y los movimientos— son «sistemas basados en la membresía» (p. 78). Dicha conclusión es acertada. Efectivamente, las organizaciones existen a partir de varias personas (también denominadas «miembros de la organización») cuyos ámbitos de responsabilidad —roles— son distribuidos y nuevamente enlazados (Laske et al., 2020, p. 19).

En conclusión, una organización criminal solo existirá en la medida que exista, entre otros, el elemento personal: *los miembros de la organización*. Toda agrupación presupone, como bien enfatiza Fischer (2023), «la existencia de personas que han arribado conscientemente a un determinado acuerdo» (p. 1024). Colectivo e individuo —esto es, organización y membresía— constituyen una unidad inescindible. La existencia de uno depende de la existencia del otro.

En este orden de ideas, un escenario procesal en el que resultaría factible sostener que la prueba de existencia de la organización criminal es un presupuesto necesario para la prueba de la pertenencia a dicha organización, sería aquel en el que ya exista sentencia condenatoria firme contra tres o más individuos por «constituir» una organización

criminal en el sentido de la definición legal prevista en el artículo 317.2 CP. Esto es, debería acreditarse previamente el hecho de que los acusados —*miembros fundadores*— se agruparon con carácter permanente o por tiempo indefinido, formando una compleja estructura desarrollada y de mayor capacidad operativa, para cometer delitos sancionados con pena privativa de libertad igual o mayor de cinco años en su extremo mínimo, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material. Acreditada así la existencia de la organización, entonces podría abordarse como cuestión independiente, en un segundo momento procesal, la prueba de la pertenencia a la organización respecto de los *miembros no fundadores*.

El escenario procesal arriba descrito, sin embargo, no es el que se advierte en los casos judiciales objeto de la presente investigación. El Ministerio Público —en gran parte debido a las dificultades probatorias para sustentar cuándo, cómo y por quiénes fue *constituida* una organización criminal en concreto— acusa a todos los involucrados en función del supuesto típico de «integrar» una organización criminal; y deja en un plano secundario la distinción entre *miembros fundadores* —quienes constituyeron la organización— y *miembros no fundadores* —quienes integran la organización sin haber participado en su constitución—. Al fin y al cabo —ese parece ser el razonamiento de la fiscalía—, quienes constituyeron la organización también ostentan el estatus de integrantes de esta (miembros fundadores). Siendo esto así, la prueba de la existencia de la organización criminal, en los casos analizados, no es otra cosa que la prueba de todos sus elementos constitutivos: el organizativo, el temporal, el teleológico y el personal (la membresía). Se trata de una actividad probatoria —la de la organización y su membresía— necesariamente sincrónica.

3. EL RECHAZO DE UNA PERSPECTIVA *EX POST* EN LA IMPUTACIÓN DEL ESTATUS DE INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Ser integrante de una organización criminal no es una cuestión que dependa en lo absoluto de la intervención del individuo, en calidad de autor o partícipe, en alguno de los delitos-fin del colectivo. El artículo

317.1 CP ni siquiera presupone que los integrantes de la organización cometan o aprueben tales delitos. Por una parte, habrá individuos que, siendo integrantes de la organización, nunca tomen parte en la comisión de los delitos-fin. Y, por otra, habrá individuos que, aun tomando parte en la comisión de algún delito-fin de la organización, no ostenten, sin embargo, el estatus de integrantes de dicho colectivo. En consecuencia, la *membresía* no puede determinarse con base en una perspectiva *ex post*, esto es, tomando como punto de referencia la intervención individual en los delitos-fin de la organización.

Tienen la calidad de «integrantes» aquellas personas que toman parte de un reconocimiento recíproco en la organización criminal (más precisamente, en la estructura de esta) y a través de ello favorecen los delitos previstos por el colectivo (Hartmann, 2022, p. 875). En esta línea, la Corte Suprema ha puntualizado que, mediante la figura de la pertenencia a la organización, se castiga la integración del sujeto en el colectivo —entendido este con las características de estructura compleja con relaciones de jerarquía y disciplina, y de reparto coordinado de tareas o funciones entre los distintos miembros con permanencia en el tiempo—, cuya finalidad es la comisión de delitos graves como producto de una voluntad colectiva superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros. El estatus de miembro de una organización se adquiere mediante la integración del individuo en la estructura organizativa y no mediante su intervención en la ejecución de los delitos-fin del colectivo. En otras palabras, se sanciona la pertenencia como rasgo caracterológico del sujeto, más que su participación relevante en la actividad ilícita de la organización (Casación n.º 2637-2023/Nacional, f. j. 6, párr. 4).

Es posible encontrar estos postulados dogmáticos en varias de las sentencias que constituyen el objeto de la presente investigación. En el 2015, la Tercera Sala Penal de Apelaciones confirmó la absolución de los acusados y concluyó que, aunque esté probada su responsabilidad en el delito-fin (extorsión), «no habría forma de superar la duda concerniente a si su actuación, aunque fuese concertada para dicho suceso, está inmersa en un acto de pertenencia a una asociación criminal» (Expediente n.º 05729-2012-31-1601-JR-PE-01, f. j. 29). Esta misma Sala, en el 2017, señaló que la acreditación del delito-fin (también en este caso el delito

de extorsión) no implica la acreditación de los presupuestos configurativos de una asociación delictiva ni la pertenencia a esta (Expediente n.º 1336-2014-86-1601-SP-PE-03, f. j. 2.8, párr. 3). Asimismo, evidenciando una consolidación de este criterio jurisprudencial, en el 2019 este Tribunal superior reafirmaría que la prueba de la pertenencia a la organización delictiva es independiente de la prueba de los delitos-fin cometidos (Expediente n.º 1825-2014-60, f. j. 14).

A su turno, en el 2021, la Segunda Sala Penal de Apelaciones concluyó que la probanza o improbanza de los otros delitos-fin, que son autónomos, como el delito de tráfico ilícito de drogas, no afecta o enerva la corroboración del delito de asociación ilícita para delinquir, que sanciona la integración en una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 36). En el caso concreto, se consideró que, a pesar de no haberse probado la existencia del delito instrumental, sí se configuraba la pertenencia a la organización criminal. Según el criterio de la Sala: «no se le ha incautado droga [al imputado], sin embargo, sí se ha acreditado su vinculación con la organización criminal con el fin de comercializar droga» (f. j. 29). Para los jueces de este Tribunal, el no haberse incautado droga queda al margen de la imputación, «porque al procesado no se le ha atribuido específicamente el delito de tráfico ilícito de drogas, sino su pertenencia a la organización criminal para fines de traficar ilegalmente sustancias prohibidas, lo cual sí se ha probado» (f. j. 32).

4. ¿CUÁNDO SE OSTENTA —REALMENTE— EL ESTATUS DE INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL?

4.1. ¿Pacto criminal?

No cualquier tipo de *vínculo* entre individuos puede servir como indicador de pertenencia a una organización criminal. Esto ha sido subrayado recientemente por la Corte Suprema: «No es lo mismo ser integrante de una organización criminal, que ser una persona vinculada a ella» (Casación n.º 2637-2023/Nacional, f. j. 6, párr. 4). Al respecto, ya en el 2020, la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad había

considerado que «la prueba documental consistente en la visualización del perfil de Facebook del imputado D. B. Z. D. […] no permite *per se* establecer vinculación con la organización criminal, tan solo por el hecho de tener en sus contactos al coimputado L. F. H. P.» (Expediente n.º 06758-2018-97-1601-JR-PE, f. j. 4.45)[2]. Idéntico criterio fue utilizado en un pronunciamiento del 2021, donde la Tercera Sala Penal de Apelaciones concluyó que «la prueba documental consistente en la visualización del perfil de Facebook del imputado; efectivamente no permite establecer vinculación con la organización criminal, tan solo por el hecho de tener en sus contactos al coimputado "Pacolo" o "Macolo"» (Expediente n.º 05648-2016-21-1601-JR-PE-01, f. j. 4.47).

¿Qué es lo que vincula, entonces, a los miembros de una organización criminal? En el 2017, la Tercera Sala Penal de Apelaciones puntualizó que un criterio para atribuirle a un individuo la calidad de integrante de una organización criminal sería la existencia de «un pacto para delinquir» (Expediente n.º 1336-2014-86-1601-SP-PE-03, f. j. 2.6). Este criterio también fue defendido, en el 2021, por la Segunda Sala Penal de Apelaciones. Para esta Sala, el reproche del delito de pertenencia a una organización criminal «lo constituye el pacto criminal que realizan dos o más agentes que se asocian con pleno conocimiento de los fines delictivos de su organización» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, ff. jj. 29 y 36); «debiendo distinguirse de los otros delitos cometidos por los integrantes de la asociación ilícita, como por ejemplo el delito de tráfico ilícito de drogas» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 32).

De lege lata, sin embargo, no es posible sostener que basta con la sola acreditación de un «pacto criminal» entre individuos para sustentar la pertenencia a una organización criminal. El artículo 317.2 CP exige «algo más», esto es, un «grupo» con «compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa», y con «carácter permanente o por tiempo indefinido»; una repartición «concertada y coordinada» de roles correlacionados entre sí; el carácter de colectivo criminal con

2 No obstante, el Tribunal precisó que dicha prueba documental sí podría alcanzar mérito probatorio al ser valorada en conjunto con otros medios de prueba.

ánimo de lucro; etc. Sin la concurrencia de estos elementos, la sola existencia de un «pacto criminal» debe ser situada en el ámbito de los actos preparatorios no punibles; quedando a salvo, claro está, su utilidad en la configuración de algún tipo penal específico de conspiración.

4.2. Vinculación mediante el desempeño de un rol dentro de la organización

Una organización criminal presupone la existencia de cierto tipo de «vínculo intersubjetivo» entre varios individuos, quienes, de forma dinámica y recíproca, configuran —mediante su membresía— el colectivo. Se trata de lo que Karl E. Weick (1985) denominó «formas de comportamiento que producen un engranaje, esto es, expectativas de comportamiento; y no solamente individuos interactuando unos con otros» (p. 139). En otras palabras: aportes que se entrelazan de tal forma que dan lugar a una determinada estructura (Neumann, 2020, p. 595), dentro de la cual, básicamente, alguien imparte órdenes, alguien las obedece y ejecuta, alguien transmite información, alguien la procesa, alguien decide, etc.

En este orden de ideas, en la casuística de la Salas Penales de La Libertad objeto del estudio, es posible encontrar un denominador común: se trata de individuos que se agrupan formando una estructura vertical jerarquizada —estructura piramidal con tres niveles diferenciados— compuesta por (i) uno o más líderes, quienes ordenan, generalmente mediante comunicaciones telefónicas, la comisión de diversos ilícitos penales a los demás integrantes de la organización criminal; (ii) lugartenientes, esto es, nexos encargados de transmitir las órdenes del líder; y, finalmente, (iii) integrantes que siguen las órdenes del líder, esto es, miembros que desempeñan diversos roles como el traslado, custodia y/o reparación de las armas de fuego de la organización; dar «caleta» (alojamiento) a los líderes de la organización para esconderse de la policía; informar a los demás integrantes de la organización sobre posibles víctimas de extorsión; cobrar «cupos» extorsivos; guardar el dinero producto del accionar delictivo de la organización; guardar *stickers* y municiones de la organización; etc. Los líderes dirigen la organización desde los

establecimientos penitenciarios en donde se encuentran recluidos. Y, con respecto al elemento teleológico, salvo un caso en que el Ministerio Público postuló como delito fin de la organización el sicariato y marcaje, en todos los demás casos analizados se estableció que el delito fin de la organización era el delito de extorsión.

La cuestión de la membresía a una organización criminal, por tanto, está asociada a la posición que ocupa el individuo dentro del colectivo. En otras palabras, no es una cuestión que pueda ser respondida en abstracto, sino solo en el caso concreto individual, esto es, según la intensidad de la relación entre individuo y organización (Laske et al., 2020, p. 21). El individuo *integra* una organización criminal en la medida que está *vinculado* a ella mediante el desempeño de una determinada tarea, esto es, de un *rol* dentro de la organización. El rol puede ser definido, en términos generales, como un haz de expectativas vinculadas al comportamiento del titular de una determinada posición (Dahrendorf, 2006, p. 37). Estas expectativas de comportamiento vinculadas a una posición están determinadas de manera relacional. Es decir, se derivan del hecho de que los individuos, en su calidad de titulares de posiciones, se encuentran en relación unos con otros (Schulz-Schaeffer, 2018, pp. 387-388). Al respecto, es conveniente advertir que los roles desempeñados por los integrantes de una organización criminal no son estáticos. En determinadas circunstancias, los miembros del colectivo pueden —y deben— asumir «roles distintos que incluso intercambian», tal y como lo ha reconocido en el 2021 la Segunda Sala Penal de Apelaciones (Expediente n.º 00706-2016-40-1618-JR-PE-01, f. j. 77.2).

Este criterio, centrado en la vinculación organizativa mediante la asunción de un *rol,* ya ha sido empleado en varias sentencias del Distrito Judicial de La Libertad. En un pronunciamiento del 2015, la Tercera Sala Penal de Apelaciones consideró, respecto del delito de pertenencia a una organización criminal, que se debe probar, «por lo menos, los vínculos delictivos entre los acusados», esto es, «el reparto de roles dentro de la organización» (Expediente n.º 05729-2012-31-1601-JR-PE-01, f. j. 29). Posteriormente, en el 2017, el mismo Tribunal Superior, para confirmar la absolución de los imputados por este delito, concluyó que «No se ha acreditado la existencia de roles, de niveles jerárquicos, de

actuaciones propias, directivas o de ejecución» (Expediente n.º 3801-2014, f. j. 23). En esta misma sentencia también se puntualizó que el Ministerio Público tiene como tarea fundamental acreditar «la existencia real de la agrupación, los fines delictivos que justifican su existencia y la pertenencia a él del agente denunciado, en cualquiera de sus roles organizativos: sea decisorio, ejecutivo, financiero, de apoyo logístico o incluso hasta legal» (f. j. II.2.1.D).

Evidentemente, los *roles* asignados por la organización criminal a sus integrantes no son plasmados en soporte papel u otro soporte acreditable, y son generalmente verificables a través de diversos indicios (Expediente n.º 46-2017-58-5201-JR-PE-01, f. j. tercero). En ese sentido, muchas veces se infiere que un individuo tiene asignado un rol dentro de la organización a partir de la prueba de la posesión de determinados objetos. En el 2021, la Tercera Sala Penal de Apelaciones señaló que puede considerarse como indicio de membresía el hecho de que al acusado se le haya encontrado en posesión de objetos que lo vinculen directamente con un rol dentro de la organización (Expediente n.º 5406-2015-25, f. j. 27).

Es necesario volver a remarcar, sin embargo, que la acreditación del rol asumido por el individuo debe corresponder al ámbito de la estructura de la organización criminal y no al de la ejecución de los delitos-fin. Como bien lo estableció la Segunda Sala Penal de Apelaciones en el 2021, *formar parte* de una organización criminal «es un delito autónomo […], debiendo distinguirse de los otros delitos cometidos por los integrantes de la asociación ilícita, como por ejemplo el delito de tráfico ilícito de drogas» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 32). En ese sentido, ya se ha expresado *ut supra* que no todo el que interviene en la comisión de un delito-fin de la organización criminal es por ello integrante del colectivo, ni todo aquel que es integrante de una organización criminal interviene necesariamente en la ejecución de los delitos-fin. Un asunto es la asunción de un rol que coadyuva al sostenimiento de la organización criminal, y otro distinto es «la distribución de roles en el despliegue de un evento delictivo» (Recurso de Nulidad n.º 2307-2019/Lima, f. j. 9).

En una sentencia del 2020, la Primera Sala Penal de Apelaciones, respecto de un acusado a quien la fiscalía le atribuía ser integrante de la organización por presuntamente desempeñar el rol de *proporcionar a la organización información de personas que puedan ser un blanco fácil para una eventual extorsión*, otorgó valor probatorio a la incautación de diversa documentación consistente en «notas de números de celulares, anotaciones de sumas de dinero, notas de seguimiento y marcaje, datos de seguimiento de una determinada persona, datos personales de una determinada persona llamada Zoila, etc.» (Expediente n.º 06758-2018-97-1601-JR-PE, f. j. 4.110). También se advierte que en algunos casos el *rol* atribuido por la fiscalía al presunto integrante de la organización criminal no está referido al sostenimiento de la estructura criminal. En un pronunciamiento del 2020, los jueces consideraron erróneamente que el rol de «encargado de las extorsiones», que únicamente debería tener relación con la prueba de que el acusado ha intervenido en un delito-fin, constituye una expresión de membresía de una organización criminal (Expediente n.º 07419-2014-488-1601-JR-PE-05, f. j. 57). Sí resulta correcto, por otra parte, como se advierte en la misma sentencia, considerar que el rol de «guardar armas de fuego o stickers de la organización» es indicio de pertenencia a la organización criminal (Expediente n.º 07419-2014-488-1601-JR-PE-05, ff. jj. 58 y 60).

5. LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS

De acuerdo con el análisis realizado en torno a las sentencias emitidas por las Salas Penales Superiores del Distrito Judicial de La Libertad, se advierte que las interceptaciones telefónicas constituyen una prueba fuerte y corroborante de la pertenencia a una organización criminal, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

5.1. Jurisdiccionalidad. Esto es, que las escuchas telefónicas hayan sido obtenidas en el marco de la legalidad, previa autorización judicial.

5.2. Identificación plena del imputado como interlocutor que participa en las escuchas telefónicas. Este presupuesto se puede cumplir de dos maneras:

5.2.1. El número telefónico tiene que estar vinculado, indiciariamente, al imputado interlocutor

En muy pocos casos es posible satisfacer la prueba de la identidad del interlocutor mediante la información proporcionada por la carta de telefonía, esto es, con un documento que evidencie la titularidad que ostenta el acusado sobre la línea telefónica incriminada —esto sería, incluso, insuficiente—. En este sentido, la identidad del interlocutor es deducida, en la mayoría de los casos, indiciariamente: (i) a partir del contenido de (de lo que se habla en) las comunicaciones; (ii) a partir de la relación o el vínculo cercano entre el titular de la línea telefónica y el acusado, relación de parentesco, convivencia, etc.; (iii) por el lugar desde el cual se realizaron las comunicaciones; (iv) por la sincronización del número telefónico con redes sociales del acusado, etc.

En el 2021, para sostener la pertenencia del acusado a la organización criminal, la Segunda Sala Penal de Apelaciones otorgó relevancia probatoria al hecho de que las comunicaciones se realizaron desde el distrito de Juliaca, provincia de San Román, departamento de Puno, donde se ubica el Establecimiento Penitenciario de Juliaca. Esta información fue objeto de valoración judicial conjunta con un oficio remitido por el director de dicho establecimiento penitenciario, mediante el cual se informó que el acusado —a la fecha de las comunicaciones telefónicas atribuidas— se encontraba recluido precisamente en dicho lugar (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 19). Con similar criterio, en el 2022, la Tercera Sala Penal de Apelaciones consideró relevante que, de la prueba actuada en juicio, se pudo determinar técnicamente que las líneas telefónicas registraron como celda de ubicación aquella parte que brinda cobertura a la zona aledaña al penal Piedras Gordas, donde se encontraba recluido el acusado (Expediente n.º 00236-2021-55-1601-JR-PE-02, f. j. 5.4). La situación de encierro no impide, en consecuencia, que se pueda seguir *formando parte de* una organización destinada a cometer delitos (Expediente n.º 6181-2013-87-1601-JR-PE-01, f. j. 2.36).

Por otra parte, también se ha remarcado jurisprudencialmente la necesidad de vincular el uso de las líneas telefónicas con el o los diversos «alias» que pueda usar el acusado. Por ejemplo, mediante sentencia

del 2021, la Segunda Sala Penal de Apelaciones tomó en cuenta que «en dos registros de comunicaciones [el imputado] reafirma su identidad al identificarse como Serrano Jhony» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 19). Ahora bien, la Tercera Sala Penal de Apelaciones precisó, también en el 2021, que las denominadas «escuchas telefónicas indirectas» —esto es, comunicaciones telefónicas en las cuales «se habla del imputado»— no son determinantes para sustentar indiciariamente la membresía en la organización criminal. El Tribunal consideró que si al encausado no se le ha podido atribuir la titularidad o posesión de teléfono alguno y, por ende, tampoco se le ha podido atribuir escuchas con contenido delictivo, entonces «no se cuenta con medio de prueba alguno que lo vincule como integrante [de la organización criminal]» (Expediente n.º 05648-2016-21-1601-JR-PE-01, f. j. 4.45).

En algunas sentencias también se estableció que puede tenerse por acreditada la vinculación entre el acusado y una determinada línea telefónica cuando la cuenta de Facebook del acusado y/o su cuenta de WhatsApp sincronizan con el número telefónico incriminado. En esa línea, la Segunda Sala Penal de Apelaciones sostuvo en el 2021 que «se ha imputado al procesado comunicarse por medio de dos líneas telefónicas, lo que se ha acreditado mediante la sincronización con la red social de Facebook, apareciendo un perfil con su fotografía» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 42). Idéntico criterio utilizó la Tercera Sala Penal de Apelaciones cuando, en el 2022, consideró relevante la actuación en el juicio oral del «Acta de visualización de contenido de red social Facebook», donde se dejó constancia de que al ingresar el número del imputado en el buscador de Facebook «arroja una cuenta de Facebook con el nombre A. D. [apellido del imputado]» (Expediente n.º 00236-2021-55-1601-JR-PE-02, f. j. 5.63). En otra parte de este pronunciamiento el Tribunal también valoró que en el «Acta de visualización de aplicación de WhatsApp» sincronizado al número telefónico del imputado, «se aprecia que dicho número dio positivo para WhatsApp, con la fotografía del acusado» (f. j. 81).

5.2.2. Realizar una pericia acústico-forense para corroborar que la voz pertenece al imputado interlocutor

En el 2022, la Tercera Sala Penal de Apelaciones concluyó lo siguiente: «El acusado afirmó que prestaba su teléfono a sus trabajadores para que hagan llamadas, sin embargo, los registros de audio peritados concluyen indubitablemente que era él el modulador». (Expediente n.º 00236-2021-55-1601-JR-PE-02, f. j. 5.85). Incluso, en este mismo expediente, el Tribunal consideró la negativa del imputado de prestar su voz para que el perito forense pueda tomar muestras indubitadas para una comparación técnica, como un «indicio de mala justificación» que aporta a favor de la tesis de pertenencia a la organización (ff. jj. 5.93 y 5.154).

Ahora bien, según la jurisprudencia analizada, la pericia acústico-forense también podría resultar innecesaria en algunos casos. Así, en el Expediente n.º 02804-2017-81-1601-JR-PE-04, f. j. 36, la Segunda Sala Penal de Apelaciones consideró que una pericia fonética deviene en innecesaria debido a que, con la sindicación del testigo con clave y del contenido de las comunicaciones telefónicas, ya ha quedado suficientemente acreditado que el imputado es quien modulaba a través de las líneas telefónicas atribuidas por el Ministerio Público. Para el Tribunal, «el hecho de que el acusado no haya prestado su voz para la pericia fonética, no afecta para nada el razonamiento judicial que concluye en afirmar su responsabilidad penal».

5.3. Contenido ilícito

Las escuchas telefónicas deben versar sobre los hechos delictivos del relato fiscal, esto es, corroborar el rol funcional asignado al acusado dentro de la organización criminal o acreditar su condición de líder, jefe, financista o dirigente del colectivo. Con respecto a lo primero, en el 2021, la Segunda Sala Penal de Apelaciones verificó que «de las escuchas telefónicas se advierte que las conversaciones tenían una connotación de coordinación para llevar a cabo sus fines ilícitos» (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 42). Similar criterio fue utilizado un año después por la Tercera Sala Penal de Apelaciones para concluir que, de los diálogos interceptados, «se verifica clara y palmariamente

contenido delictivo y coordinación organizacional, razón por la cual la responsabilidad penal resulta correcta» (Expediente n.º 00236-2021-55-1601-JR-PE-02, f. j. 5.8). Asimismo, se advirtió que de las transcripciones interceptadas se tiene que «sus contenidos no resultan incidentales, generales o circunstanciales, sino que aluden a eventos previos, tratos similares, extorsiones y negociaciones ilícitas con extremada familiaridad, llegando a referirse en modo velado a armas y drogas» (f. j. 5.197).

Con respecto a la posición de líder de la organización criminal, resulta esencial probar la impartición de órdenes a los demás integrantes ubicados en los niveles inferiores de la estructura colectiva. Al respecto, en el 2020, la Primera Sala Penal de Apelaciones —para considerar al acusado líder de la organización— otorgó mérito probatorio a las escuchas actuadas en el juicio oral, de las cuales se advertía que todos los demás integrantes realizaban directamente coordinaciones de carácter delictivo con el acusado, tanto para la comisión de ilícitos como para rendirle cuenta de sus acciones, o para depositarle dinero en las cuentas que él había obtenido a través de otros detenidos en Castro Castro, etc. (Expediente n.º 06758-2018-97-1601-JR-PE, ff. jj. 4.156 al 4.163).

5.4. Elemento temporal

La membresía en las organizaciones criminales se caracteriza por su dinamicidad. Los integrantes entran y salen de la organización. Esta seguirá existiendo mientras que el presupuesto numérico —mínimo tres integrantes— se mantenga. Si en algún momento dicho presupuesto no se cumple, la organización desaparecería *ipso facto*. Al respecto, cabe precisar que el «carácter permanente» o «por tiempo indefinido» al que se alude en el artículo 317.2 CP no está referido —como erróneamente considera Velásquez (2025, p. 137)— a la exigencia de una membresía permanente, sino a la agrupación en abstracto, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales (García, 2016, p. 393). La data de las escuchas telefónicas, por tanto, debe coincidir con la tesis del Ministerio Público. No solo respecto al marco temporal de existencia y operatividad de la organización criminal en abstracto, sino también, en específico, respecto del período en que tuvo lugar la supuesta pertenencia del imputado al colectivo.

5.5. La frecuencia de las comunicaciones

En una sentencia del 2021, la Segunda Sala Penal de Apelaciones otorgó valor indiciario de pertenencia a una organización criminal a la *frecuencia de llamadas* entre los acusados. En tal sentido, se valoró el hecho de que «según la Carta de Telefonía, hubo una frecuencia de 176 llamadas al número de CH. C. […] y 68 con el otro número [...]; 11 con el [coimputado] alias "Sapo" y 4 con el [coimputado] alias "Cañón"». (Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02, f. j. 32).

6. LOS INFORMES POLICIALES

En una sentencia del 2020, la Primera Sala Penal de Apelaciones diferenció entre el *informe policial* y la *fuente de prueba del informe policial*. Con base en dicha delimitación, se señaló que los informes policiales no tienen el valor de una prueba en sentido estricto, pues son elaborados de acuerdo con informes de inteligencia de carácter reservado, que no pueden ser reproducidos en el juicio oral. Por otro lado, se indicó también que estos informes se elaboran en función de *fuentes de prueba*, como las declaraciones de los testigos colaboradores y testigos con identidad reservada, reconocimientos fotográficos, etc. Son estas *fuentes de prueba* —se concluyó—, correctamente incorporadas al proceso, las que deben ser actuadas en juicio oral, y las que pueden ser objeto de mérito probatorio (Expediente n.º 07419-2014-488-1601-JR-PE-05, f. j. 43).

En el marco de esta línea interpretativa, en el 2018, la Tercera Sala Penal de Apelaciones puntualizó que los informes policiales (de inteligencia), y su ratificación por sus autores en juicio, deben estar respaldados con otras pruebas de cargo (Expediente n.º 6181-2013-87-1601-JR-PE-01, f. j. 2.30). Similar criterio empleó esta misma Sala en el 2019 para sostener que «Los Informes Policiales o Notas de agente, que han expuesto los mismos efectivos policiales, son en realidad el simple dicho de vecinos, conforme lo han terminado aclarando los mismos policías informantes» (Expediente n.º 1825-2014-60, f. j. 21).

7. CONCLUSIONES

A partir de la jurisprudencia analizada, es posible extraer las siguientes conclusiones respecto del tipo penal de membresía en una organización criminal:

7.1. Si bien en el artículo 317.1 CP se distingue entre las variantes típicas «constituir», para los *miembros fundadores* de la organización criminal, e «integrar», para los *miembros que se integren* a ella con posterioridad; en los casos analizados, la fiscalía imputa a todos los acusados, indistintamente de si son miembros fundadores o no, la variante típica «integrar».

7.2. La membresía es un elemento constitutivo (mínimo tres integrantes) de toda organización criminal. Ninguna organización puede existir sin membresía, ni se puede hablar de membresía al margen de una organización. En ese sentido, en los casos analizados se advierte una probanza sincrónica de la estructura organizativa y de la pertenencia a esta por parte de los acusados.

7.3. Aun cuando exista certeza de la autoría o participación de un individuo en alguno de los delitos-fin de la organización, ello no implica necesariamente que ostente el estatus de integrante de ella.

7.4. La membresía presupone la existencia de un *vínculo* entre el individuo y la organización. En algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales analizados se considera, erróneamente, que dicho *vínculo* descansa en un *pacto criminal*. En otros, de manera acertada, se utiliza como criterio el *rol* que desempeña el acusado para el sostenimiento o subsistencia de la estructura organizativa. Al respecto, también se precisa que una cuestión totalmente ajena a la membresía es el rol que un acusado pueda desempeñar en la ejecución de alguno de los delitos-fin de la organización. La membresía a una organización criminal es un delito autónomo respecto de cada uno de los delitos que cometa cada integrante del colectivo.

7.5. El arsenal probatorio utilizado por la fiscalía para sostener su acusación por el delito de membresía en una organización criminal descansa, generalmente, sobre la base de las comunicaciones telefónicas obtenidas mediante interceptación de las telecomunicaciones, en los objetos

encontrados en poder del acusado (que corroboran el rol atribuido por la fiscalía), así como en las fuentes de prueba del informe policial: declaraciones de los testigos colaboradores y testigos con identidad reservada, reconocimientos fotográficos, etc.

7.6. El elemento temporal de las interceptaciones telefónicas tiene una doble vertiente. Por una parte, lo referido a la prueba del período de vida o subsistencia de la organización y, por otra, lo concerniente a la prueba del momento o período de membresía en el colectivo.

REFERENCIAS

Dahrendorf, R. (2006). *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle* (16.ª ed.). VS Verlag.

Fischer, T. (2023). *Strafgesetzbuch mit Nebemgesetzen (Beck'sche Kurz-Kommentare)* (vol. 10, 70.ª ed.). C. H. Beck.

García Cavero, P. (2016). El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada. En L. Zuñiga Rodríguez (dir.), *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 389-416). Instituto Pacífico.

Hartmann, A. (2022). § 129 StGB. En D. Dölling, G. Duttge, S. König y D. Rössner (eds.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar (Gesamtes Strafrecht-Komm)* (5.ª ed., pp. 868-881). Baden-Baden.

Kühl, S. (2014). Gruppen, Organisationen, Familien und Bewegungen. Zur Sociologie mitgliedschaftsbasierter Systeme zwischen Interaktion und Gesellschaft. En B. Heintz y H. Tyrell (eds.), *Interaktion – Organisation – Gesellschaft revisited: Anwendungen, Erweiterungen, Alternativen* (pp. 65-85). ZfS Sonderheft.

Laske, S., Meister-Scheytt, C., Küpers, W., y Deeg, J. (2020). *Organisation und Führung*. Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Center für lebenslanges Lernen C3L.

Neumann, F. (2020). Vormoderne Organisationen. Mitgliedschaft und „formale Organisation" in der sächsischen Bergverwaltung des 16. Jahrhunderts. *Zeitschrift für Historische Forschung* (ZHF), *47*, 591-628.

Schulz-Schaeffer, I. (2018). Rolle, soziale. En J. Kopp y A. Steinbach (eds.), *Grundbegriffe der Soziologie* (pp. 387-390). Springer VS.

Taboada Pilco, G. (2025). Delito de organización criminal reformado. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (189), 111-172.

Velásquez Pasapera, M. E. (2025). «Ciberolvido legislativo» en el Perú: impactos problemáticos de las recientes modificaciones a la Ley contra el Crimen Organizado en la ciberdelincuencia a la luz de la Convención de Palermo. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, *75*(181), 117-148.

Weick, K. E. (1985). *Der Prozeß des Organisierens*. Suhrkamp Verlag.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 2637-2023/Nacional. Corte Suprema de Justicia de la República (2 de octubre de 2024).

Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal. *Diario Oficial El Peruano* (8 de abril de 1991).

Expediente n.º 05729-2012-31-1601-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de La Libertad (8 de septiembre de 2015).

Expediente n.º 1336-2014-86-1601-SP-PE-03. Corte Superior de Justicia de La Libertad (6 de febrero de 2017).

Expediente n.º 3801-2014. Corte Superior de Justicia de La Libertad (19 de mayo de 2017).

Expediente n.º 6181-2013-87-1601-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de La Libertad (2 de octubre de 2018).

Expediente n.º 46-2017-58-5201-JR-PE-01. Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria del Sistema Nacional Especializado

en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Auto que resuelve solicitud de incorporación de tercero civilmente responsable (30 de noviembre de 2018).

Expediente n.º 1825-2014-60. Corte Superior de Justicia de La Libertad (26 de marzo de 2019).

Expediente n.º 07419-2014-488-1601-JR-PE-05. Corte Superior de Justicia de La Libertad (21 de septiembre de 2020).

Expediente n.º 06758-2018-97-1601-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de La Libertad (2 de diciembre de 2020).

Expediente n.º 5406-2015-25. Corte Superior de Justicia de La Libertad (2 de febrero de 2021).

Expediente n.º 05648-2016-21-1601-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de La Libertad (15 de julio de 2021).

Expediente n.º 07615-2015-72-1601-JR-PE-02. Corte Superior de Justicia de La Libertad (23 de julio de 2021).

Expediente n.º 00706-2016-40-1618-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de La Libertad (25 de octubre de 2021).

Expediente n.º 00236-2021-55-1601-JR-PE-02. Corte Superior de Justicia de La Libertad (7 de julio de 2022).

Expediente n.º 1162-2018-54. Corte Superior de Justicia de La Libertad (5 de noviembre de 2024).

Expediente n.º 02804-2017-81-1601-JR-PE-04. Corte Superior de Justicia de La Libertad (25 de marzo de 2025).

Recurso de Nulidad n.º 2307-2019/Lima. Corte Suprema de Justicia de la República (12 de abril de 2021).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
El autor ha redactado íntegramente el presente trabajo, tras haber adquirido, analizado e interpretado los datos (jurisprudencia). Asimismo, también ha concebido, diseñado y redactado el contenido del trabajo; y, del mismo modo, ha aprobado la versión final que se publica.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía del autor
Carlos Alberto Pinedo Sandoval es abogado por la Universidad de Piura, en donde obtuvo, además, el máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal. Es profesor en la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada del Norte (UPN). Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para realizar estancias de investigación doctorales en la Ruhr-Universität Bochum (RUB) y en la Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Actualmente es doctorando en esta última casa de estudios.

Correspondencia
carlos.pinedo.sandoval@gmail.com

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 469-506
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1274

Sentencias exhortativas y autonomía legislativa: el conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Congreso en el Perú

Authoritative Judgments and Legislative Autonomy: The Conflict Between the Constitutional Court and Congress in Peru

Sentenças exortativas e autonomia legislativa: o conflito entre o Tribunal Constitucional e o Congresso no Peru

EDWIN ADOLFO MOROCCO COLQUE
Universidad Privada del Norte
(Trujillo, Perú)
Contacto: edwin.morocco@upn.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-4110-7878

JOSÉ MANUEL ROMERO PARDO
Universidad César Vallejo
(Trujillo, Perú)
Contacto: jromeropar@ucvvirtual.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1697-3101

RESUMEN

El presente artículo estudia la limitada eficacia de las sentencias exhortativas emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú y hace énfasis en la tensión entre la función de control constitucional y la autonomía legislativa del Congreso, puesto que si bien no tienen efectos vinculantes, su finalidad es orientar al legislador para que adecúe la normativa analizada de acuerdo con los valores constitucionales, de forma especial cuando se

advierten vicios de inconstitucionalidad. Sin embargo, su inobservancia no puede explicarse únicamente por la ausencia de obligatoriedad formal, sino por la percepción de interferencia en la agenda legislativa, incluso en casos donde se comprometen derechos fundamentales.

Por medio del estudio de casos emblemáticos en Perú, y el análisis del tratamiento en el derecho comparado en países como Argentina, Colombia, Chile y Guatemala, se evidencia que esta problemática no es exclusiva del ámbito nacional, aunque en el Perú ha adquirido una particular relevancia debido a la fragilidad de los mecanismos de diálogo institucional.

El artículo concluye que la falta de atención a las sentencias exhortativas responde, fundamentalmente, a una tensión estructural entre el principio de separación de poderes y el ejercicio de la jurisdicción constitucional, más que a un simple déficit de voluntad política. En ese sentido, se sostiene que la efectividad de estas decisiones depende de que el Tribunal Constitucional ejerza su función exhortativa bajo criterios de autocontención y formulación de parámetros generales de constitucionalidad, de modo que las exhortaciones operen como instrumentos de orientación legislativa y no como factores de profundización del conflicto interinstitucional.

Palabras clave: sentencias exhortativas; Tribunal Constitucional; Congreso de la República; control constitucional; incumplimiento normativo.

ABSTRACT

This article examines the limited effectiveness of exhortatory judgments issued by the Constitutional Court of Peru and emphasizes the tension between the function of constitutional review and the legislative autonomy of Congress. Although such judgments are not legally binding, their purpose is to guide the legislature in adapting the legal provisions under review to constitutional values, particularly when defects of unconstitutionality are identified. However, their noncompliance cannot be explained solely by the absence of formal binding force, but also by the perception that they interfere with the legislative agenda, even in cases involving fundamental rights.

Through the study of emblematic cases in Peru and an analysis of the treatment of this issue in comparative law in countries such as Argentina, Colombia, Chile, and Guatemala, the article demonstrates that this problem is not exclusive to the national context. Nevertheless, in Peru it has acquired particular relevance due to the fragility of institutional dialogue mechanisms.

The article concludes that the failure to heed exhortatory judgments is fundamentally the result of a structural tension between the principle of separation of powers and the exercise of constitutional jurisdiction, rather than merely a lack of political will. In this regard, it is argued that the effectiveness of such decisions depends on the Constitutional Court exercising its exhortatory function under criteria of judicial self-restraint and the formulation of general standards of constitutionality, so that exhortations operate as instruments of legislative guidance rather than as factors that deepen interinstitutional conflict.

Keywords: exhortatory judgments; Constitutional Court; Congress of the Republic; constitutional review; legislative noncompliance.

RESUMO

O presente artigo estuda a limitada eficácia das sentenças exortativas proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru e enfatiza a tensão entre a função de controle de constitucionalidade e a autonomia legislativa do Congresso, uma vez que, embora não tenham efeitos vinculantes, sua finalidade é orientar o legislador para que adeque a normativa analisada de acordo com os valores constitucionais, especialmente quando se verificam vícios de inconstitucionalidade. No entanto, sua inobservância não pode ser explicada apenas pela ausência de obrigatoriedade formal, mas também pela percepção de interferência na agenda legislativa, inclusive em casos nos quais direitos fundamentais estão comprometidos.

Por meio do estudo de casos emblemáticos no Peru e da análise do tratamento dado ao tema no direito comparado em países como Argentina, Colômbia, Chile e Guatemala, fica evidente que esse problema não é exclusivo da esfera nacional, embora no Peru tenha adquirido particular relevância devido à fragilidade dos mecanismos de diálogo institucional.

O artigo conclui que a falta de atenção às sentenças exortativas se deve fundamentalmente a uma tensão estrutural entre o princípio da separação de poderes e o exercício da jurisdição constitucional, e não a uma simples falta de vontade política. Nesse sentido, sustenta-se que a efetividade dessas decisões depende de que o Tribunal Constitucional exerça sua função exortativa sob critérios de autocontenção e de formulação de parâmetros gerais de constitucionalidade, de modo que as exortações operem como instrumentos de orientação legislativa e não como fatores de aprofundamento do conflito interinstitucional.

Palavras-chave: sentenças exortativas; Tribunal Constitucional; Congresso da República; controle de constitucionalidade; descumprimento normativo.

Recibido: 1/6/2025 **Revisado:** 6/11/2025
Aceptado: 23/3/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El Congreso de la República, tal como lo dispone su Reglamento y la Constitución Política del Perú, es el responsable del control político y legislativo, por lo cual desarrolla un papel fundamental en el sistema político peruano. No obstante, en los últimos años, la crisis de representación, la falta de respuestas frente a las necesidades sociales y con ello la desacreditación institucional, ha generado un ambiente de desconfianza ciudadana (Azurín y Rodríguez, 2021, párr. 23), lo que ha impactado en la legitimidad del Parlamento.

En este contexto, el Tribunal Constitucional desarrolla una labor fundamental en la preservación del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, teniendo como uno de sus mecanismos la emisión de las denominadas sentencias exhortativas, por medio de las cuales, frente a normas con potenciales vicios de inconstitucionalidad, exhorta al Congreso a modificarlas (Velásquez, 2020, p. 198). A través de esas sentencias se evita la derogación inmediata de normas y

se busca por medio de su modificación que sean concordantes con los principios constitucionales.

Si bien el Tribunal Constitucional ha exhortado en diversas circunstancias al Congreso a modificar determinadas disposiciones legales, muchas de estas sentencias no han sido atendidas de manera oportuna, como, por ejemplo, en el Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, se instó a que el Congreso establezca el mecanismo legal idóneo para la protección de la recaudación de la regalía minera en concordancia con su finalidad comprendida en la Ley n.º 2825. No obstante, recién en el 2018 dicho exhorto fue propuesto como ley, el cual terminó siendo rechazado.

Esta falta de atención es una problemática que no es exclusiva de Perú. Por otro lado, en Argentina, parte de la doctrina cuestiona estas sentencias, pues afirma que es un medio de intromisión en la autonomía legislativa (Contreras, 2021, p. 109). Asimismo, en Colombia, un estudio expuso que de 47 sentencias exhortativas emitidas por la Corte Constitucional hasta el año 2018, solo fueron cumplidas de manera efectiva el 30 % (Ospina-Celis, 2018, p. 562), situación que evidencia ausencia de voluntad política para respetar las decisiones del órgano constitucional.

En este contexto, resulta necesario analizar la limitada eficacia de las sentencias exhortativas en el ordenamiento jurídico peruano, particularmente en su relación con el Congreso de la República. Considerando esto, en la presente investigación se plantea como problema central determinar por qué las sentencias exhortativas dirigidas al Congreso no son atendidas de manera efectiva y en qué medida dicha desatención expresa una tensión institucional entre la autonomía del legislador democrático y la función de control constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. Posición institucional del Tribunal Constitucional en el sistema jurídico y su regulación constitucional

El Tribunal Constitucional ocupa una posición singular dentro del sistema jurídico peruano, en tanto constituye un órgano constitucional autónomo, ajeno a la estructura del Poder Judicial, cuya función esencial

es garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, su ubicación institucional responde al modelo de control concentrado de la constitucionalidad, en el cual un órgano especializado ejerce la función de fiscalizar la compatibilidad de las normas infraconstitucionales con el texto constitucional, así como de resolver, en última instancia, los procesos constitucionales previstos por el ordenamiento.

La regulación constitucional expresa del Tribunal Constitucional se encuentra prevista en los artículos 201 y 202 de la Constitución Política del Perú. El artículo 201 lo reconoce como el órgano de control de la Constitución, mientras que el artículo 202 delimita de manera taxativa sus competencias, entre las que destacan el conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, la resolución de los conflictos de competencia y la revisión final de los procesos de tutela de derechos fundamentales. Esta configuración normativa evidencia que el Tribunal ejerce una función jurisdiccional de naturaleza constitucional, pero no ostenta potestades legislativas ni constituyentes, lo que resulta determinante para comprender los límites materiales de su actuación.

Desde esta perspectiva, la posición institucional del Tribunal Constitucional se define por su condición de intérprete supremo de la Constitución, lo que le confiere autoridad para precisar el sentido y el alcance de las disposiciones constitucionales; sin embargo, la doctrina advierte que dicha función interpretativa debe ejercerse dentro de los límites derivados del respeto a la función legislativa (Díaz, 2008, p. 13). En ese sentido, la doctrina advierte que el ejercicio de la jurisdicción constitucional debe desenvolverse dentro del marco del principio de separación de poderes, de modo que el control de constitucionalidad no se transforme en una forma de dirección política del proceso legislativo ni en una fuente autónoma de producción normativa (Miranda Canales, 2018, p. 95).

En consecuencia, la posición institucional del Tribunal Constitucional del Perú no puede comprenderse únicamente desde la amplitud de sus competencias, sino también desde los límites constitucionales que condicionan su ejercicio. La Constitución no solo habilita al Tribunal para ejercer el control de constitucionalidad, sino que estructura su

actuación como una función jurisdiccional sujeta a competencias expresamente delimitadas, lo que excluye cualquier posibilidad de sustitución del legislador democrático en el proceso de producción normativa. En tal sentido, la regulación constitucional del Tribunal cumple una función ordenadora del sistema, al definir su ubicación institucional y asegurar el equilibrio entre jurisdicción constitucional y función legislativa dentro del Estado constitucional (Cáceres, 2014, pp. 233-234).

2.2. Principales rasgos del sistema de control de la constitucionalidad normativa diseñado en la forma fundamental

El sistema de control de la constitucionalidad normativa diseñado por la Constitución Política del Perú adopta un modelo concentrado, en virtud del cual la competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley se atribuye de manera exclusiva al Tribunal Constitucional del Perú, como órgano especializado y autónomo de control constitucional. Este diseño busca garantizar la unidad del orden constitucional y evitar decisiones dispersas sobre la validez normativa, concentrando el juicio abstracto de constitucionalidad en un órgano dotado de legitimidad constitucional específica (Andrade et al., 2025, p. 167).

Uno de los rasgos centrales de este sistema es que el control de constitucionalidad normativa se ejerce mediante el proceso de inconstitucionalidad, cuyas sentencias producen efectos generales (*erga omnes*) y definitivos (Cáceres, 2014, p. 241). La declaración de inconstitucionalidad implica la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, lo que evidencia la intensidad de los efectos del control concentrado y justifica que su ejercicio se encuentre sujeto a criterios estrictos de seguridad jurídica y respeto del principio de separación de poderes.

El diseño constitucional peruano reconoce, asimismo, la coexistencia del control difuso, ejercido por los jueces ordinarios en casos concretos, quienes pueden inaplicar normas legales incompatibles con la Constitución (Cornejo, 2022, p. 20). No obstante, este control no desplaza al control concentrado, pues corresponde al Tribunal Constitucional la determinación definitiva y general sobre la validez de las normas, configurándose así un modelo mixto con primacía del control concentrado en materia de control normativo.

Finalmente, el sistema de control de la constitucionalidad normativa se caracteriza por no atribuir al Tribunal Constitucional facultades de creación normativa, limitando su intervención a la verificación de la compatibilidad de las leyes con la Constitución, lo que configura su actuación como la de un legislador negativo (Cáceres, 2014, p. 234). Este límite se encuentra directamente vinculado al principio de separación de poderes, en cuanto el control constitucional no puede convertirse en un mecanismo de sustitución de la voluntad del legislador democrático (Flores, 2024, p. 2).

2.3. Efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional según su Ley Orgánica

Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional producen efectos que no solo repercuten en la resolución del caso concreto, puesto que, tal como lo señala la Disposición Final Primera de su Ley Orgánica, las resoluciones del Tribunal establecen criterios interpretativos obligatorios, que deben ser aplicados por todos los jueces y los tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional, ello con el objeto de garantizar uniformidad y coherencia en la aplicación del derecho constitucional.

Asimismo, de acuerdo con la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los efectos de las sentencias del Tribunal se proyectan sobre el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, en tanto se establece que la inaplicación de una norma solo resulta procedente cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme a la Constitución. De este modo, la ley orgánica introduce una gradación en los efectos del control constitucional, al priorizar la preservación del ordenamiento jurídico mediante la interpretación conforme y reservar la expulsión normativa para los supuestos de incompatibilidad constitucional insalvable.

Del mismo modo, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica en mención, las sentencias emitidas por el Tribunal en el ámbito de sus competencias constitucionales tienen carácter definitivo y no están sujetas a control externo por otros órganos del Estado. Esto con el fin de asegurar la eficacia de los efectos de las sentencias constitucionales y reafirmar la posición del Tribunal como instancia final en materia

de constitucionalidad, lo que evita interferencias que puedan desnaturalizar el alcance jurídico de sus resoluciones.

2.4. Evolución de los Tribunales Constitucionales en su rol como intérpretes finales de la Constitución

La evolución de los Tribunales Constitucionales como intérpretes finales de la Constitución se vincula al proceso de afirmación de la Constitución como norma jurídica plenamente justiciable. En sus primeras manifestaciones históricas, el control de constitucionalidad se ejercía de forma dispersa y con efectos limitados al caso concreto, lo que impedía la consolidación de una interpretación constitucional uniforme; en particular, predominaron modelos de control difuso en los que los jueces inaplicaban la norma considerada inconstitucional únicamente con efectos *inter partes*, sin generar una lectura autoritativa para el conjunto del ordenamiento (Solozabal, 2022, p. 255).

Un punto de inflexión se produce en el período de entreguerras, cuando emerge una reflexión doctrinal sistemática en torno a la jurisdicción constitucional y se diseñan tribunales especializados encargados del control normativo. En este contexto, la propuesta kelseniana resultó decisiva al configurar al Tribunal Constitucional como un órgano autónomo cuya función central es garantizar la supremacía normativa de la Constitución frente al legislador, desplazando el carácter incidental del control hacia una función institucionalizada con autoridad interpretativa y efectos generales (Solozabal, 2022, p. 256).

En las democracias constitucionales contemporáneas, este desarrollo conduce a la consolidación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, en cuanto órgano al que corresponde decidir, en último término, los conflictos constitucionales. Esta supremacía interpretativa no se explica por una relación de jerarquía política frente a los demás poderes del Estado, sino por el ejercicio de una función jurisdiccional constitucionalmente atribuida, orientada a la resolución definitiva de controversias constitucionales. En tal sentido, la denominada «última palabra» del Tribunal debe entenderse, en sentido estrictamente jurídico, como resultado del ejercicio de la jurisdicción constitucional y no como una decisión de naturaleza política, y debe ejercerse, además,

dentro de los límites derivados del principio de separación de poderes, que impiden la sustitución de los órganos democráticamente legitimados (Díaz, 2008, pp. 15-17).

No obstante, la atribución de una función interpretativa final al Tribunal Constitucional ha suscitado cuestionamientos relevantes en torno a la legitimidad de su intervención, especialmente cuando el contenido de sus decisiones se proyecta sobre el diseño, la implementación o la evaluación de políticas públicas. En estos supuestos, la actuación del juez constitucional trasciende la mera resolución de controversias normativas y adquiere una dimensión institucional que incide en espacios tradicionalmente reservados a los órganos representativos (Caballero y García, 2020, pp. 27-28). Ello explica que se reclame la necesidad de ejercer la función interpretativa bajo criterios que eviten la sustitución del legislador democrático y preserven el equilibrio entre jurisdicción constitucional y democracia representativa, sin desconocer la función de garantía que corresponde al Tribunal en un Estado constitucional de derecho.

En este contexto, la ampliación del rol del juez constitucional se explica, en parte, por la necesidad de afrontar omisiones normativas relevantes, frente a las cuales la doctrina ha identificado técnicas que permiten activar la eficacia de la Constitución incluso ante la ausencia de desarrollo legislativo (Sagüés, 2010, p. 19). Con todo, esa expansión funcional debe conciliarse con límites institucionales que preserven la legitimidad del Tribunal: la independencia judicial puede aconsejar autocontención y, en ciertos supuestos, incluso la opción por no decidir determinadas categorías de casos, a fin de evitar que la jurisdicción constitucional desplace indebidamente los espacios propios del proceso político (Solozabal, 2022, pp. 249-250).

3. LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS

3.1. Escenario en el cual se emiten las sentencias exhortativas

Esta tipología de sentencia se emite en procesos donde el tribunal a pesar de tener competencia directa para declarar la inconstitucionalidad

no la ejerce o la ejerce parcialmente para evitar un perjuicio mayor. Asimismo, también en aquellos procesos donde no tiene competencia directa para ordenar una acción específica, por lo cual, al advertir normas con potenciales vicios de inconstitucionalidad, exhorta al Congreso a modificarlas.

El primer escenario se desarrolla en los procesos de inconstitucionalidad, los cuales son conocidos en instancia única por el Tribunal Constitucional, tal como lo establece la Constitución Política del Perú. En dichos procesos, lo normal es que el Tribunal emita o bien una sentencia estimatoria o una sentencia desestimatoria, esto quiere decir, o declara la inconstitucionalidad de una norma o desestima dicha pretensión. Sin embargo, con la finalidad de evitar la invalidez inmediata de normas y los vacíos normativos que ello podría generar, el Tribunal opta por una decisión distinta a las tradicionales, y emite una sentencia exhortativa, e inclusive si la sentencia es estimatoria, los efectos quedan suspendidos (Sagüés, 2006, p. 19).

Un ejemplo de ello se evidencia en el Expediente n.º 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, en el cual don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos interponen una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley n.º 28175 aduciendo que vulnera los artículos 26, 28 y 40 de la Constitución. Sobre ello el Tribunal Constitucional reconoce que el precario contenido de dicha ley atenta contra los derechos de los trabajadores públicos. No obstante, no declara su inconstitucionalidad porque generaría un gran vacío normativo que afectaría en mayor medida los derechos de los trabajadores públicos; por lo cual exhorta al Congreso de la República a aprobar las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, la equidad y la modernización del empleo público.

Un segundo escenario en el cual se emiten las sentencias exhortativas es el de aquellos procesos donde el Tribunal Constitucional no tiene competencia directa para declarar la inconstitucionalidad; por esa razón, al observar normas con potenciales vicios de inconstitucionalidad, exhorta al Congreso a modificarlas. Esto se puede observar en procesos de *habeas corpus*, *habeas data* y acción de amparo, donde la pretensión no recae en analizar la constitucionalidad de una norma, sino en la tutela

de otros derechos constitucionales. Por ello, si en el análisis de dichos procesos el Tribunal advierte un vicio de inconstitucionalidad, no puede declarar la inconstitucionalidad de la norma porque estaría excediendo lo pedido, esto quiere decir que estaría incurriendo en un vicio *extra petita* (Casación n.º 2546-2017, fundamento 5).

Asimismo, este segundo escenario también se ve presente cuando a criterio del Tribunal dentro de la carta magna se advierta una norma incongruente con los principios constitucionales, y dado que el Tribunal Constitucional carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas constitucionales, recurre a la exhortación con el objeto de recomendar al Congreso seguir el procedimiento de reforma correspondiente. Un ejemplo de ello recae en el Expediente n.º 0006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, en el cual el Tribunal Constitucional considera que los párrafos tercero y quinto de la Constitución Política del Perú correspondientes al antejuicio político son contrarios al principio de separación de poderes; por tanto, exhorta al Congreso a realizar la reforma constitucional correspondiente.

3.2. Naturaleza de las sentencias exhortativas

Tal como se puede advertir, las sentencias exhortativas son una categoría jurisprudencial singular, configurada por el Tribunal Constitucional del Perú en el ejercicio de su rol de garante de la supremacía constitucional, pero también de promotor del desarrollo normativo dentro del marco del principio de separación de poderes. Debido a que dichas sentencias no tienen la finalidad de generar efectos jurídicos vinculantes en los destinatarios, sino que buscan incidir moral y políticamente en el accionar de los otros poderes del Estado, de manera particular en el Legislativo, por medio de la formulación de recomendaciones interpretativas o normativas, por lo cual se emiten en casos donde existen vacíos, defectos o insuficiencias normativas que afectan la coherencia del ordenamiento, pero cuya corrección no está dentro de las competencias coercitivas del Tribunal Constitucional.

En este marco de ideas, el Tribunal Constitucional ha definido a las sentencias exhortativas como una forma de recomendación, que tiene como objeto orientar o mejorar aspectos del ordenamiento jurídico, sin

la necesidad de declarar su invalidez, tal como lo señala en el Expediente n.º 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.4:

> Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *estrictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Es en virtud de lo expresado por el Tribunal Constitucional que las sentencias exhortativas se enmarcan dentro de las denominadas sentencias interpretativas-manipulativas, pues no declaran la inconstitucionalidad o no de una norma, sino que buscan armonizar el sistema jurídico por medio de la sugerencia de mejoras legislativas, sin una obligatoriedad respecto de su cumplimiento. Por esta razón, se ubica a las sentencias exhortativas en un espacio intermedio entre la vinculación estricta del precedente constitucional (que impone una regla obligatoria a jueces y poderes públicos) y la opinión *obiter dicta* del Tribunal (que carece de fuerza interpretativa formal), puesto que se trata de una forma de control colaborativo y sugerente, cuya eficacia depende del grado de autoridad que el TC logre desarrollar con sus argumentos.

3.3. Contenido de las sentencias exhortativas

Asimismo, es menester mencionar que de la definición dada por el Tribunal Constitucional se pueden advertir de manera puntual cuatro elementos definitorios: (i) son recomendaciones formales; (ii) tienen una función armonizadora del orden jurídico; (iii) respetan la discrecionalidad legislativa; y, (iv) se basan en el principio de persuasión. Dichos elementos han sido desarrollados por el propio Tribunal en diversas sentencias, lo cual permite entender que la definición no es un elemento

aislado, sino que comprende un núcleo conceptual desde el cual se expande una doctrina jurisprudencial coherente.

Respecto del primer elemento de la definición señalada, el carácter no vinculante pero sí argumentativo fue desarrollado en la sentencia Expediente n.º 0016-2005-PI/TC, en la cual el Tribunal estableció una diferencia expresa entre los precedentes vinculantes y las exhortaciones:

> El precedente vinculante establece una obligación imperativa que han de seguir los órganos jurisdiccionales; la exhortación, en cambio, persuade o invoca la ejecución de una acción. En tal sentido, ahí donde existe una obligación impuesta por un precedente vinculante, no cabe exhortar. (Fundamento 17)

Lo expuesto por el Tribunal amplía la definición inicial y fortalece la idea de que la exhortación no genera obligación jurídica directa, sino que se ampara en la voluntad normativa del órgano competente al cual va dirigida. Asimismo, cabe mencionar que la diferencia no solo es terminológica, sino también de matiz funcional, puesto que delimita los alcances y las prerrogativas del poder normativo del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su rol institucional, ya que la aceptación de este límite es una demostración de respeto hacia el principio de separación de poderes, en concordancia con los estándares de un Estado constitucional de derecho.

Como segundo elemento de la definición de las sentencias exhortativas se encuentra la función armonizadora ante conflictos normativos, que se relaciona con la búsqueda de la plenitud del ordenamiento jurídico. En la sentencia Expediente n.º 0020-2015-PI/TC, se desarrolló que la armonización del sistema jurídico exige detectar y corregir vacíos, contradicciones o deficiencias:

> En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin. (Expediente n.º 0020-2015-PI/TC, fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera)

Este fundamento muestra que las exhortaciones judiciales son parte de un marco más amplio para mantener la unidad y la plenitud del derecho. Cuando el TC emite una exhortación, lo hace porque advirtió una falta de armonía legislativa, una laguna normativa o un problema interpretativo, los cuales impiden el buen funcionamiento del sistema jurídico. Debido a ello, las sentencias exhortativas tienen la capacidad de señalar áreas de ambigüedad o disfunción que, si bien no necesariamente indican una inconstitucionalidad directa, sí crean tensiones normativas que el legislador debería resolver.

Lo antes expuesto sigue la línea de ideas desarrollada por la Corte Constitucional italiana, que reconoce el valor funcional de las sentencias exhortativas (*sentenze di monito*) y las comprende como instrumentos de advertencia al legislador sobre la necesidad de intervenir para corregir incoherencias o injusticias normativas (Cocchiara, 2023, p. 15). Por lo tanto, en el contexto peruano, las exhortaciones se convierten en una forma de técnica de gobernanza jurídica dirigida a preservar la funcionalidad del sistema legal sin interferir o corromper competencias normativas.

Siguiendo con el análisis de la definición, el tercer elemento referido por el TC es el respeto a la discrecionalidad del legislador, principio que asegura que la exhortación no se desnaturalice, convirtiéndose en una imposición normativa. Ello fue abordado en la sentencia Expediente n.º 0090-2004-AA/TC, donde se sostiene:

> Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.
>
> […]
>
> Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales. (Fundamento 9)

Este reconocimiento institucional tiene importantes implicaciones doctrinales. En primer lugar, establece que el legislador tiene derecho a tomar decisiones de política pública dentro de los límites de la Constitución; en segundo lugar, impide que el Tribunal Constitucional asuma la función del legislador bajo el pretexto de una interpretación amplia de sus competencias. De esta manera, la exhortación se convierte en una forma respetuosa de intervenir, la cual mantiene a distancia el control constitucional y la política legislativa.

Aunado a ello, como cuarto elemento de la definición se encuentra el principio de persuasión, el cual es la base operativa de la sentencia exhortativa, puesto que la exhortación no obliga por su fuerza coercitiva, sino por su fuerza argumentativa. Ello se basa en la legitimidad institucional del Tribunal y en la calidad técnica de su razonamiento jurídico. La eficacia de la exhortación depende entonces de la capacidad de la Corte de convencer a las otras instituciones del gobierno de que hagan lo que ella dice empleando argumentos lógicos basados en los valores de la Constitución. En este tipo de sentencias la autoridad del Tribunal no es impuesta por medio de la coerción, sino a través de la calidad de los argumentos expuestos y la fuerza de su razonamiento jurídico.

En consecuencia, la diferencia entre las sentencias exhortativas y los precedentes vinculantes no es únicamente formal, sino funcional y material. Mientras el precedente vinculante constituye una decisión judicial dotada de fuerza obligatoria, destinada a asegurar la uniformidad y la previsibilidad en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales, la sentencia exhortativa se configura como un mecanismo de orientación institucional que carece de efectos jurídicos imperativos y que se apoya, fundamentalmente, en la persuasión argumentativa y en la autoridad interpretativa del Tribunal Constitucional. Como señala Morocco (2024, p. 158), el precedente vinculante impone una regla de obligatorio seguimiento en casos posteriores análogos, en tanto que la sentencia exhortativa no genera un deber jurídico de cumplimiento, sino que busca influir en la actuación de los poderes públicos a través de recomendaciones dirigidas a la adecuación normativa conforme a los valores constitucionales. Esta distinción permite comprender que la exhortación no persigue sustituir la voluntad del legislador democrático, sino incidir

en ella de manera indirecta, promoviendo la cooperación interinstitucional y el desarrollo normativo dentro del marco del principio de separación de poderes.

3.4. Tipos de sentencias exhortativas

3.4.1. Según su nivel de vinculatoriedad

En relación con esta clasificación, pueden distinguirse dos tipos. En primer término, se encuentran las sentencias exhortativas de carácter vinculante, en las cuales el Tribunal Constitucional fija un plazo razonable para su cumplimiento, dentro del cual el Congreso debe aprobar una norma sustitutoria que reemplace a la disposición observada, asegurando su adecuación a las normas, los principios y los valores constitucionales. Por ende, en este tipo de decisiones se recurre a la figura de la *vacatio sententiae*, mediante la cual se suspende temporalmente la eficacia de una parte del fallo, modulando así los efectos de la decisión en el tiempo (Expediente n.º 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.3).

En esta modalidad, la exhortación puede derivar en tres posibles desenlaces: (i) la expedición oportuna de una ley sustitutoria por parte del legislador; (ii) la conclusión íntegra del período de suspensión sin que el Congreso haya atendido lo exhortado; o, (iii) la emisión de una segunda sentencia constitucional, como consecuencia de la inacción legislativa y del vencimiento del plazo razonable otorgado para aprobar la norma sustitutiva.

Asimismo, en segundo término, se identifican las denominadas sentencias exhortativas de carácter persuasivo, las cuales no establecen un plazo para el cumplimiento de lo exhortado. Estas decisiones se configuran como recomendaciones o sugerencias en sentido estricto, formuladas al legislador a partir de la función armonizadora del Tribunal Constitucional frente a los conflictos sometidos a su conocimiento, con la finalidad de que, en el ejercicio de su discrecionalidad política y dentro del marco de la Constitución, pueda corregir o perfeccionar determinados aspectos de la regulación jurídica vigente. En este tipo de sentencias opera el principio de persuasión, y su utilización se justifica cuando, aunque no se advierte un vicio de inconstitucionalidad propiamente

dicho, se identifica una legislación deficiente que, sin llegar a ser incompatible con la Constitución, afecta el adecuado funcionamiento del sistema constitucional (Expediente n.º 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.3).

3.4.2. Según la relación entre la exhortación y la estimación o la desestimación de la inconstitucionalidad de las disposiciones objeto de juicio

Como primera categoría dentro de esta tipología se encuentran las exhortaciones al legislador formuladas en sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad de la norma examinada. En estos casos, el Tribunal Constitucional desestima la pretensión de invalidez, pero incorpora en su decisión una recomendación dirigida al legislador, mediante la cual señala la conveniencia o la necesidad de introducir modificaciones a la ley cuestionada, con el propósito de superar las observaciones constitucionales identificadas, sin que ello conlleve la declaración de inconstitucionalidad. La doctrina se refiere a esta modalidad como «sentencias de delegación» o «sentencias-ley», en la medida en que mantienen la vigencia de la norma y trasladan al legislador la tarea de su adecuación constitucional (Castro, 2011, pp. 88-89).

Asimismo, como segunda categoría se identifican las exhortaciones dirigidas al legislador contenidas en sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional no dispone la expulsión inmediata de la disposición del ordenamiento jurídico, sino que encarga al legislador la tarea de subsanar la inconstitucionalidad advertida, dentro de un determinado marco temporal o normativo. Esta técnica responde a la constatación de que la eliminación de una norma no garantiza, en todos los casos, la efectiva restauración del orden constitucional, puesto que se podrían producir afectaciones graves a derechos fundamentales, a bienes constitucionales relevantes o al interés público, lo que justifica la utilización de mecanismos que permitan una corrección normativa gradual e institucionalmente coordinada (Castro, 2011, p. 94).

De igual modo, como tercer tipo se identifican las exhortaciones dirigidas al legislador que se encuentran desvinculadas del carácter estimatorio o desestimatorio de la sentencia relativa a la constitucionalidad

de la norma examinada. En estos casos, las exhortaciones se configuran como mensajes autónomos, formulados al margen del sentido decisorio de la sentencia, mediante los cuales el Tribunal sugiere al legislador regular o desarrollar determinados aspectos normativos que guardan relación, no siempre directa, con la materia objeto de la ley enjuiciada. La emisión de este tipo de exhortaciones no implica la evasión de la declaración de inconstitucionalidad ni de la interpretación conforme a la Constitución, sino que opera como un complemento de la decisión adoptada, orientado a perfeccionar el ordenamiento jurídico sin alterar el sentido del fallo (Castro, 2011, pp. 100-101).

3.5. Las recomendaciones constitucionales como mecanismo de orientación legislativa

Tal como se ha desarrollado, las recomendaciones constitucionales conforman una técnica mediante la cual la jurisdicción constitucional, al advertir la existencia de una norma inconstitucional o presuntamente incompatible con la Constitución, opta por no sustituir directamente al legislador y traslada a este la tarea de adecuación normativa. A través de este mecanismo, el Tribunal Constitucional evita reducir su intervención a la simple expulsión de la norma del ordenamiento, preserva el margen de configuración legislativa y encomienda al Congreso la aprobación de un nuevo texto normativo conforme a los parámetros constitucionales, incluso con la posibilidad de fijar o no un plazo para el cumplimiento de dicha tarea (Sagüés, 2006, p. 193).

La utilización de recomendaciones como mecanismo de orientación legislativa adquiere especial relevancia cuando las decisiones constitucionales se proyectan sobre ámbitos con alta densidad política, como el diseño, la implementación o la evaluación de políticas públicas. En estos supuestos, la recomendación permite al Tribunal incidir en la corrección de déficits normativos sin presentarse como un actor que sustituye al legislador, aun cuando su intervención pueda tener efectos relevantes sobre opciones políticas adoptadas por órganos representativos. Ello explica los debates doctrinales en torno a la legitimidad de la intervención judicial en este tipo de materias (Caballero y García, 2020, pp. 228-229).

En este marco, las recomendaciones constitucionales se articulan también como una manifestación de autocontención institucional, en la medida en que permiten al Tribunal Constitucional modular la intensidad de su intervención cuando una decisión exhaustiva podría desbordar su función jurisdiccional. La orientación legislativa aparece, así como una alternativa intermedia entre la inacción jurisdiccional y la sustitución normativa, compatible con la exigencia de preservar la independencia judicial y con la posibilidad de que, en determinados supuestos, el órgano constitucional opte por limitar su decisión o incluso abstenerse de resolver plenamente ciertas categorías de casos (Solozabal, 2022, pp. 249-250).

4. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS

4.1. Posturas dogmáticas sobre las sentencias exhortativas en el derecho comparado

Desde un punto de vista funcional las sentencias exhortativas expresan un mecanismo de diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo: en lugar de imponer una consecuencia normativa directa, el juez constitucional propone una solución correctiva dentro de los parámetros de la deliberación democrática. Esta lógica permite comprender que la exhortación no se agota en el resultado estimatorio o desestimatorio, sino que opera como una técnica de interacción institucional orientada a preservar el equilibrio entre la eficacia de la Constitución y el respeto a la función legislativa.

Dentro de ese marco, una primera postura dogmática visible, por ejemplo, en la doctrina constitucional de Uruguay, afirma que estas sentencias no restringen la independencia y la autonomía del legislador, sino que cumplen una función de orientación que deja un margen amplio de libertad para la toma de decisiones. En esa línea, se sostiene que la exhortación refleja una comprensión constitucional en la que el tribunal actúa como intermediario comprometido con la efectividad de la Constitución, pero respetuoso del diseño institucional de las competencias (Vargas Murillo, 2020, p. 9).

Sin embargo, el derecho comparado también muestra una segunda línea crítica que no discute necesariamente la licitud de la técnica, sino su eficacia práctica cuando la concreción del exhorto depende enteramente de la voluntad política del órgano legislativo. En sistemas como el de Colombia, donde la Corte Constitucional ha recurrido reiteradamente al exhorto, en particular frente a omisiones legislativas que afectan a grupos vulnerables, la doctrina advierte que la técnica puede resultar ineficaz cuando las recomendaciones permanecen sin atención durante años, lo que repercute negativamente en la efectividad del principio de supremacía constitucional (Ospina, 2018, p. 562).

Esta crítica se complementa con un reproche adicional: en ciertos supuestos, el uso del exhorto podría implicar un aplazamiento de decisiones jurisdiccionales relevantes, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales que requieren una protección inmediata (Sarmiento, 2020, pp. 15-18). Sobre la base de ello, se sostiene que aun cuando las exhortaciones puedan contener advertencias oportunas, su empleo termina postergando respuestas constitucionales que el juez debería adoptar sin dilación, debilitando con ello el papel protector del tribunal.

Frente a tales objeciones, también se presenta una defensa dogmática basada en la idea de que las exhortaciones pueden operar como una forma indirecta de control constitucional que no impacta en la estructura democrática. Desde esta perspectiva, planteada igualmente en el debate colombiano, el exhorto permitiría al juez desarrollar estándares de constitucionalidad sin sustituir al legislador, con lo cual reforzaría la legitimidad de la función legislativa y fortalecería el principio de cooperación entre poderes (Velandia, 2018, p. 78).

Una tercera línea de discusión en la experiencia comparada de Argentina enfatiza la tensión entre representación democrática y activismo judicial cuando las exhortaciones dejan de ser generales y pasan a formular indicaciones específicas sobre la forma en que el Congreso debe legislar. En esos escenarios, la crítica se centra en el riesgo de invasión competencial y en el problema de legitimidad que ello supone, considerando que los jueces carecen de representación popular y, por ende,

su injerencia normativa, aunque indirecta, puede ser percibida como un exceso (Contreras, 2021, p. 109).

No obstante, dentro del mismo debate argentino también se formula una posición justificatoria, según la cual las exhortaciones judiciales cumplen una función necesaria para prevenir vacíos legales que pueden surgir cuando una norma se declara inconstitucional sin ser sustituida por una nueva regulación (Perícola y Linares, 2019, p. 304). Bajo esta premisa, la exhortación se presenta como una medida intermedia que evita la usurpación de competencias, a la vez que fortalece el equilibrio entre eficacia constitucional y respeto institucional, especialmente en contextos en los que la expulsión inmediata podría generar disfuncionalidades.

En el caso de Chile, la discusión comparada permite perfilar con mayor nitidez los criterios sobre el alcance de la exhortación, pues se ha sostenido que estas sentencias no interfieren en las funciones del legislador en la medida en que no introduzcan modificaciones normativas específicas, limitándose a exponer la necesidad de una corrección constitucional y preservando así la autonomía del Parlamento como órgano principal de producción normativa (Tribunal Constitucional de Chile, 2020). Esta postura sitúa el problema en el grado de concreción del mensaje judicial y en su potencial para condicionar el proceso legislativo.

Aun así, desde una lectura crítica de la práctica chilena, se advierte que cuando el tribunal orienta el contenido de futuras leyes podría configurarse una forma de reemplazo del legislador mediante una función normativa indirecta, lo que tensiona el principio de rigidez funcional (Meléndez, 2019, p. 34). En esa línea, se afirma que estas sentencias pueden constituir un control indirecto del contenido legislativo al imponer parámetros de constitucionalidad que condicionan profundamente el debate parlamentario, con el riesgo de transformar el rol del juez constitucional en una figura semilegislativa (Ruiz, 2018, p. 205).

Por otra parte, el derecho comparado también registra posiciones favorables que destacan la utilidad institucional de las sentencias exhortativas como instrumentos para afianzar la labor legislativa en contextos de incumplimiento de deberes constitucionales. En este sentido, en Guatemala se sostiene que la sentencia exhortativa puede operar como

un recordatorio institucional de las obligaciones impuestas por la carta magna, contribuyendo a restablecer el equilibrio del sistema de frenos y contrapesos y a reforzar el papel del juez constitucional como garante último del orden constitucional (Álvarez, 2020, p. 88).

De igual modo, la doctrina y la jurisprudencia peruanas han desarrollado una concepción colaborativa del uso de las exhortaciones, en la que estas decisiones permiten evitar la expulsión inmediata de normas inconstitucionales y los vacíos normativos o situaciones de inseguridad jurídica que ello podría generar. Con lo cual otorgan al Congreso la oportunidad de realizar los ajustes normativos necesarios dentro de un proceso dialógico (Landa, 2019, p. 52). En esta línea, se sostiene que las exhortaciones preservan la libertad legislativa al mismo tiempo que ejercen una presión institucional legítima orientada a la producción normativa conforme a la Constitución (Velásquez, 2020, p. 198), lo que consolida al Tribunal Constitucional como un garante colaborativo que no invade las competencias propias del legislador (Apaza y Ponce, 2019, p. 227).

4.2. Cumplimiento de las sentencias exhortativas en el derecho comparado

El análisis comparado del cumplimiento de las sentencias exhortativas pone en evidencia una latente tensión entre la función interpretativa y la omisión normativa. En países como Italia, se observa una estrategia judicial más contundente, que ha derivado en pronunciamientos con impactos jurídicos importantes frente a la inacción parlamentaria. Ejemplo de ello es la sentencia 129/2008, donde la Corte Constitucional italiana exhortó al Parlamento a reformar el artículo 630 del Código Penal para reconocer la posibilidad de revisar una condena cuando existiese una vulneración a derechos fundamentales declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dicha exhortación no fue atendida y producto de ello, por medio de la sentencia 113/2011, se declaró la inconstitucionalidad del precepto por vulneración al derecho al debido proceso.

Lo antes indicado permite evidenciar que si bien las exhortaciones pueden no tener inicialmente un carácter coercitivo, en contextos de persistente omisión legislativa, los tribunales constitucionales pueden transformar tales exhortaciones en mandatos normativos con efectos sancionatorios. Ello refuerza la función del juez constitucional como garante sustancial de la supremacía de los derechos fundamentales y demuestra que incluso sin invadir competencias legislativas, es posible que el Poder Judicial reactive los mecanismos de control mediante decisiones ulteriores que transforman el exhorto en exigencia jurídica.

En contraste a ello, en el escenario colombiano se advierte una preocupante debilidad institucional frente a la eficacia de las exhortaciones, aun cuando cuentan con plazos específicos para la atención del legislador. La Corte Constitucional de Colombia, por medio de la sentencia C-577/2011, dio al Congreso un plazo de dos años para legislar respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, sin obtener respuesta alguna. Frente a esta omisión legislativa, la Corte, a través de la sentencia SU-214 de 2016, optó por permitir el matrimonio igualitario. Esto hace posible observar una doble problemática, puesto que, por un lado, existe una dificultad del legislador para asumir sus deberes respecto del tratamiento del marco normativo en concordancia con los valores constitucionales; y, por otro lado, se encuentra la tensión institucional producida cuando el juez constitucional debe suplir dicha omisión, lo cual desnaturaliza en parte los límites entre creación e interpretación normativa.

En el ordenamiento jurídico chileno hay una falta de cumplimiento de las sentencias exhortativas, que responde a factores políticos que mitigan la voluntad del legislador en cuanto al desarrollo de reformas estructurales exhortadas por el Tribunal Constitucional. Sobre ello, Vargas Cárdenas (2018, p. 34) señala que la negativa a atender las exhortaciones judiciales en Chile expone un bloqueo político-institucional, en el cual se priorizan fines políticos sobre el cumplimiento de las mencionadas sentencias. Este accionar obstructivo, aunque fundamentado en la autonomía funcional del Congreso, menoscaba el diálogo institucional entre poderes.

Asimismo, en Guatemala se puede advertir un caso paradigmático de ineficacia sistemática en el cumplimiento de las sentencias exhortativas,

en lo que respecta al Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas, pues, aunque la Corte Constitucional ha emitido más de quince sentencias exhortando al Congreso a legislar conforme a los compromisos internacionales asumidos por dicho país, estas no han sido tomadas en cuenta por el órgano legislativo (García, 2022, p. 27). Esto denota una grave falta de compromiso con los estándares internacionales de derechos humanos y, a su vez, expone un patrón de desobediencia estructural que compromete la validez práctica del sistema de justicia constitucional, lo cual permite advertir que, en ausencia de mecanismos de seguimiento o coerción institucional, las exhortaciones terminan convirtiéndose en meras declaraciones programáticas sin eficacia material.

5. ATENCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS EMITIDAS EN EL PERÚ

El análisis de la atención que han recibido las sentencias exhortativas en el ordenamiento peruano resulta imprescindible para comprender no solo su grado de eficacia, sino también el posicionamiento institucional del Tribunal Constitucional frente al legislador y otros órganos del poder público. La práctica jurisprudencial peruana pone en evidencia que las exhortaciones en diversos casos son desatendidas o dilatadas indefinidamente, escenario que ha generado cuestionamientos doctrinales y ha puesto en debate la necesidad de analizar los mecanismos de seguimiento, cumplimiento e impacto de estas decisiones.

En atención a ello, la tabla que se mostrará a continuación se construyó a partir de un muestreo intencional de carácter cualitativo, se seleccionaron sentencias exhortativas representativas para examinar el grado de atención que han recibido y su incidencia en la relación institucional entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República. El criterio de selección se centró en el contenido y el alcance de la exhortación, por lo cual se delimitó el análisis a un período comprendido entre el 2003 y el 2023.

Es decir, la presente tabla no tiene por finalidad realizar una medición cuantitativa del grado de cumplimiento de las sentencias exhortativas, sino ilustrar, a partir de un muestreo cualitativo intencional,

patrones relevantes en la interacción institucional entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República. En ese sentido, los casos seleccionados cumplen una función analítica y ejemplificativa, orientada a evidenciar tendencias estructurales de atención o inobservancia, sin pretensión de generalización estadística.

Tabla 1

Atención de las sentencias exhortativas por parte del Congreso en Perú

Expediente	Contenido	Atención
Exp. n.º 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003	Modificar las normas del D. L. n.º 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los estándares constitucionales.	Proyecto de Ley n.º 3005/2008-CR.
Exp. n.º 0006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003.	Modificar la Constitución Política, en concordancia con los fundamentos 17 y 27, y su Reglamento, con atención a los fundamentos 23, 24, 26 y 28.	Proyecto de Ley n.º 3134/2017, en archivo en fecha 17 de agosto de 2021.
Exp. n.º 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005.	Determinar el mecanismo legal para la protección de la recaudación de la regalía minera según la finalidad establecida en los artículos 8 y 9 de la Ley n.º 2825.	El proyecto de ley fue rechazado en el 2018.
Exp. n.º 0022-2004-AI/TC, del 12 de agosto de 2005.	Sistematización de leyes orgánicas vigentes.	No fue atendido.
Exp. n.º 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005.	Aprobar las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público.	No fue atendido.
Exp. n.º 03426-2008-PHC/TC, del 26 de agosto de 2010.	Aprobar una ley respecto del tratamiento, la supervisión, el procedimiento, la ejecución y el cese de las medidas de seguridad de internación.	Proyecto de Ley n.º 619/2021-CR, del 3 de noviembre de 2021.
Exp. n.º 04227-2009-PHD/TC	Debatir el Proyecto de Ley n.º 4455/2010-CR, para que no se siga incurriendo en un supuesto de inconstitucionalidad abstracta por omisión.	No fue atendido.
Exp. n.º 02748-2010-PHC/TC, del 11 de agosto de 2010.	Modificar el plazo de la investigación preparatoria regulada en el artículo 342.2 del CPP.	No fue atendido.

Exp. n.º 0002-2014-PCC/TC, del 18 de marzo de 2014.	Definir, precisar, aclarar o corregir en un plazo razonable la situación jurídica del distrito de Huallanca.	No fue atendido.
Exp. n.º 03853-2021-PA/TC, del 22 de julio de 2022.	Adoptar medidas para asegurar la igualdad entre viudos(as) en el acceso a la pensión de viudez.	Proyecto de Ley n.º 5145/2022-CR, del 23 de mayo de 2023.
Exp. n.º 02695-2021-PA/TC, del 24 de enero de 2023.	Modificar el art. 20 del Código Civil.	No fue atendido.

De la presente tabla se puede advertir no solo un patrón de incumplimiento reiterado, sino que permite una perspectiva más amplia del problema, ya que la falta o nula respuesta del Legislativo no puede ser entendida únicamente como una omisión institucional, pues, en muchos casos, el desinterés legislativo es una consecuencia de una tensión entre la función jurisdiccional del Tribunal y la función deliberativa y representativa del Congreso, puntualmente en aquellas exhortaciones que buscan imponer la política legislativa conforme a su propia interpretación constitucional.

En efecto, si bien es cierto que las exhortaciones no son vinculantes, su contenido tiende a adoptar la forma de mandatos indirectos, muchas veces prescriptivos, en los que el Tribunal Constitucional no se limita a señalar un vacío normativo o una situación de inconstitucionalidad por omisión, sino que indica con detalle qué debe aprobarse, cómo debe estructurarse la norma y en qué sentido debe legislarse. Tal es el caso, por ejemplo, del Expediente n.º 2050-2002-AA/TC, donde se exhorta a modificar el régimen disciplinario de la Policía Nacional conforme a ciertos estándares constitucionales fijados unilateralmente por el TC, o del Expediente n.º 008-2005-PI/TC, donde se pide la aprobación de leyes complementarias a una ley marco, sin contemplar el margen de configuración que corresponde naturalmente al Congreso.

Esta forma de intervención judicial, canalizada a través de exhortaciones que incorporan directrices normativas detalladas, ha sido caracterizada por parte de la doctrina como una manifestación de activismo judicial indirecto, en la medida en que puede tensionar el modelo

clásico de separación de poderes, debido a que, tal como ya se ha referido, el Congreso tiene legitimidad para deliberar y decidir conforme a las mayorías representativas. No obstante, las exhortaciones del TC, al dirigirse a los legisladores como si fueran simples ejecutores de un mandato jurisdiccional, pueden interpretarse como una injerencia indebida en el diseño de políticas públicas; por lo cual, la falta de atención a muchas de estas exhortaciones se da en virtud de una resistencia institucional justificada ante lo que se percibe como una pretensión judicial de legislar por vía indirecta.

Asimismo, cabe destacar que el propio lenguaje de las sentencias exhortativas contribuye a esa resistencia. Pese a su carácter no vinculante, muchas de ellas incluyen términos como «el Congreso debe», «corresponde al legislador aprobar», «es imperativo que se legisle en tal sentido», los cuales se alejan del tono sugerente propio de las recomendaciones y se aproximan al imperativo propio de una decisión coactiva. Esta ambigüedad entre exhortación y orden deslegitima la sentencia exhortativa, puesto que menoscaba el equilibrio entre las funciones de los poderes del Estado y relega al Congreso a un rol subordinado.

Por otra parte, que algunas exhortaciones hayan sido atendidas con iniciativas legislativas que de manera posterior fueron archivadas o rechazadas evidencia que el Congreso sí ha procesado formalmente algunas de estas recomendaciones, pero no necesariamente ha coincidido con su contenido, pues esto no comprende incumplimiento, sino una manifestación legítima de la autonomía parlamentaria. En consecuencia, más allá de la retórica del trabajo interinstitucional, lo que se puede advertir es una tensión entre dos órganos del Estado. Por un lado, el Tribunal Constitucional pretende corregir deficiencias estructurales o impulsar reformas que considera urgentes; mientras que, por otro lado, el Congreso se reserva el derecho a decidir cuándo, cómo y si legisla sobre tales materias.

6. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL EQUILIBRIO ENTRE LA INDEPENDENCIA LEGISLATIVA Y LA FUNCIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Las sentencias exhortativas, aun cuando carecen de efectos jurídicamente vinculantes, cumplen una función relevante en la orientación de la

actividad legislativa hacia parámetros de constitucionalidad y en la tutela indirecta de los derechos fundamentales, en tanto buscan evitar vacíos normativos o disfuncionalidades derivadas de la expulsión inmediata de normas inconstitucionales (Miranda, 2022, p. 18). Sin embargo, su limitada eficacia práctica no puede explicarse únicamente por la ausencia de obligatoriedad formal, sino también por la percepción frecuente en la praxis parlamentaria de que dichas exhortaciones contienen, en ocasiones, una pretensión de direccionar la actividad legislativa conforme a la visión interpretativa del propio Tribunal Constitucional, lo que genera resistencias institucionales por parte del Congreso.

Esta situación evidencia una tensión estructural entre la autonomía legislativa y la función de control constitucional, particularmente cuando el Tribunal, al amparo de su rol interpretativo, adopta una posición cercana a la de un legislador positivo. En estos supuestos, el riesgo no se limita a la ineficacia del exhorto, sino que alcanza la posible desnaturalización de la función jurisdiccional y el debilitamiento del principio de separación de poderes, en la medida en que el juez constitucional deja de limitarse a controlar la compatibilidad normativa y pasa a incidir de manera directa en el contenido de la producción legislativa (Apaza y Ponce, 2019, p. 227). Tal desplazamiento funcional refuerza la percepción de que la exhortación opera como una forma indirecta de coacción política más que como un instrumento de cooperación institucional.

Desde esta perspectiva, resulta comprensible que el Congreso opte por no atender determinadas exhortaciones, especialmente cuando estas no se presentan como parte de un diálogo institucional genuino, sino como una imposición técnica revestida de recomendación. En efecto, si bien el activismo judicial dialógico puede fomentar intercambios constructivos entre los poderes del Estado, ello solo es posible cuando se respeta el ámbito de deliberación democrática y la autonomía decisoria del legislador; de lo contrario, cuando la exhortación se formula de manera unilateral y prescriptiva, se genera un efecto contraproducente caracterizado por el rechazo sistemático de estos pronunciamientos y la consiguiente pérdida de eficacia del control constitucional exhortativo (Vargas Murillo, 2020, p. 9).

Esta crítica se refuerza cuando se advierte que, en la práctica, algunas sentencias exhortativas no se limitan a establecer criterios generales de adecuación constitucional, sino que avanzan hacia la determinación de contenidos normativos específicos, lo que transforma al Tribunal Constitucional en un actor con iniciativa normativa *de facto*, por lo cual, aunque las exhortaciones pueden entenderse como una forma de comunicación institucional con el legislador, esta justificación se debilita cuando el tribunal precisa el contenido de la reforma, pues ello puede afectar la libertad de configuración legislativa (Castro, 2011, pp. 90). En estos casos, la exhortación compromete la legitimidad democrática del Parlamento y refuerza la crítica según la cual los jueces, carentes de representación popular, exceden su ámbito competencial (Contreras, 2021, p. 109).

Frente a este escenario, la superación de la tensión entre independencia legislativa y control constitucional no pasa por la supresión de las sentencias exhortativas, sino por su reconfiguración institucional y funcional, en la medida en que la doctrina ha señalado que estas técnicas decisorias resultan compatibles con el principio de separación de poderes siempre que no impliquen la sustitución de la competencia legislativa (Sagüés, 2006, p. 193). Desde esta perspectiva, resulta posible explorar mecanismos orientados a mejorar la eficacia institucional de las exhortaciones, tales como su seguimiento en sede parlamentaria o su canalización a través de órganos constitucionales autónomos, sin que ello suponga desnaturalizar la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

No obstante, la viabilidad de tales alternativas exige que el Tribunal Constitucional preserve su carácter jurisdiccional, motivando sus decisiones con razones jurídicas y evitando que su función interpretativa derive en una alteración o apropiación de la Constitución (Solozabal, 2022, pp. 244-245). En particular, resulta indispensable que las exhortaciones se orienten a la formulación de parámetros generales de constitucionalidad y no a la imposición de soluciones normativas cerradas, en coherencia con la exigencia de que la «última palabra» del Tribunal sea de naturaleza estrictamente jurídica y se ejerza bajo criterios de autocontención y deferencia razonada, como condiciones necesarias para

preservar el equilibrio entre jurisdicción constitucional y democracia representativa (Díaz, 2008, pp. 16-17).

7. CONCLUSIONES

La investigación permite concluir que la falta de atención efectiva a las sentencias exhortativas dirigidas al Congreso de la República no se explica exclusivamente por su carácter no vinculante, sino por una tensión institucional estructural entre la autonomía del legislador democrático y el alcance de la función de control constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional. En particular, cuando las exhortaciones son percibidas como intentos de direccionar el contenido de la legislación futura, el Congreso tiende a reaccionar mediante la inobservancia, en defensa de su esfera de competencia normativa. Dicha tensión institucional debe entenderse, por tanto, como una manifestación estructural del diseño del Estado constitucional y no como un conflicto coyuntural atribuible exclusivamente a déficits de voluntad política.

Asimismo, se ha evidenciado que la eficacia de las sentencias exhortativas depende en gran medida del modo en que el Tribunal Constitucional ejerce su función orientadora. Las exhortaciones formuladas a partir de parámetros generales de constitucionalidad, respetuosas de la deliberación democrática y del margen de configuración legislativa, presentan mayores condiciones de aceptación institucional que aquellas que incorporan indicaciones normativas específicas, las cuales tienden a ser interpretadas como una forma indirecta de sustitución del legislador.

El estudio del derecho comparado ha permitido evidenciar que esta tensión no es exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, sino que también está presente en otros sistemas jurídicos, en los cuales se aceptan las exhortaciones cuando preservan la autonomía legislativa y se rechazan cuando generan una presión institucional excesiva. Ello confirma que la eficacia de esta técnica decisoria está condicionada por su adecuación al diseño institucional y político de cada sistema constitucional.

En consecuencia, se concluye que la efectividad de las sentencias exhortativas en el Perú requiere una reorientación funcional de esta

técnica decisoria, basada en criterios de autocontención, deferencia razonada y formulación de estándares constitucionales generales, que permitan al Tribunal Constitucional cumplir su función de garante de la supremacía constitucional sin desnaturalizar la competencia del legislador democrático. Solo bajo estas condiciones las exhortaciones pueden constituir un instrumento idóneo de diálogo institucional y no un factor de profundización del conflicto entre poderes.

REFERENCIAS

Álvarez Ortiz de Espada, I. (2020). Breve análisis sobre algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de aplicación obligatoria para Guatemala relacionados al acoso laboral. *Revista Análisis de la Realidad Nacional*, *9*(196), 53-92.

Andrade Castillo, R. E., Zambrano Macías, K. G., y Velez Cagua, V. A. (2025). Control constitucional como garantía del orden democrático. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, *9*(3), 151-169. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v9i2.17585

Apaza Jallo, N., y Ponce Flores, G. (2019). El Tribunal Constitucional como legislador positivo en la dinámica jurisprudencial. *Gaceta Constitucional*, *143*, 223-244.

Azurín, A., y Rodríguez, K. (2021). Expectativas por los suelos: el panorama sombrío del siguiente Congreso. *Memoria*, (33). https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/reportaje/expectativas-por-los-suelos-el-panorama-sombrio-del-siguiente-congreso/

Caballero Ochoa, J. L., y García Huerta, D. A. (2020). El papel de los tribunales constitucionales en la interpretación de los derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, *10*, 217-245.

Cáceres Arce, J. L. (2014). El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional. *Pensamiento Constitucional*, *19*(19), 231-250. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12527

Castro Cruzatt, K. (2011). El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano. *Pensamiento Constitucional*, *15*(15), 85-106. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3061

Cocchiara, E. (2023). L'evoluzione dei moniti della Corte costituzionale al legislatore. *Rivista «Gruppo di Pisa»*, (3), 14-16.

Contreras, C. B. (2021). Las sentencias exhortativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz del derecho de ejecución de sentencias. *Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal*, *2*, 105-119. https://doi.org/10.37767/2683-9016(2021)005

Cornejo Guerrero, C. A. (2022). La formación del sistema de justicia de control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América (sistema de control difuso) y su influencia en el sistema de justicia de control de constitucionalidad en el Perú. *Sapientia & Iustitia*, (6), 5-29. https://doi.org/10.35626/sapientia.6.3.46

Díaz Revorio, F. J. (2008). La interpretación constitucional y jurisprudencial constitucional. *Quid Iuris*, *6*, 7-38. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17326/15535

Flores Andrade, A. (2024). El principio de división de poderes. Una revisión crítica. *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *25*(51), e17162. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2024.51.17162

García Sáenz, C. (2022). Análisis jurisprudencial de los criterios establecidos por la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala relativos al derecho de consulta previa de pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. *Revista Jurídica Auctoritas Prudentium, 27*(2), 1-45.

Landa, C. (2019). La jurisdicción constitucional en América Latina: los retos y desafíos entrado el siglo XXI. *Direitos Fundamentais & Justiça*, (39), 47-76. https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39

Meléndez Ávila, F. (2019). La forma de gobierno en el Chile actual: un caso de presidencialismo latinoamericano equilibrado. *Revista Republicana*, (26), 21-42. https://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/458/432

Miranda Bonilla, H. (2022). La creación del derecho en las decisiones de la Corte Constitucional italiana. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (158), 1-23. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8502327

Miranda Canales, M. (2018). El Tribunal Constitucional y el rol del juez constitucional. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, *16*(22), 85-100. http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i22.1650

Morocco Colque, E. A. (2024). Aplicación del overruling en el derecho peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *16*(22), 153-171. https://doi.org/10.35292/ropj.v16i22.1027

Ospina Celis, D. F. (2018). El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (24), 557-572. https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derechoconstitucional/article/download/36902/33821

Perícola, M., y Linares, G. (2019). *El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política*. Hammurabi.

Ruiz Tagle, P. (2018). Sobre Felipe Meléndez Ávila. El control preventivo en la Constitución actual: el temor al desborde gubernamental en la función legislativa. Editorial Jurídica de Chile, 2017, 320 pp. *Revista de Derecho Público*, (88), 203-208.

Sagüés, N. P. (2006). *Las sentencias constitucionales exhortativas*. *Estudios Constitucionales, 4*(2), 189-202. https://biblat.unam.mx/hevila/Estudiosconstitucionales/2006/vol4/no2/8.pdf

Sagüés, N. P. (2010). Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Diálogo Político*, *27*(4), 13-32.

Sarmiento Erazo, J. P. (2020). Constitucionalismo regresivo: reflexiones en torno al equilibrio ideológico en el Tribunal Constitucional colombiano. *Vniversitas*, *69*, 1-24. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.crrt

Solozabal Echavarria, J. J. (2022). Alguna literatura reciente sobre los tribunales constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*, (198), 239-260.

Tribunal Constitucional de Chile (2020). *Sentencia Rol n.º 9797-2020. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de reforma constitucional sobre retiro de fondos previsionales.* https://www.pucv.cl/uuaa/site/docs/20210420/20210420011119/ficha_stc_rol_n__9797_2020.pdf

Vargas Cárdenas, A. (2018). *Iniciativa ciudadana de ley. Implementación del mecanismo para presentar propuestas directas a discusión del Parlamento.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria. https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=72833

Vargas Murillo, A. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), e20204905. https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a5

Velandia Canosa, E. A. (2018). Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, *10*(20), 67-94. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018

Velásquez, R. (2020). Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad: a propósito de la inconstitucionalidad de las infracciones aplicadas por la Contraloría General de la República del Perú. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, *8*(1), 174-216. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/22580

Fuentes normativas y jurispudenciales

Casación n.º 2546-2017-Lima Norte. Corte Suprema de Justicia de la República (19 de noviembre de 2019).

Expediente n.º 2050-2002-AA/TC. Tribunal Constitucional (16 de abril de 2003).

Expediente n.º 0006-2003-AI/TC. Tribunal Constitucional (1 de diciembre de 2003).

Expediente n.º 0090-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional (5 de julio de 2004).

Expediente n.º 004-2004-CC/TC. Tribunal Constitucional (31 de diciembre de 2004).

Expediente n.º 0048-2004-PI/TC. Tribunal Constitucional (1 de abril de 2005).

Expediente n.º 008-2005-PI/TC. Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005).

Expediente n.º 0022-2004-AI/TC. Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005).

Expediente n.º 0016-2005-PI/TC. Tribunal Constitucional (6 de marzo de 2006).

Expediente n.º 02748-2010-PHC/TC. Tribunal Constitucional (11 de agosto de 2010).

Expediente n.º 03426-2008-PHC/TC. Tribunal Constitucional (26 de agosto de 2010).

Expediente n.º 04227-2009-PHD/TC. Tribunal Constitucional (30 de mayo de 2011).

Expediente n.º 0002-2014-PCC/TC. Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2014).

Expediente n.º 0020-2015-PI/TC. Tribunal Constitucional (25 de abril de 2018).

Expediente n.º 03853-2021-PA/TC. Pleno. Sentencia 238/2022. Tribunal Constitucional (22 de julio de 2022).

Expediente n.º 03853-2021-PA/TC. Tribunal Constitucional (24 de enero de 2023).

Expediente n.º 02695-2021-PA/TC. Tribunal Constitucional (24 de enero de 2023).

Ley n.º 28301. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. *Diario Oficial El Peruano* (23 de julio de 2004). https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Ley-Organica-del-Tribunal-Constitucional.pdf

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Edwin Adolfo Morocco Colque: revisión crítica del contenido intelectual y aprobación final.

José Manuel Romero Pardo: recojo, análisis de datos y redacción del trabajo.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
Los autores declaran que utilizaron la herramienta ChatGPT, modelo GPT-5.5 Thinking, desarrollado por OpenAI, exclusivamente como apoyo auxiliar y supervisado, sin sustituir la actividad intelectual ni producir el contenido científico o jurídico del artículo. La herramienta fue utilizada para edición lingüística y de estilo. Los autores revisaron y validaron íntegramente el contenido final del manuscrito y asumen plena responsabilidad por este.

Agradecimientos
Los autores agradecen a Dios por ser luz y guía en sus vidas, del mismo modo, a nuestras familias por su incondicional apoyo y por ser nuestro motivo de superación.

Biografía de los autores
Edwin Adolfo Morocco Colque es abogado egresado y titulado en la Universidad Privada del Norte (UPN), máster Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha. Docente investigador en la Universidad Privada del Norte, Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador Renacyt nivel VI. Ponente y autor en diversas obras jurídicas nacionales e internacionales.

José Manuel Romero Pardo es abogado egresado y titulado en la Universidad César Vallejo de Trujillo. Egresado de la maestría en Investigación y Docencia Universitaria en la Universidad Católica de Trujillo. Primer puesto en el III Concurso Internacional: 40 años del Código Civil, organizado por la Universidad César Vallejo.

Correspondencia
jromeropar@ucvvirtual.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 507-536
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1209

El procedimiento de desalojo con intervención notarial en el Perú (Ley n.º 30933): observaciones y propuestas para un modelo eficiente

The Eviction Procedure with Notarial Intervention in Peru (Law No. 30933): Observations and Proposals for an Efficient Model

O procedimento de despejo com intervenção notarial no Peru (Lei nº 30933): observações e propostas para um modelo eficiente

ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)
Contacto: enrique.mendoza@urp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-6686-2701

RESUMEN

Esta investigación examina las deficiencias normativas del procedimiento especial de desalojo con intervención notarial regulado por la Ley n.º 30933, concebido como un mecanismo expedito para la restitución de inmuebles arrendados. A partir de un enfoque doctrinal, empírico y comparado, se identifican tres limitaciones normativas principales: (i) la exclusión del derecho de oposición de terceros con títulos legítimos; (ii) la exigencia de escritura pública o del Formulario Único de Arrendamiento (FUA) como únicos títulos habilitantes; y (iii) la ausencia de reconocimiento expreso de su naturaleza no contenciosa.

El estudio concluye que estas restricciones reducen la eficacia práctica del procedimiento y generan una brecha entre el diseño normativo y la realidad contractual del mercado de arrendamientos. En consecuencia, se propone un modelo mixto que admita contratos privados con firmas legalizadas, incorpore control judicial sumario frente a oposiciones fundadas y reconozca institucionalmente el procedimiento como mecanismo de jurisdicción no contenciosa, compatibilizando celeridad procesal, garantías jurídicas y la realidad contractual del país.

Palabras clave: desalojo notarial; contratos privados; eficiencia procesal; justicia no contenciosa; tutela efectiva.

ABSTRACT

This research examines the regulatory deficiencies of the special eviction procedure with notarial intervention regulated by Law No. 30933, conceived as a mechanism aimed at the restitution of leased properties. Based on a doctrinal, empirical, and comparative approach, three main regulatory limitations are identified: (i) the exclusion of the right of opposition of third parties holding legitimate title; (ii) the requirement to execute the Single Lease Form (FUA) as the sole valid title; and (iii) the lack of express recognition of its contentious nature.

The study concludes that these restrictions reduce the practical effectiveness of the procedure and create a gap between the legal framework and the contractual reality of the rental market. Consequently, a mixed model is proposed that admits private contracts with legalized signatures, incorporates summary judicial review in the face of well-founded objections, and constitutionally recognizes the procedure as a jurisdictional mechanism rather than a contentious proceeding, ensuring procedural speed, legal safeguards, and alignment with the country's contractual reality.

Keywords: notarial eviction; private contracts; procedural efficiency; contentious justice; effective protection.

RESUMO

Esta pesquisa examina as deficiências regulatórias do procedimento especial de despejo com intervenção notarial, regulamentado pela Lei nº 30933, concebido como um mecanismo expedito para a restituição de imóveis arrendados. De uma abordagem doutrinária, empírica e comparativa, identificam-se três principais limitações normativas: (i) a exclusão do direito de oposição de terceiros com títulos legítimos; (ii) a exigência de uma escritura pública ou do Formulário Único de Arrendamento (FUA) como únicos títulos habilitadores; e (iii) a ausência de reconhecimento expresso da sua natureza não contenciosa.

O estudo conclui que essas restrições reduzem a eficácia prática do procedimento e criam uma lacuna entre a estrutura regulatória e a realidade contratual do mercado de locação. Consequentemente, propõe-se um modelo misto que permite contratos privados com assinaturas legalizadas, incorpora o controle judicial sumário em caso de oposições bem fundamentadas e reconhece institucionalmente o procedimento como um mecanismo de jurisdição não contenciosa, conciliando a celeridade processual, as garantias legais e a realidade contratual do país.

Palavras-chave: despejo notarial; contratos privados; eficiência processual; justiça não contenciosa; proteção efetiva.

Recibido: 17/4/2025 **Revisado:** 22/8/2025
Aceptado: 9/3/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de desalojo por incumplimiento contractual ha sido históricamente uno de los procesos más complejos y prolongados del sistema judicial peruano, y ha generado costos económicos significativos, demora en la restitución de inmuebles y congestión en los despachos judiciales. Con el objetivo de reducir dicha carga estructural y ofrecer un mecanismo más ágil, la Ley n.º 30933 introdujo en 2019 el procedimiento

especial de desalojo con intervención notarial. Este modelo híbrido divide su trámite en una fase notarial de verificación de causales y una fase judicial de ejecución, a cargo del juez de paz letrado.

No obstante, la aplicación práctica de esta norma ha evidenciado diversas deficiencias normativas y operativas que reducen su eficacia práctica. Entre los principales problemas detectados se encuentra la exclusión del derecho de oposición de terceros legítimos —como adquirientes, subarrendatarios, cesionarios de uso o familiares—, la restricción del procedimiento a contratos formalizados únicamente mediante escritura pública o Formulario Único de Arrendamiento (FUA), y la omisión legal de su carácter no contencioso, lo cual genera inseguridad jurídica respecto de su naturaleza y aplicación.

Diversos estudios doctrinales, así como la práctica de operadores jurídicos, han cuestionado estas limitaciones. La doctrina nacional ha advertido que la exigencia documental impuesta por la ley desconoce la práctica habitual del mercado, donde predominan los contratos privados con firmas legalizadas. Asimismo, modelos extranjeros como el desahucio exprés en España o los mecanismos extrajudiciales en México ofrecen valiosas lecciones sobre cómo diseñar procedimientos de desalojo que combinen celeridad con garantías mínimas, sin excluir derechos legítimos. En ese contexto, resulta necesario realizar una revisión normativa desde un enfoque comparado y empírico.

El objetivo de este artículo es proponer reformas normativas para avanzar hacia un modelo más eficiente de desalojo en el Perú, que sea justo, ágil y compatible con la realidad contractual predominante. Se parte de la convicción de que, más allá del diseño normativo vigente —frecuentemente rígido o desconectado de la realidad social—, el derecho debe conservar su esencia como instrumento de justicia, seguridad jurídica y protección de derechos.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación adopta un enfoque mixto que combina análisis jurídico doctrinal y normativo con evidencia empírica obtenida mediante cuestionarios aplicados a abogados litigantes con experiencia en procesos de desalojo notarial. Los datos recogidos fueron sistematizados mediante análisis cuantitativo descriptivo (frecuencias y porcentajes), complementado con la interpretación

cualitativa de las respuestas abiertas proporcionadas por los participantes. Este enfoque permite contrastar la regulación normativa del procedimiento con la experiencia práctica de los operadores jurídicos.

Para ello, el estudio se estructura en seis apartados: tras esta introducción, el segundo capítulo examina el marco conceptual y teórico del procedimiento; el tercero presenta el análisis normativo y doctrinal; el cuarto expone el enfoque comparado; el quinto desarrolla el análisis empírico con base en cuestionarios aplicados a operadores jurídicos del sistema; y el sexto plantea la propuesta normativa. Finalmente, se presentan las conclusiones y las recomendaciones.

2. MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO: PRINCIPIOS, FUNCIONES Y LÍMITES DEL DESALOJO NOTARIAL

Este capítulo presenta los conceptos que sustentan la reflexión crítica y normativa en torno al procedimiento especial de desalojo con intervención notarial, regulado por la Ley n.º 30933. La exposición se enfoca en cuatro ejes teóricos: la relación entre seguridad jurídica y eficiencia procesal, el principio de tutela jurisdiccional efectiva como límite a los procedimientos expeditivos, el rol del notario en el marco de los asuntos no contenciosos, y la configuración híbrida del modelo procesal adoptado. Estos marcos conceptuales permiten comprender los criterios con los que se evaluará la adecuación constitucional, jurídica y funcional del modelo vigente.

2.1. Seguridad jurídica y eficiencia como pilares del diseño normativo

La seguridad jurídica constituye uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho. En términos jurídicos, implica certeza normativa, previsibilidad en la aplicación de las normas y estabilidad en las relaciones jurídicas. Jonas (2015, p. 242) sostiene que este principio protege a los ciudadanos frente a decisiones arbitrarias, y les permite anticipar las consecuencias jurídicas de sus actos, asegurando que los compromisos asumidos se cumplirán.

En el caso de los arrendamientos, la seguridad jurídica se materializa en la existencia de mecanismos que garanticen el cumplimiento del contrato y, en caso de incumplimiento, faciliten su resolución conforme a un mecanismo justo y eficaz.

Por otro lado, la eficiencia procesal es un criterio organizativo de los sistemas judiciales que busca evitar dilaciones innecesarias, minimizar los costos del litigio y resolver conflictos sin exceso de formalismos. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, los procedimientos jurídicos deben diseñarse de manera que incentiven el cumplimiento de las obligaciones, desincentiven el incumplimiento contractual y reduzcan los costos sociales vinculados a la resolución de conflictos.

Ello implica estructurar mecanismos que optimicen el uso de los recursos públicos y privados, y que al mismo tiempo fortalezcan la eficiencia del sistema legal mediante una adecuada asignación de derechos y remedios (Posner, 1998, p. 228).

La Ley n.º 30933 intenta articular estos principios al prever una vía breve de desalojo en la que el notario verifica el incumplimiento y el juez ejecuta la restitución del inmueble. Sin embargo, como señalan Gonzaga y Marquina (2021, p. 170), esta aparente eficiencia puede resultar ilusoria si no se atienden los obstáculos normativos que dificultan su aplicación práctica, como los requisitos documentales o la exclusión de terceros con derechos legítimos.

2.2. Tutela jurisdiccional efectiva y acceso a mecanismos procesales adecuados

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú, implica que todo ciudadano debe poder acceder a un mecanismo idóneo para la protección de sus derechos. Esta garantía no se limita a los procesos judiciales contenciosos, sino que también debe proyectarse a los asuntos no contenciosos, incluyendo aquellos que se desarrollan ante notarios (Trujillo, 2019, p. 172).

La exclusión de contratos privados con firmas legalizadas como título válido para el inicio del procedimiento de desalojo notarial, pese

a ser válidos en el ámbito civil y dotados de fecha cierta (artículo 245 del Código Procesal Civil), configura una barrera normativa significativa que restringe el acceso a un mecanismo más ágil y económico como el procedimiento previsto en la Ley n.º 30933 (Figueroa, 2022, p. 89; Vásquez, 2024, p. 25).

Además, la restricción del derecho de oposición exclusivamente al arrendatario —dejando fuera a subarrendatarios, cesionarios o familiares con posesión legítima— genera escenarios de potencial indefensión jurídica, pues se fuerza a estos terceros a iniciar procesos paralelos, dilatados y costosos (Candia y Llerena, 2020, p. 48; Trujillo, 2019, p. 172).

Desde un enfoque constitucional, esta limitación entra en contradicción con el deber del Estado de asegurar un procedimiento razonable, accesible y efectivo para la defensa de derechos subjetivos, incluso en mecanismos no judiciales.

2.3. El notario como garante de legalidad en procedimientos no contenciosos

El sistema notarial peruano sigue el modelo latino, en el que el notario cumple una función pública delegada, actuando como operador jurídico en procedimientos que no implican controversia entre partes. Esta facultad se encuentra regulada por la Ley n.º 26662 y se ha extendido progresivamente a ámbitos como la prescripción adquisitiva, la rectificación de partidas o las sucesiones intestadas (Becerra, 2020, pp. 138-139).

En este contexto, el notario no actúa como juez, sino como verificador de hechos jurídicos objetivos. Su intervención en el procedimiento de desalojo —limitada a constatar el vencimiento del contrato o el incumplimiento del pago— responde a esta lógica funcional (Candia y Llerena, 2020, p. 48; Gonzales, 2019, p. 30; Villota, 2024, p. 376). Sin embargo, el hecho de que la Ley n.º 30933 no haya sido expresamente incluida en el catálogo de procedimientos no contenciosos debilita su legitimidad normativa e impide que se apliquen reglas supletorias propias de esta clase de procesos, aun cuando un sector (Saavedra, 2023, p. 39) opina que deban aplicarse supletoriamente.

2.4. Naturaleza híbrida del procedimiento: una aproximación procesal

La Ley n.º 30933 configura un modelo híbrido, al dividir el procedimiento en dos etapas: una fase extrajudicial, en la que el notario constata una causal objetiva de desalojo, y una fase judicial, a cargo del juez de paz letrado, limitada a la ejecución del lanzamiento (Agurto, 2020, p. 28; Villota, 2024, p. 375).

Este modelo responde a la necesidad de descongestionar el Poder Judicial, delegando al notario la verificación de hechos no controvertidos y reservando al juez la fuerza coercitiva del Estado. No obstante, su efectividad depende de que el procedimiento no pierda legitimidad por falta de garantías mínimas.

En ese sentido, la exigencia de formalidades excesivas y la ausencia de mecanismos de defensa de terceros sugiere que el modelo, aunque valioso en términos de eficiencia, debe ser evaluado y ajustado a la luz de los principios de seguridad jurídica y tutela efectiva. La doctrina especializada y el derecho comparado coinciden en que los modelos procesales modernos deben ser flexibles, garantistas y adecuados a la realidad contractual y social. El capítulo siguiente desarrollará si estos principios se cumplen en el modelo peruano y qué reformas podrían perfeccionarlo.

3. ANÁLISIS NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL REGULADO POR LA LEY N.º 30933

3.1. Estructura legal del procedimiento: fases, requisitos y título ejecutivo

La Ley n.º 30933 forma parte de una serie de reformas legislativas orientadas a mejorar la eficiencia procesal en el cumplimiento del contrato de arrendamiento (falta de pago o vencimiento del plazo). Su propósito central es ofrecer una alternativa rápida y eficaz para la recuperación de inmuebles arrendados, al mismo tiempo que busca aliviar la carga del Poder Judicial frente a controversias posesorias simples (Gonzaga y Marquina, 2021, p. 170).

Desde la década de 1990, el ordenamiento jurídico peruano ha experimentado una evolución progresiva hacia mecanismos más expeditivos para resolver conflictos de desalojo, pues estos procesos históricamente presentan fallas que generan retrasos injustificados, lo que hace difícil la recuperación eficiente de las propiedades (Cajusol, 2018, pp. 104-105; Saravia, 2021, p. 82).

Esta tendencia comienza con la introducción del proceso sumarísimo mediante el Código Procesal Civil de 1993, que reduce las etapas procesales para acelerar la restitución del bien. Posteriormente, la Ley n.º 30201 incorpora el llamado «proceso express», que modifica el artículo 594 del CPC para facilitar la ejecución en casos de incumplimiento. En 2015, el Decreto Legislativo n.º 1177 establece el uso del Formulario Único de Arrendamiento (FUA) como documento obligatorio para iniciar un proceso único de ejecución. Finalmente, la Ley n.º 30933, promulgada en 2019, introduce un modelo híbrido que articula una fase extrajudicial ante notario con una fase judicial de ejecución, lo que representa un avance normativo sustancial en esta materia.

Tabla 1

Evolución normativa de los procesos de desalojo en el Perú

Año	Tipo de proceso	Norma	Descripción
1993	Proceso sumarísimo	Código Procesal Civil (CPC)	Introduce un procedimiento rápido para resolver conflictos sobre la restitución de inmuebles.
2014	Proceso de desalojo exprés	Ley n.º 30201	Modifica el art. 594 del CPC para agilizar la ejecución del desalojo, evitando dilaciones procesales.
2015	Proceso único de ejecución de desalojo	Decreto Legislativo n.º 1177	Establece el Formulario Único de Arrendamiento (FUA) como requisito de formalización para facilitar el desalojo.
2019	Procedimiento de desalojo notarial	Ley n.º 30933	Introduce un modelo híbrido que combina intervención notarial y ejecución judicial. Busca acelerar los desalojos y aliviar la carga del sistema judicial.

Fuente: Elaboración propia a partir del marco legal vigente.

Este recorrido legislativo demuestra que la Ley n.º 30933 no surge de manera aislada, sino como resultado de una política sostenida de simplificación de procedimientos, en línea con el principio de celeridad procesal y el mandato de una administración de justicia eficiente. Como ya se adelantó, este modelo divide el procedimiento en dos etapas:

- **La fase notarial**, aquí el notario actúa como fedatario público, sin facultades para resolver controversias jurídicas. Su función se limita a verificar objetivamente el cumplimiento de causales específicas de desalojo, como el vencimiento del plazo del contrato o la falta de pago de la renta. Si la causal se verifica, el notario emite un acta con valor de título ejecutivo (Ley n.º 30933, art. 5). La posibilidad de oposición del arrendatario queda estrictamente limitada a tres supuestos: (i) renovación del contrato, (ii) pago de la renta pendiente, y (iii) incumplimiento de formalidades procedimentales (Ley n.º 30933, art. 6), lo que permite evitar dilaciones innecesarias.
- **La fase judicial**, por su parte, está a cargo del juez de paz letrado y se reduce a una función ejecutiva. El juez no revisa la legalidad de la causal ni el fondo del contrato, sino que se limita a verificar el cumplimiento formal de los requisitos del título emitido por el notario. De cumplirse las condiciones, puede ordenar el lanzamiento del arrendatario mediante resolución judicial. Como han señalado Agurto (2020, p. 28) y Villota (2024, p. 375), esta etapa no permite rediscutir la causal de desalojo, lo que refuerza su carácter puramente ejecutivo. Además, la resolución es apelable sin efecto suspensivo, lo que garantiza la continuidad del procedimiento hasta su ejecución final.

Pese a estas ventajas de simplificación y rapidez, el procedimiento enfrenta obstáculos normativos significativos que limitan su aplicación práctica. Estas incluyen, principalmente, la exigencia de escritura pública o Formulario Único de Arrendamiento (FUA), así como la no regulación de la oposición de terceros con legítimo interés. Ambos temas serán desarrollados con mayor detalle en los apartados siguientes.

3.2. Restricciones formales: FUA y escritura pública

Uno de los mayores cuestionamientos a la Ley n.º 30933 es su exigencia de que el contrato de arrendamiento esté formalizado mediante Formulario Único de Arrendamiento (FUA) o escritura pública, excluyendo expresamente los contratos privados con firmas legalizadas, a pesar de su amplia utilización en el mercado peruano (Lex, 2021, párr. 3; Proyecto de Ley n.º 5759/2023-CR).

Este requisito introduce una barrera normativa significativa. Según Vásquez (2024, pp. 25-26), la creencia de que una mayor formalidad garantiza una mejor resolución de conflictos es un error que solo agrega trámites y costos. Figueroa (2022, p. 89) advierte que la escasa adopción de la escritura pública ha impedido medir el impacto real de la ley, mientras que Padilla y Pizarro (2024, p. 78) señalan que la falta de conocimiento entre los arrendadores sobre estos requisitos ha generado incertidumbre e ineficiencia.

La mayoría de los contratos en Perú se celebra de forma privada. Aunque los contratos con firmas legalizadas ofrecen fecha cierta y validez jurídica civil, no son aceptados por el mecanismo notarial. Esto deja fuera a un gran número de arrendadores que, pese a tener contratos válidos, deben recurrir a procesos judiciales tradicionales, más lentos y costosos (Lex, 2021, párr. 3).

En línea con los esfuerzos por mejorar la eficacia del procedimiento de desalojo notarial, el Proyecto de Ley n.º 5759/2023-CR propone que los contratos privados con firmas legalizadas sean aceptados como títulos válidos para iniciar dicho procedimiento. Esta iniciativa legislativa parte del reconocimiento de que la mayoría de los arrendamientos en el Perú se formalizan mediante contratos privados con legalización notarial, los cuales —aunque válidos y con fecha cierta— están actualmente excluidos por la Ley n.º 30933.

3.3. Limitaciones en la oposición: exclusión de terceros

La Ley n.º 30933 restringe el derecho de oposición únicamente al arrendatario, ignorando a terceros con derechos legítimos sobre la posesión, como adquirientes, subarrendatarios, cesionarios de uso o familiares con

autorización. Esta omisión normativa deja a estos ocupantes sin mecanismo procesal para ejercer su defensa, obligándolos a iniciar procesos judiciales paralelos más largos y costosos.

Gonzales (2019, p. 30) resalta que el notario no puede admitir oposiciones fuera de las tres causales previstas, ni aplicar supletoriamente la Ley n.º 26662, que sí permite suspender el trámite ante la existencia de controversia. Esta limitación genera un vacío legal que puede dar lugar a desalojos arbitrarios, incluso frente a derechos válidos.

3.4. Falta de diseño institucional como procedimiento no contencioso

A pesar de su naturaleza extrajudicial, la Ley n.º 30933 no reconoce formalmente al desalojo con intervención notarial como un asunto no contencioso, lo que genera ambigüedades sobre su tratamiento normativo. Si bien cumple con los criterios del artículo 749, inciso 12, del Código Procesal Civil —ausencia de contención entre partes[1]— y se desarrolla ante un notario público, no ha sido incorporado expresamente en el catálogo de procedimientos notariales de la Ley n.º 26662 (Saavedra, 2023, p. 39).

Esta omisión debilita la coherencia institucional del procedimiento y afecta su regulación técnica. Como señala Trujillo (2019, p. 172), su reconocimiento formal permitiría aplicar principios propios del derecho notarial —como la buena fe, la imparcialidad y la objetividad—, reforzando la legitimidad del notario como fedatario público. Además, habilitaría una vía opcional judicial o notarial, dependiendo de la complejidad del caso, lo que sería especialmente útil cuando existan terceros involucrados.

3.5. Consideraciones finales sobre la estructura normativa

Es importante considerar, a partir de las conclusiones de Cristóbal et al. (2022, pp. 71-73), que una regulación más flexible y realista del mercado de alquileres —que reconozca la diversidad de prácticas contractuales y

1 Ausencia de contención implica que no hay controversia entre partes, sino solo la necesidad de reconocer, verificar o formalizar un derecho o situación jurídica indiscutida (Lomelí, 2010, pp. 265-266).

agilice los procedimientos de desalojo— no solo fortalecería la seguridad jurídica de los arrendadores, sino que contribuiría también a consolidar un mercado formal de vivienda en alquiler.

Sin embargo, el análisis del marco legal vigente pone en evidencia que si bien la Ley n.º 30933 constituye una innovación normativa relevante, su efectividad está limitada:

- En **primer lugar**, por deficiencias normativas que restringen su alcance práctico, bajo la exigencia de un excesivo formalismo.
- En **segundo lugar**, por la ausencia de mecanismos de oposición para terceros con derechos legítimos, lo cual constituye una omisión crítica que afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- En **tercer lugar**, debido a la no inclusión formal del procedimiento dentro del catálogo de asuntos no contenciosos regulados por la Ley n.º 26662, que limita y restringe la aplicación supletoria de principios propios del ámbito notarial.

4. ANÁLISIS COMPARADO: APRENDIZAJES DESDE ESPAÑA Y MÉXICO

Este capítulo analiza dos enfoques representativos: el desahucio exprés en España y los mecanismos extrajudiciales aplicados en México, y extrae de ambos lecciones relevantes para el contexto peruano.

4.1. El desahucio exprés en España: evolución y limitaciones actuales

El desahucio exprés español, introducido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), fue inicialmente concebido como un mecanismo rápido y garantista para recuperar inmuebles arrendados ante el impago de rentas. Su diseño favorecía procedimientos breves, permitía al arrendatario evitar el lanzamiento si pagaba la deuda y ofrecía oportunidades procesales de defensa (Ruiz, 2024, pp. 52-53).

Destacó también por su enfoque equilibrado: garantizaba la notificación oportuna, la posibilidad de oposición justificada, y protegía a los arrendatarios vulnerables mediante suspensión del desalojo cuando acreditaban su situación (López Simó, 2023, pp. 94-95).

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, se introdujeron exigencias adicionales que complejizan el proceso. Por ejemplo, se obliga al propietario —especialmente si es «gran tenedor»— a acreditar la situación socioeconómica del ocupante, realizar comunicaciones previas con las autoridades y demostrar la necesidad de la posesión (López Simó, 2023, p. 107). Estas cargas, según el Consejo General del Poder Judicial (2023), podrían vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva por entorpecer injustificadamente el acceso a la justicia.

Como respuesta, algunos propietarios han optado por vías extrajudiciales o penales (como denuncias por usurpación), debido a la pérdida de eficacia del mecanismo judicial (López Simó, 2023, p. 118).

4.2. Mecanismos extrajudiciales y flexibilidad normativa en México

A diferencia del modelo judicial español, México ha promovido mecanismos extrajudiciales como la conciliación y la mediación para resolver disputas en materia de arrendamiento. Esta línea se consolidó con la reforma constitucional de 2008, cuyo artículo 17 obliga a las leyes a prever medios alternativos de solución de conflictos.

Un ejemplo destacable es Jalisco, donde la Ley de Justicia Alternativa otorga fuerza ejecutiva a los convenios de mediación, equivalentes a una sentencia judicial. Según datos institucionales, esta modalidad ha reducido en 40 % los procesos judiciales de desalojo (Flores, 2024; Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, s. f.).

En la Ciudad de México también se han impulsado reformas que promueven la mediación obligatoria previa al juicio, en aras de equilibrar el derecho de propiedad y el acceso a una vivienda digna (EY México, 2020).

Aunque el modelo mexicano no prevé un procedimiento notarial con valor ejecutivo como el peruano, su énfasis en soluciones consensuadas y flexibles ofrece valiosas lecciones. Incorporar una fase voluntaria de mediación preprocesal en el Perú podría fortalecer la legitimidad del sistema y reducir la judicialización innecesaria, sin menoscabar garantías.

4.3. Lecciones útiles para el diseño peruano

El análisis comparado permite extraer cuatro conclusiones relevantes:

- **Equilibrio entre celeridad y defensa:** la experiencia española demuestra que un proceso ágil no debe eliminar oportunidades de defensa razonables. En el Perú, la inclusión de un control judicial sumario ante oposiciones de terceros puede garantizar ese balance (López Simó, 2023).
- **Valor de la solución consensuada:** el modelo mexicano evidencia que la mediación puede descongestionar los tribunales y resolver eficazmente los conflictos sin necesidad de ejecución forzada (Flores, 2024; Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, s. f.). En el contexto peruano, una etapa de conciliación previa podría ser gestionada por notarios o centros autorizados.
- **Evitar extremos normativos:** mientras que España ha llegado a una hiperregulación que entorpece el proceso, México muestra riesgos asociados a la informalidad. El Perú necesita superar su rigidez documental (FUA o escritura pública) y permitir títulos como contratos con firmas legalizadas, siempre que se verifique la legitimidad del arrendador.
- **Flexibilidad institucional:** es recomendable permitir que el arrendador elija entre la vía notarial o judicial, según el caso. Este principio de adecuación procesal fortalecería la confianza en la justicia, especialmente en contextos de informalidad contractual.

Tabla 2

Comparación de modelos de desalojo en España, México y Perú

Aspecto	España (desahucio exprés)	México (justicia alternativa)	Perú (Ley n.º 30933)
Naturaleza del procedimiento	Judicial, con trámites sumarios.	Extrajudicial (conciliación y mediación) con respaldo legal.	Híbrido: fase notarial + fase judicial ejecutiva.
Objetivo principal	Acelerar la recuperación de inmuebles por impago de rentas.	Reducir la judicialización y fomentar acuerdos consensuados.	Agilizar desalojos mediante vía rápida y descongestionar el Poder Judicial.

Protección al arrendatario	Alta: permite oposición por vulnerabilidad y regularización de deuda.	Alta: promueve el diálogo y protege el acceso a la vivienda.	Media: el procedimiento limita la oposición del arrendatario a causales cerradas.
Participación de terceros	Regulada: pueden oponerse si acreditan derechos.	Admite participación en mediaciones si son partes interesadas.	No reconocida: los terceros con posesión legítima no pueden oponerse formalmente.
Formalidad del título arrendaticio	Contrato privado con prueba suficiente, admitido.	Amplia aceptación de acuerdos de arrendamiento, incluso preventivos.	Solo admite FUA o escritura pública. Excluye contratos con firmas legalizadas.
Carga procesal sobre el propietario	Alta tras Ley 12/2023: debe acreditar situación del ocupante, titularidad, etc.	Mínima: puede acceder directamente a mediación o convenio con valor ejecutivo.	Alta: debe formalizar el contrato, iniciar trámite notarial y acudir a juez para ejecución.
Eficiencia práctica	Inicialmente alta; reducida tras reformas recientes.	Alta en jurisdicciones con buena implementación.	Limitada por barreras normativas y falta de flexibilidad.
Innovación destacada	Posibilidad de oposición fundada y enfoque garantista.	Convenios con valor de sentencia y mediación obligatoria en algunos estados.	Procedimiento híbrido con acta notarial como título ejecutivo.
Desafíos principales	Exceso de garantías puede dilatar el proceso.	Requiere buena institucionalidad para ser eficaz.	Rigidez formal, exclusión de terceros y falta de reconocimiento como procedimiento no contencioso.

Conclusión del cuadro comparativo

- **España** ofrece un modelo inicialmente eficiente, pero afectado por reformas que aumentan la carga procesal al propietario y dificultan la recuperación del bien.
- **México** destaca por su enfoque consensuado y su flexibilidad normativa, aunque su eficacia depende de la calidad institucional y la buena fe de las partes.
- **Perú**, con la Ley n.º 30933, propone un modelo innovador pero limitado, que requiere reformas para superar barreras documentales, incluir a terceros legítimos y ser reconocido formalmente como procedimiento no contencioso.

5. EVIDENCIA EMPÍRICA DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL

Este capítulo presenta los resultados del trabajo de campo realizado como parte del presente estudio, a fin de evaluar el impacto práctico del procedimiento regulado por la Ley n.º 30933, desde la perspectiva de quienes intervienen directamente en su ejecución: los abogados litigantes.

5.1. Metodología y muestra

Se aplicó un cuestionario estructurado a una muestra de veinte (20) abogados con experiencia directa en procesos de desalojo con intervención notarial, seleccionados mediante muestreo intencional en Lima Metropolitana, entre febrero y marzo de 2025. Todos los entrevistados contaban con al menos cinco años de ejercicio profesional en litigios civiles, y con participación comprobada en uno o más procesos tramitados al amparo de la Ley n.º 30933.

El cuestionario incluyó diez preguntas cerradas y dos abiertas, orientadas a identificar percepciones sobre (i) eficacia del procedimiento, (ii) obstáculos normativos, (iii) barreras de acceso, (iv) garantías procesales, y (v) viabilidad de propuestas de reforma. Las respuestas fueron codificadas y sistematizadas mediante análisis cuantitativo simple (frecuencias y porcentajes), complementado con observaciones cualitativas relevantes.

La muestra utilizada tiene carácter intencional o especializado, pues se seleccionó exclusivamente a abogados con experiencia directa en procesos de desalojo con intervención notarial. Este tipo de muestreo es común en investigaciones jurídicas empíricas cuando el objetivo es recoger percepciones de operadores jurídicos con conocimiento específico del fenómeno estudiado. Si bien el tamaño de la muestra es limitado, permite obtener información cualificada sobre los principales obstáculos prácticos del procedimiento regulado por la Ley n.º 30933.

5.2. Resultados cuantitativos

Los resultados evidencian tendencias claras en cuanto a la percepción de los abogados litigantes sobre el procedimiento:

5.2.1. Participación profesional directa

Tabla 3

Participación en procedimientos de desalojo notarial

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	20	100 %
No	0	0 %

Nota. Todos los entrevistados han participado en procedimientos tramitados conforme a la Ley n.º 30933.

5.2.2. Percepción de celeridad del procedimiento

Tabla 4

Opinión sobre la celeridad del procedimiento

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	14	70 %
No	6	30 %

Nota. Una mayoría percibe mayor celeridad frente al proceso judicial tradicional, aunque persisten limitaciones operativas.

5.2.3. Obstáculos identificados

Tabla 5

Obstáculos percibidos en la aplicación del procedimiento

Obstáculo identificado	Frecuencia	Porcentaje
Requisitos documentales (FUA o escritura)	18	90 %
Oposición de terceros no regulada	12	60 %
Costos notariales elevados	8	40 %
Falta de conocimiento del procedimiento	6	30 %

Nota. Los requisitos formales y la exclusión de terceros son percibidos como los principales impedimentos.

5.2.4. Ampliación de títulos habilitantes

Tabla 6

Aceptación del contrato con firma legalizada como título válido

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	20	100 %
No	0	0 %

Nota. Existe unanimidad en admitir contratos con firmas legalizadas como documentos habilitantes.

5.2.5. Derecho de oposición de terceros

Tabla 7

Derecho de oposición de terceros con posesión legítima

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	20	100 %
No	0	0 %

Nota. Todos los entrevistados coinciden en la necesidad de permitir la oposición fundada de terceros legítimos.

5.2.6. Verificación de legitimidad del solicitante

Tabla 8

Verificación notarial de la legitimidad del arrendador

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	20	100 %
No	0	0 %

Nota. Hay consenso en que debe exigirse al notario una verificación documental de legitimidad antes del inicio.

5.3. Comentarios cualitativos destacados

A continuación, se presentan algunas de las respuestas más representativas recogidas en las preguntas abiertas del cuestionario:

- «El procedimiento es útil, pero muy pocos pueden acceder porque no tienen FUA ni escritura. Casi todos tienen contratos privados».
- «El notario solo certifica, pero no evalúa si el solicitante es el propietario real. Eso abre la puerta a abusos».
- «He visto casos donde hay familiares con autorización de ocupación y no tienen cómo defenderse. No pueden oponerse, y eso es injusto».
- «Una mediación previa podría evitar muchos juicios. En algunos casos, el inquilino está dispuesto a irse si se le da un plazo razonable».

Estas observaciones coinciden con los problemas identificados en el análisis doctrinal y normativo del capítulo anterior, y refuerzan la necesidad de transitar hacia un modelo mixto más flexible, garantista y compatible con la práctica contractual predominante en el Perú.

5.4. Análisis cualitativo: percepciones desde la práctica profesional

Las respuestas cualitativas obtenidas de los abogados litigantes permiten enriquecer la interpretación de los datos cuantitativos, al ofrecer una mirada más detallada sobre la realidad práctica del procedimiento de desalojo con intervención notarial.

Uno de los temas más recurrentes es la desconexión entre el diseño normativo y la realidad contractual del mercado. Varios abogados señalaron que la gran mayoría de arrendamientos en la práctica se formalizan mediante contratos privados con firmas legalizadas, lo que deja fuera del procedimiento a una parte significativa de los arrendadores. Esto refuerza la necesidad de ampliar los títulos habilitantes, como se propone en el capítulo 6.

Asimismo, los participantes manifestaron preocupación por la ausencia de mecanismos de defensa para terceros poseedores legítimos, como subarrendatarios o familiares autorizados. En sus palabras, esta omisión genera escenarios de indefensión e incluso posibles abusos cuando el desalojo se ejecuta contra personas que no fueron parte del contrato, pero que tienen un derecho legítimo de ocupación.

Otro hallazgo relevante es el reconocimiento de que, si bien el procedimiento puede ser ágil, su efectividad está condicionada por factores externos, como la carga notarial, los costos del trámite, y la falta de conocimiento del procedimiento entre usuarios y operadores.

Finalmente, varios entrevistados sugirieron que una etapa de conciliación previa, gestionada por notarios o centros de mediación, podría evitar la judicialización innecesaria de casos que podrían resolverse mediante acuerdo. Esta idea se alinea con modelos comparados y respalda la propuesta de una vía preprocesal opcional.

Este análisis cualitativo refuerza los hallazgos normativos y cuantitativos, y confirma que existe una brecha entre la ley y su aplicación práctica, lo cual justifica plenamente una reforma normativa orientada a la eficiencia con garantías.

6. PROPUESTA NORMATIVA: HACIA UN MODELO MIXTO CON GARANTÍAS MÍNIMAS

Este capítulo plantea una propuesta de reforma integral de la Ley n.º 30933, sustentada en los hallazgos doctrinales, normativos y empíricos recogidos en el presente estudio. El objetivo es consolidar un mecanismo eficiente de resolución de conflictos de arrendamiento que, sin sacrificar la celeridad, garantice el respeto a derechos fundamentales y responda a la realidad del mercado contractual peruano.

La propuesta se articula en seis ejes complementarios, los cuales configuran un modelo mixto que combina flexibilidad procedimental, verificación de legitimidad y mecanismos de control judicial proporcional, alineándose con las mejores prácticas comparadas.

6.1. Procedimiento mixto con contratos privados y verificación previa

El núcleo de la reforma consiste en admitir como títulos habilitantes los contratos privados con firmas certificadas notarialmente, y equipararlos a la escritura pública y al Formulario Único de Arrendamiento (FUA). Esta modificación, respaldada por el 100 % de los abogados entrevistados, permite ampliar el acceso real al procedimiento y adecuar la norma a la práctica predominante en el mercado de alquileres urbanos.

Para preservar la seguridad jurídica, se incorpora como requisito obligatorio la verificación de la legitimidad del arrendador por parte del notario o del juez, en caso de optar por la vía judicial alternativa. Esta verificación deberá basarse en medios documentales fehacientes, tales como:

- Partida registral del inmueble.
- Escritura pública de adquisición.
- Constancia de posesión legítima (para bienes no inscritos).
- Autorización expresa de copropietarios, si corresponde.

Ventajas del modelo propuesto

- Reduce las barreras formales y los costos de acceso.
- Incentiva la formalización progresiva del mercado.
- Amplía la cobertura del procedimiento a contratos válidos, pero actualmente excluidos.
- Refuerza la seguridad jurídica mediante control documental previo.

6.2. Control judicial sumario y filtro antifraude

Con base en el principio de tutela jurisdiccional efectiva, y ante el consenso empírico sobre la necesidad de proteger a terceros legítimos, se propone establecer un control judicial sumario para resolver oposiciones de terceros que acrediten una relación jurídica legítima con el bien arrendado (subarrendatarios, cesionarios, familiares autorizados).

Este control no suspende el trámite, pero permite que el juez evalúe con celeridad la oposición en una audiencia rápida, sin efecto suspensivo. Asimismo, se incorpora un filtro antifraude que habilita al juez a rechazar de plano oposiciones manifiestamente infundadas o maliciosas, lo cual reduce el uso estratégico del proceso para dilatar indebidamente el desalojo.

Impacto normativo

- Fortalece las garantías procesales sin paralizar el procedimiento.
- Evita desalojos arbitrarios contra terceros legítimos.
- Disuade el uso de oposiciones falsas o sin sustento como táctica obstructiva.

6.3. Reconocimiento expreso del carácter no contencioso

La Ley n.º 30933 no ha sido formalmente incorporada a la Ley n.º 26662 ni al catálogo de procedimientos no contenciosos del Código Procesal Civil, pese a su evidente configuración como trámite no adversarial. Se propone su reconocimiento expreso como asunto no contencioso, lo cual permitiría aplicar supletoriamente principios notariales como:

- Imparcialidad del operador.
- Objetividad en la verificación.
- Celeridad y ausencia de contradictor directo.

Efectos positivos esperados

- Mayor coherencia institucional.
- Seguridad normativa en su aplicación.
- Fortalecimiento del rol del notariado como vía legítima de justicia extrajudicial.

6.4. Vía judicial alternativa como opción no contenciosa

A fin de garantizar accesibilidad y adaptabilidad del procedimiento a distintos contextos, se propone habilitar una vía judicial no contenciosa alternativa ante el juez de paz letrado. Esta opción permitiría que el arrendador opte por iniciar el procedimiento directamente ante el Poder Judicial, sin que esto implique un proceso contencioso.

El juez, previa verificación de requisitos, emitiría una resolución con valor de título ejecutivo, equivalente al acta notarial, que habilite la ejecución inmediata del lanzamiento.

Justificación

- Brinda una opción segura para arrendadores en contextos de riesgo o informalidad.
- Garantiza acceso en zonas sin cobertura notarial adecuada.
- Refuerza el enfoque mixto, adaptado a realidades locales diversas.

6.5. Sanciones a oposiciones maliciosas

Para evitar el uso abusivo del derecho de oposición como herramienta de obstrucción procesal, se propone facultar al juez para imponer sanciones económicas (hasta 5 UIT) cuando se acredite la existencia de mala fe procesal.

La aplicación efectiva de esta medida requiere:

- Regulación de criterios objetivos para calificar la mala fe.
- Capacitación específica a jueces de paz letrados.
- Lineamientos institucionales que promuevan su uso razonado.

Beneficios

- Promueve la lealtad procesal.
- Disuade el uso estratégico de oposiciones sin sustento.
- Contribuye a la eficiencia del sistema sin vulnerar derechos.

6.6. Texto normativo sugerido

Se propone el siguiente articulado, a modo ilustrativo, para reformar la Ley n.º 30933 y consolidar el modelo mixto con garantías mínimas:

Artículo X. Títulos habilitantes para el procedimiento
El procedimiento especial de desalojo con intervención notarial podrá iniciarse mediante:

a) Escritura pública;
b) Formulario Único de Arrendamiento (FUA); o
c) Contrato de arrendamiento suscrito por todas las partes, con firmas certificadas notarialmente, previa verificación de identidad conforme al artículo 55 de la Ley del Notariado.

Artículo X. Verificación de legitimidad del solicitante
El notario o juez verificará que el solicitante ostente derecho legítimo sobre el inmueble, con base en:

a) Partida registral vigente;
b) Escritura pública; o
c) Documento fehaciente que acredite posesión legítima o autorización de copropietarios.

Artículo X. Control judicial de oposiciones de terceros
Las oposiciones de terceros serán registradas en el acta notarial y remitidas al juez, quien resolverá mediante trámite sumario, sin suspender el procedimiento ni la ejecución. La resolución será apelable sin efecto suspensivo.

Artículo X. Vía judicial alternativa
El arrendador podrá iniciar el procedimiento ante el juez de paz letrado. Verificados los requisitos, el juez emitirá resolución declarativa con valor ejecutivo para el lanzamiento, sin necesidad de acta notarial.

Artículo X. Sanción por mala fe procesal
El juez podrá imponer multa de hasta cinco (5) UIT por oposiciones incausadas, infundadas o maliciosas, considerando criterios objetivos como ausencia de prueba mínima o contradicción evidente. La sanción será motivada y no suspenderá el procedimiento.

7. CONCLUSIONES

La investigación ha cumplido con su objetivo principal: identificar las limitaciones normativas del procedimiento especial de desalojo con intervención notarial, regulado por la Ley n.º 30933, y proponer reformas orientadas a un modelo más eficiente, accesible y garantista.

Desde una perspectiva jurídica, doctrinal y empírica, el análisis demuestra que el modelo vigente presenta deficiencias que comprometen su eficacia y su legitimidad constitucional. En particular, se ha comprobado:

- La exclusión de terceros con derechos legítimos vulnera la tutela jurisdiccional efectiva.
- La exigencia de títulos formalizados mediante escritura pública o FUA desconoce la práctica predominante del uso de contratos privados con firmas legalizadas.
- La falta de reconocimiento expreso del procedimiento como no contencioso genera ambigüedad normativa e institucional.

A partir de estos hallazgos, se propone una reforma normativa integral basada en un modelo mixto, que

- Admita contratos privados con firmas certificadas como título habilitante, garantizando un acceso más amplio y realista al procedimiento.
- Incorpore un mecanismo de control judicial sumario frente a oposiciones formuladas por terceros con derechos legítimos, de modo que, cuando la oposición plantee una controversia jurídica relevante que exceda la función de constatación notarial, el asunto pueda ser examinado por el juez competente. Este control no implica trasladar la resolución del conflicto al notario ni desnaturalizar la función notarial, sino preservar la arquitectura bifásica del procedimiento —constatación notarial y ejecución judicial—, lo cual permite que las controversias sustantivas sean evaluadas por el órgano jurisdiccional correspondiente.
- Reconozca formalmente el carácter no contencioso del procedimiento, lo que fortalece su integración en el sistema de justicia alternativa.

De forma complementaria, se propone habilitar una vía judicial alternativa ante el juez de paz letrado, especialmente relevante en zonas rurales o distritos donde no existe servicio notarial. Esta vía permitiría al arrendador optar por una tramitación judicial no contenciosa, bajo los mismos parámetros del procedimiento notarial, y con efectos equivalentes, generando un título ejecutivo mediante resolución judicial declarativa.

Estas reformas no alteran el espíritu de la Ley n.º 30933 —basado en la eficiencia y la celeridad—, sino que lo perfeccionan al incorporar garantías mínimas que aseguren su constitucionalidad, funcionalidad y legitimidad práctica. El objetivo es consolidar un procedimiento que no solo resulte ágil, sino también justo y sensible a las múltiples realidades contractuales del país.

Finalmente, desde una perspectiva social, se reconoce que un diseño legal deficiente puede generar inseguridad jurídica, desalojos arbitrarios o procesos innecesariamente judicializados. Por ello, también se sugiere explorar figuras complementarias como la mediación, la conciliación o la transacción extrajudicial, siguiendo experiencias como la mexicana. Estas herramientas podrían integrarse como etapas facultativas o

preprocesales, ello enriquecería el sistema de justicia no contenciosa y fomentaría una cultura de solución dialogada de conflictos.

REFERENCIAS

Agurto Moreno, J. F. (2020). El desalojo notarial. *Ius Vocatio*, *3*(3), 15-35. https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/iusVocatio/article/view/426

Becerra Palomino, C. E. (2020). La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis crítico de la legislación peruana. *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, (3), 111-139.

Cajusol García, N. J. (2018). *Análisis de las normas que regulan los procesos de desalojo en el Perú y propuesta legislativa que establece la defensa posesoria extrajudicial en materia de arrendamiento* [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional USAT. https://repositorio.usat.edu.pe/items/0265fefb-0c6b-4af0-b5b1-8d1309aa1d6e

Candia Figueroa, J. C., y Llerena Maravi, A. M. (2020). *La falta de regulación de oposición de los terceros en la Ley n.º 30933: Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial.* Universidad Tecnológica del Perú. https://repositorio.utp.edu.pe/handle/20.500.12867/3726

Consejo General del Poder Judicial (2023). *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda.*

Cristóbal, A. G., Jaime, F. M., y Chillcce, J. L. G. (2022). *Determinantes del crecimiento de viviendas en alquiler en asentamientos informales de Lima (1993-2017)*. Lincoln Institute of Land Policy.

EY México (2020, 14 de julio). *Iniciativa de reforma al Código Civil en materia de arrendamiento.* https://www.ey.com/es_mx/technical/tax/boletines-fiscales/iniciativa-de-reforma-al-codigo-civil-en-materia-de-arrendamient

Figueroa Correa, C. A. W. (2022). *Incidencias legales y administrativas del desalojo con intervención notarial en el Perú* [Tesis de licenciatura, Universidad Privada del Norte]. Repositorio Institucional UPN. https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/32279

Flores, M. (2024, 11 de noviembre). Justicia alternativa reduce 40% desalojos. *Mural*. https://www.mural.com.mx/justicia-alternativa-reduce-40-desalojos/ar2904921

Gonzaga Alcalde, I. I., y Marquina Benites, G. L. (2021). *Viabilidad de la Ley n.º 30933 y su incidencia en la descarga procesal jurisdiccional* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio Institucional. https://repositorio.unitru.edu.pe/entities/publication/b4be0327-4764-4c3d-96c7-5b6478e5e72a

Gonzales, J. L. (2019). El desalojo con intervención notarial regulado por la Ley 30933. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, *72*, 25-34.

Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco (s. f.). *Normativa y convenios IJA*. https://ija.gob.mx/

Jonas, H. (2015). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder.

Lex (2021, 22 de septiembre). ¿Cómo alquilar un inmueble de forma segura? *LP Pasión por el Derecho*. https://lpderecho.pe/contrato-arrendamiento-seguro/

Lomelí Enríquez, N. P. (2010). La competencia notarial en asuntos no contenciosos. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, (123), 245-286.

López Simó, F. (2023). Las reformas introducidas en el procedimiento de «desahucio exprés de okupas» por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo. *Revista Jurídica de las Illes Balears*, (25), 89-119.

Padilla López, L. P., y Pizarro Vasquez, A. M. F. (2024). *Procedimiento especial de desalojo con intervención de notario y el incumplimiento del contrato de arrendamiento - Santa Anita - 2021* [Tesis de licenciatura, Universidad Peruana Los Andes]. UPLA Repositorio Institucional. https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/7500

Posner, R. A. (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Estudios Públicos,* (69), 207-258. https://estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1046

Ruiz Bravo Pasco, A. (2024). *El procedimiento de desalojo notarial y la afectación a la función jurisdiccional, al principio de consensualidad y a la tutela jurisdiccional efectiva* [Tesis de maestría, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio Académico USMP. https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/13990

Saavedra Sánchez, A. F. (2023). *La Ley n.º 30933, ley del desalojo con intervención notarial y el derecho al arrendador cuando se produzca la intervención de un tercero* [Tesis de licenciatura, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio Institucional de Investigación Universidad Privada Antenor Orrego. https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/11261

Saravia García, M. A. (2021). *Eficacia del proceso único de ejecución de desalojo vs. el procedimiento especial de desalojo con intervención del notario* [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio Institucional USS. https://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/9874

Trujillo Blas, E. (2019). La quimera de un desalojo ultrasumarísimo: análisis crítico a la Ley n.º 30933. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (72), 149-173.

Vásquez, M. (2024). No me iré de tu casa, demándame si quieres. ¿Qué hacer con los cinco procesos de desalojo o se debe seguir legislando nuevos procesos? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (132), 13-28.

Villota Cerna, M. (2024). Comentarios a la legislación y a la jurisprudencia del contrato de arrendamiento en el Perú a los 40 años de vigencia del Código Civil. *THEMIS Revista de Derecho*, (85), 341-378. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/29772

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Decreto Legislativo n.º 1177. Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda. *Diario Oficial El Peruano* (18 de julio de 2015).

Ley n.º 26662. Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. *Diario Oficial El Peruano* (22 de septiembre de 1996).

Ley n.º 30201. Ley que Crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos. *Diario Oficial El Peruano* (28 de mayo de 2014).

Ley n.º 30933. Ley que Regula el Procedimiento Especial de Desalojo con Intervención Notarial. *Diario Oficial El Peruano* (24 de abril de 2019).

Proyecto de Ley n.º 5759/2023-CR, Ley que Modifica la Ley de Desalojo Notarial Exprés, para Facilitar su Acceso al Ciudadano. Congreso de la República del Perú (24 de agosto de 2023).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Concepción del estudio, revisión bibliográfica, análisis normativo, trabajo empírico, redacción, revisión final y formulación de propuestas.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
Durante la preparación del presente manuscrito se utilizó la herramienta ChatGPT (OpenAI) exclusivamente como apoyo auxiliar y supervisado, sin sustituir la actividad intelectual ni producir el contenido científico o jurídico del artículo. La herramienta fue utilizada para tareas de revisión lingüística, mejora de redacción y organización del texto. El autor revisó y validó íntegramente el contenido final del manuscrito y asume plena responsabilidad por este.

Agradecimientos
El autor agradece la valiosa colaboración de la bachiller en Derecho de la Universidad Ricardo Palma y asistente de cátedra Yesika Quispe Fernández, quien brindó un importante apoyo en el diseño metodológico y la estructuración de los cuestionarios aplicados en el marco de esta investigación.

Biografía del autor
Enrique Mendoza Vásquez es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, doctor por la Universidad de San Martín de Porres. Es profesor ordinario asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Ricardo Palma. Fue magistrado titular del Poder Judicial del Perú, donde se desempeñó como juez superior. Actualmente ejerce como notario en Lima. Ha publicado artículos en materia civil, registral y notarial, y colabora activamente en la formación jurídica universitaria.

Correspondencia
enrique.mendoza@urp.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 537-571
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1272

La omisión impropia en el delito de violación sexual

Omission by Commission in the Crime of Sexual Rape

A omissão imprópria no delito de violação sexual

Elian Mauricio Camere Figueroa
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: elian.camere@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0009-0003-1570-1440

Luis Fernando Armendariz Ochoa
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)
Contacto: larmendariz@cientifica.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-9125-9779

RESUMEN

El artículo aborda la posibilidad de imputar responsabilidad penal por omisión impropia en casos de violación sexual, centrándose en la posición de garante que ostentan los padres. A partir del artículo 13 del Código Penal peruano, se analiza cómo ciertas omisiones pueden ser equiparadas a conductas activas si existe una obligación jurídica de actuar. El texto critica la insuficiencia de las explicaciones tradicionales sobre la cláusula de correspondencia y plantea una comprensión normativista, centrada en la competencia institucional del garante.

Se sostiene que la relación materno/paterno filial impone deberes positivos derivados de la prestación de socialización primaria, lo cual

obliga a los progenitores no solo a no lesionar, sino a proteger activamente a sus hijos frente a riesgos como los delitos sexuales. Esta posición no se funda meramente en la biología, sino en la realización de prestaciones concretas en favor del menor.

El artículo se apoya en la doctrina de Jakobs y Pawlik, y analiza los casos jurisprudenciales peruanos Casación n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca. En ambos, la Corte Suprema imputó responsabilidad penal a madres que, con conocimiento de los abusos sexuales sufridos por sus hijas, omitieron actuar para impedirlos, configurando así omisiones relevantes penalmente. Se defiende que el incumplimiento del deber positivo materno/paterno constituye un delito autónomo por infracción de deber, y que el derecho penal debe garantizar la protección efectiva de los menores cuando esta protección no ha sido realizada por quienes están jurídicamente obligados a hacerlo.

Palabras clave: violación sexual; omisión impropia; deber negativo; deber positivo; competencias del ciudadano.

ABSTRACT

This article addresses the possibility of attributing criminal liability for omission by commission in cases of sexual rape, focusing on the guarantor position held by parents. Based on Article 13 of the Peruvian Criminal Code, it analyzes how certain omissions may be equated with active conduct when there is a legal duty to act. The paper criticizes the inadequacy of traditional explanations regarding the equivalence clause and proposes a normativist understanding centered on the guarantor's institutional competence.

It argues that the parent-child relationship imposes positive duties arising from the provision of primary socialization, obliging parents not only to refrain from causing harm but also to actively protect their children from risks such as sexual crimes. This position is grounded not merely in biology but in the performance of specific duties toward the child.

The article draws on the doctrines of Jakobs and Pawlik and analyzes the Peruvian cases Cassation No. 725-2018-Junín and Cassation

No. 671-2023-Cajamarca. In both cases, the Supreme Court attributed criminal liability to mothers who, despite being aware of the sexual abuse suffered by their daughters, failed to act to prevent it, thereby committing omissions of criminal relevance. The paper argues that the breach of the parental positive duty constitutes an autonomous offense based on the violation of duty and that criminal law must ensure the effective protection of minors when such protection has not been provided by those who are legally obliged to do so.

Keywords: sexual rape; omission by commission; negative duty; positive duty; citizen competencies.

RESUMO

O artigo aborda a possibilidade de imputar responsabilidade penal por omissão imprópria em casos de violação sexual, concentrando-se na posição de garante ostentada pelos pais. Com base no artigo 13 do Código Penal peruano, analisa-se como determinadas omissões podem ser equiparadas a condutas ativas quando existe um dever jurídico de agir. O texto critica a insuficiência das explicações tradicionais acerca da cláusula de correspondência e propõe uma compreensão normativista, centrada na competência institucional do garante.

Sustenta-se que a relação materno-filial e paterno-filial impõe deveres positivos decorrentes da prestação de socialização primária, o que obriga os genitores não apenas a não lesar, mas também a proteger ativamente seus filhos contra riscos como os crimes sexuais. Essa posição não se fundamenta meramente na biologia, mas na realização de prestações concretas em favor do menor.

O artigo apoia-se na doutrina de Jakobs e Pawlik e analisa os casos jurisprudenciais peruanos Casação n.º 725-2018-Junín e n.º 671-2023-Cajamarca. Em ambos os casos, a Suprema Corte imputou responsabilidade penal a mães que, tendo conhecimento dos abusos sexuais sofridos por suas filhas, omitiram-se de agir para impedi-los, configurando, assim, omissões penalmente relevantes. Defende-se que o descumprimento do dever positivo materno-filial e paterno-filial constitui um delito autônomo por infração de dever e que o direito penal

deve assegurar a proteção efetiva dos menores quando essa proteção não tiver sido realizada por aqueles que estão juridicamente obrigados a fazê-lo.

Palavras-chave: violação sexual; omissão imprópria; dever negativo; dever positivo; competências do cidadão.

Recibido: 1/6/2025 **Revisado:** 19/11/2025
Aceptado: 26/5/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 del Código Penal regula la figura de la comisión por omisión, también denominada omisión impropia, la cual permite equiparar penalmente una conducta omisiva con una activa, siempre que se cumplan ciertos requisitos esenciales. Entre los más relevantes destacan la existencia de una posición de garante —es decir, la obligación jurídica de actuar para evitar un resultado lesivo— y la llamada «cláusula de correspondencia»[1] (también denominada cláusula de «equivalencia» o de «equiparación»), que —según la doctrina mayoritaria— exige una equivalencia valorativa entre la omisión y la acción. Sin embargo, a lo largo de la evolución de la dogmática penal, tales elementos han sido objeto de debates y cuestionamientos. En este contexto, se han planteado distintas posturas en torno a las fuentes que pueden dar origen a una posición de garantía, así como sobre la necesidad de establecer una equivalencia entre el acto omitido y el hacer positivo exigido por el tipo penal y, además, de descifrar el contenido de esa equivalencia. Otras cuestiones no pueden ser obviadas, por ejemplo, sobre la necesidad de la atenuación facultativa[2] y en qué casos se aplica. Estas discusiones también han

1 Exhaustivamente al respecto y con referencias actuales, Wagner (2024, pp. 8-ss.).

2 Por todos, Lerman (2013, pp. 169-197). Este autor concluye —luego de un análisis crítico y exhaustivo de las propuestas justificadoras de la atenuación facultativa— que no existen razones jurídicas que fundamenten la atenuación facultativa en supuestos omisivos debido a que entre acción y omisión no hay una diferencia

tenido eco en la jurisprudencia, la cual, mediante diversos pronunciamientos, ha contribuido a delimitar los alcances de la omisión propia y sus elementos.

Los casos más relevantes en esta materia son, sin lugar a duda, aquellos concernientes al delito de violación sexual. Es así como la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) ha desarrollado una línea jurisprudencial para analizar y valorar los elementos de este delito cuando es cometido no directamente por el agente, sino por un tercero que está jurídicamente obligado a impedirlo. Valiéndose de pronunciamientos del Tribunal Supremo Español (en adelante TSE), la CSJ ha perfilado diversos requisitos que se deben cumplir para considerar, en términos valorativos, el hacer activo con uno omisivo. No obstante, esta postura no resulta del todo convincente, ya que no logra asumir completamente la equivalencia entre la conducta activa y la omisiva como manifestaciones de igual entidad en términos de injusto penal. En realidad, lo determinante debería ser la existencia de una posición de garante por parte del sujeto obligado, ya sea derivada de un acto organizativo previo o de una relación establecida con una determinada institución, que le imponga el deber jurídico de actuar. Esta postura de índole normativa es a nuestro entender la más coherente con la naturaleza de la figura de la omisión impropia y, en especial, con los delitos sexuales.

En esa línea, el objetivo del presente artículo es examinar la doctrina jurisprudencial desarrollada por la CSJ en torno a la imputación omisiva en los delitos sexuales, tomando como base los criterios establecidos en los Recursos de Casación n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca. Particularmente, la cuestión principal que se desarrollará es el fundamento de la posición de garante paterno/materno filial y la viabilidad de imputar el delito de violación sexual en la modalidad omisiva. Para ello, se abordarán inicialmente los fundamentos teóricos sobre la omisión impropia en la dogmática penal —más específicamente

valorativa. En este sentido, nos posicionamos al sostener que la atenuación facultativa prevista en el artículo 13 del Código Penal no tiene fundamentación teórica alguna, por lo que su regulación solo conduce a arbitrariedades e inseguridad jurídica en su aplicabilidad.

del fundamento de la posición de garante—, así como su incorporación al ordenamiento jurídico peruano a través del artículo 13 del Código Penal. Luego, se llevará a cabo un análisis normativo de los delitos sexuales, con el propósito de ofrecer una interpretación conforme con los principios de un Estado de derecho que garantiza la libertad individual, especialmente en lo relativo a la autodeterminación sexual. Finalmente, se expondrán y examinarán los fallos emitidos por la CSJ en los casos mencionados, con el fin de plantear una postura personal que sea consistente con los argumentos previamente desarrollados.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DESDE UN ENFOQUE NORMATIVO

2.1. Irrelevancia normativa en la distinción entre delitos de acción y delitos de omisión

El punto de partida inicial para aquellos que defienden una distinción entre delitos de acción y de omisión es la regulación del artículo 11 del Código Penal (en adelante, CP), que establece: «son delitos las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». Sumado a ello, se toma como referencia la regulación explícita de la omisión impropia (o comisión por omisión), en la cual se establecen los requisitos legales para la punibilidad de las omisiones (artículo 13 del Código Penal). Desde un análisis comparado, la legislación peruana sigue a la regulación española y alemana, que también regulan las reglas de punibilidad de las omisiones en sus artículos 11 y 13, respectivamente. Sin embargo, de lo establecido en el artículo 11 del CP no se extraen consecuencias jurídicas para mantener una distinción entre acción y omisión. Desde el punto de vista penal, «para la definición del comportamiento prohibido no es relevante la distinción entre acciones y omisiones» (Weezel, 2023, p. 328). No es que esa distinción no exista desde una perspectiva fenomenológica o pedagógica, pero a fin de concretar la imputación penal es irrelevante. La referencia al derecho positivo no es *per se* una razón jurídica para distinguir entre acciones y omisiones, tal es el caso, por ejemplo, de la regulación chilena que no cuenta en su Código Penal con una regulación

explícita de la punibilidad de las omisiones y pese a ello ningún sector de la doctrina chilena concluye que en el derecho vigente no se sancionan las omisiones (siquiera en omisiones impropias).

En este contexto, la doctrina mayoritaria también suele distinguir entre delitos de omisión propia (omisión pura) e impropia (comisión por omisión). Según Kindhäuser y Zimmermann (2024, p. 531), en el primero, se sanciona aquellas omisiones que se encuentran tipificadas en la respectiva ley, bastando para su punibilidad la no ejecución de la acción exigida por el tipo penal individual (por ejemplo: la omisión de auxilio del artículo 126 del CP peruano); en cambio, en el segundo se trata de la punibilidad de aquellas omisiones que, en tanto se cumplan las exigencias del artículo 13 del CP, se equiparan con la realización activa del tipo penal. «En estos delitos la responsabilidad recae en aquel que es "garante" de la evitación de un determinado resultado, en otras palabras, en aquel que está obligado al cumplimiento de un deber» (Perdomo, 2001, p. 10). De ahí que se suele afirmar que esta disposición legal (comisión por omisión) cumple la función de ampliar la punibilidad de los tipos penales de la parte especial. Vale decir, la cuestión de «en qué casos la omisión puede ser considerada, a efectos penales, una forma de realización de un tipo penal contenido en la Parte Especial» (García, 2019, p. 571) ha sido la más discutida a lo largo de la evolución dogmática de los delitos de omisión, particularmente de la mano de la denominada «posición de garante». Si bien la distinción entre delitos de omisión propia e impropia es poco útil sistemáticamente, hay que tener en cuenta que al determinar el comportamiento prohibido en la omisión impropia «es necesario imputar a la conducta el resultado típico, lo que no es necesario en los delitos de omisión simple, pues son de mera conducta» (Weezel, 2023, p. 329). En este primer ámbito —la omisión impropia— se ubica el problema de la posición de garante paterno/materno filial.

Ahora bien, así como no existen razones legales para distinguir entre acción y omisión, tampoco existen razones jurídicas para mantener esa distinción. Desde el punto de vista jurídico-penal, es irrelevante la manera fenomenológica de la realización del tipo penal en cuestión, pues lo determinante es la defraudación de una expectativa jurídico-penalmente garantizada, más aún: lo decisivo es la lesión de una *institución*

negativa o positiva. Por ejemplo, tan garante es la persona que mata a otro ciudadano mediante una puñalada en el corazón (un hacer) como aquel que omite frenar su Porsche deportivo y, como consecuencia del impacto, mata a un peatón. Lo determinante es «si una persona se encuentra unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (solo como persona)» (Sánchez-Vera, 2002, p. 105). La persona en derecho ostenta una esfera de organización que sirve de medio para realizar su libertad. El ordenamiento jurídico reconoce la autonomía del ciudadano y por ello le permite que él sea gestor de administrar su esfera de libertad. Como resultado del reconocimiento de su autodeterminación, el ciudadano es «garante» de las consecuencias del uso de su libertad (sea para bien o para mal). En este caso, el Estado le exige al ciudadano —que administra su libertad— únicamente que «no lesione a los demás». Esto es, que no sea un obstáculo de la libertad de un conciudadano como consecuencia de la incorrecta administración de su esfera de organización. Para lograr la coexistencia social es necesario, en un primer momento, que las esferas de libertad entre los ciudadanos se encuentren separadas de manera tal que ninguno de ellos usurpe la libertad ajena; de incumplirse con esta obligación —originaria, según Feuerbach—, entonces responderá por dicha usurpación lesiva. Por tanto, la obligación —originaria *neminen laede*— que «tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia» (Jakobs, 1996, p. 48) se fundamenta en el sinalagma libertad-responsabilidad: «*la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento.* Esta es la razón de la existencia de responsabilidad tanto por un hacer como por un omitir en el ámbito de los deberes negativos» (Jakobs, 2003, p. 108).

Así, un delito de la parte especial puede cometerse fenomenológicamente por un hacer o una omisión. Mientras se comprenda a la persona como titular de una esfera de organización, que está conformada por la suma de derechos y deberes, entonces el titular de esa esfera es responsable de que no se generen *outputs* lesivos para los demás. El deber negativo le exige que configure su esfera de organización compatible con las esferas de organización de los demás, procurando no perturbarlos o

usurpar su libertad. Estos *outputs* lesivos podrán configurar delitos de la parte especial de diversa clase, pues el deber general de «no lesionar a los demás» se concreta en el caso en particular: no mates, no lesiones, no violes, no robes, etc. Sea que el tipo penal esté redactado como un mandato o una prohibición, lo determinante será la lesión de una institución negativa y positiva que, en el caso en particular, se determinará por la posición jurídica del ciudadano en el contexto social de su comportamiento. En el caso de la lesión de una institución negativa, el fundamento de la responsabilidad será el uso contrario al deber de su libertad. De ahí que se suele hablar de «competencia por organización», en la cual se incluyen fenomenológicamente comportamientos activos u omisivos, y se generan deberes de actuación —derivados de la obligación originaria *neminen laede*— en supuestos de aseguramiento, injerencia, asunción o salvamento.

En esta clase de delitos —competencia por organización, terminología elaborada por Jakobs—, el sistema de intervención delictiva se determina en dos pasos: (i) «debe preguntarse en general siempre, quién debe responder, a quién le incumbe pues la ejecución, en definitiva, quién es miembro del colectivo», y (ii) «debe determinarse en virtud de qué responde cada componente del colectivo» (Lesch, 1995, p. 64). Desde este enfoque —a diferencia de lo postulado por la doctrina clásica—, la distinción entre autores y partícipes es *cuantitativa*, en función del *quantum* del aporte al hecho típico del que todos los intervinientes son competentes. Vale decir, «la graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica» (Robles, 2012, p. 5). En el primer nivel se trata de determinar la competencia de todos los intervinientes por el hecho típico a la luz de los criterios de la teoría de la imputación objetiva —o teoría del comportamiento prohibido—; mientras que en el segundo nivel corresponde graduar los aportes de cada interviniente a partir de la magnitud de la «influencia sobre el suceso típico», el cual está conformado por dos dimensiones: «influencia sobre el suceso típico» e «influencia sobre los co-intervinientes» (Orozco, 2021, pp. 168-ss.).

La perspectiva expuesta tiene consecuencias de gran calado en la clásica comprensión de la comisión por omisión (u omisión impropia).

Tradicionalmente, la denominada posición de garante fue desarrollada en el marco de la discusión de la comisión por omisión, por lo que —según doctrina mayoritaria— esta teoría serviría exclusivamente a los delitos omisivos. No obstante, esta comprensión clásica pierde su fuerza persuasiva cuando advertimos que existen deberes de actuación que se fundamentan en la obligación originaria de no lesionar a los demás. Por lo que garante no solo es quien se encuentra obligado a impedir un resultado lesivo, sino, además, en los delitos comisivos porque «quien actúa de manera activa es, por regla general, también garante de que no se inflija mediante su actuación un daño a un sujeto alguno» (Jakobs, 2012a, p. 13).

Si al derecho penal le incumben aquellas conductas que se apartan de las expectativas garantizadas penalmente, lo determinante es la defraudación de esas expectativas sin importar la forma de su defraudación (sea por acción u omisión). En este sentido, «la posición de garante, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita» (Reyes, 2005, p. 72). Así las cosas, garante no solo es quien no evita que su conducta genere ilícitamente un daño a un tercero, sino toda persona que se desenvuelve e interactúa en sociedad. Esto es, toda persona en derecho ostenta una posición de garante frente a las expectativas de comportamiento que esperan de él, «en una sociedad todos somos garantes en relación con determinadas actividades» (Reyes, 2005, p. 66). Corresponde, entonces, el abandono de la distinción clásica y una concreción de la mano de la doctrina normativista que permita un tratamiento unitario a los clásicos delitos de acción y omisión.

2.2. La posición de garante como teoría de la competencia

Lo cierto es que la teoría de la posición de garante fue empleada para determinar los deberes penales relevantes en los delitos de comisión por omisión. Esta visión reducida debe superarse, el verdadero alcance de esta teoría «se remonta a una discusión general de la teoría de los deberes y del Estado, esto es, a la distinción entre los deberes negativos y positivos» (Pawlik, 2023, p. 196). Estos deberes son objeto de normas penales que se encuentran en la parte especial del derecho penal.

En este sentido, la teoría de la posición de garante cumple la función de «identificar, en primer lugar, todas las manifestaciones obligaciones, esto es, los deberes que existen en una sociedad y, en segundo lugar, buscar que ellos sean interpretados en forma correcta para el derecho penal» (Perdomo, 2021, p. 58). Los deberes relevantes que son identificados por esta teoría han sido perfilados líneas arriba y estos surgen de la realidad institucional donde se desenvuelven las personas. Las manifestaciones obligaciones relevantes para el derecho penal, en general, son dos: (i) deberes negativos y (ii) deberes positivos, que más adelante esbozaremos detenidamente.

Esta comprensión de los deberes jurídico-penales le hace justicia a la dogmática de la omisión al otorgarle bases teóricas sólidas para su comprensión contemporánea. De esta manera, el viejo deber jurídico de actuar juega un papel importante en el derecho penal moderno, pues «eleva la problemática de la posición de garante a presupuestos de la interacción social pacífica, de tal manera que el concepto de deber jurídico sirve para reproducir la identidad normativa del grupo y así para dirigir *todas* las relaciones sociales» (Perdomo, 2008, pp. 185-186).

Para determinar cuándo un hecho pasa a ser relevante para el derecho penal, el análisis jurídico-penal no se limita al suceso fáctico *per se*, sino que ese hecho debe tener un significado como quebrantamiento de una norma. El sentido de un comportamiento penalmente relevante se establece a partir del contexto social y teniendo en consideración la calidad de las personas en conflicto, quienes son portadores de derechos y deberes. La relevancia penal de un comportamiento no se determina por el destino, la causalidad o la intención, sino a partir del sentido jurídico del acto. Uno responde penalmente en tanto que es «competente» por el hecho socialmente perturbador. Por tanto, «*la competencia por la realización típica es el concepto jurídicamente determinante* [énfasis añadido]» (Jakobs, 2012a, pp. 11-12). Este concepto clave «determina aquí el alcance de la responsabilidad del autor», esto es, «sí y en qué medida la afectación de la esfera de libertad de una persona en Derecho es reconducible en abstracto a otra persona en Derecho» (Falcone, 2024, p. 134).

El sistema de competencia al cual nos adherimos fue desarrollado inicialmente por Jakobs y ulteriormente por Pawlik[3]. La bipartición relevante no es delito de acción y omisión, sino competencia de respeto (competencia organizacional en el lenguaje de Jakobs) y competencia de fomento (competencia institucional en el lenguaje de Jakobs). En el primero, como lo hemos desarrollado *supra*, se trata de los deberes de respeto frente a las demás personas; en el segundo, son deberes que garantizan condiciones reales para la existencia de las personas y del Estado. Todo orden social, como mínimo, requiere la garantía de ambas clases de deberes al formar parte de la configuración social. Solamente de esta manera el Estado puede garantizar una libertad verdadera a sus ciudadanos, misión que, por supuesto, le corresponde al derecho penal en sus aspectos fundamentales.

2.3. Requisitos legales de la comisión por omisión

Desde el enfoque clásico, la doctrina exige como requisito para imputar un resultado a un omitente que se cumplan los presupuestos legales del artículo 13 del CP. La existencia de una cláusula general de la comisión por omisión ha sido fuertemente discutida. En la doctrina peruana, por ejemplo, García (2019, pp. 575-576) sostiene que si bien para la punibilidad de las omisiones no es necesaria una cláusula legal de la omisión impropia, ello no impide que el legislador peruano opte por establecer los requisitos específicos para una equiparación de una omisión a una acción a fin de garantizar la seguridad jurídica. En cambio, en la doctrina colombiana, Perdomo (2001, pp. 15-ss.) sostiene que un derecho penal moderno no debe regular una cláusula general debido a que la distinción entre acción y omisión «carece de cualquier importancia en el momento de determinar el fundamento de la responsabilidad penal». Sea como fuera, lo cierto es que la cláusula existe en la legislación peruana, por lo que corresponderá especificar sus requisitos esenciales a grandes rasgos.

El alcance de la cláusula legal no se limita a los delitos de resultado, como por lo general se suele afirmar, sino que se extiende a cualquier

3 Vale decir que también fue desarrollado y difundido por otros discípulos alemanes, españoles y latinoamericanos del profesor Jakobs.

hecho punible. Esta interpretación también es compatible en aquellos países —por ejemplo, España— en donde la regulación legal hace referencia expresa a los delitos de resultado, pues en tanto no se comprenda el resultado en un sentido naturalístico, sino en su sentido normativo como «infracción de la norma» (Reyes, 2022b, p. 48), entonces el resultado estará presente en delitos consumados como intentados, así como delitos de mera actividad, peligro abstracto, entre otros.

La disposición legal de la omisión impropia (artículo 13 del CP) exige básicamente dos requisitos: (i) la posición de garante; y (ii) la cláusula de correspondencia. Si estos requisitos se cumplen en el supuesto omisivo objeto de análisis jurídico-penal, podrá imputarse la comisión de dicho delito en modalidad omisiva. En la doctrina alemana, según Kindhäuser y Zimmermann (2024, p. 539), estos requisitos son denominados como «la equivalencia de acción» y «la equivalencia de las modalidades». El primero se configura cuando el autor es garante en tanto ostenta un deber de impedir el resultado y lo incumple de forma imputable; el segundo se refiere al análisis de la denominada «correspondencia», mediante el cual se busca comprobar que la omisión se corresponde con la realización fenomenológicamente activa del tipo penal. Este análisis de correspondencia es de suma utilidad particularmente en tipos penales que establecen algún elemento especial como forma de comisión (alevosía, violencia o amenaza, etc.).

Ahora bien, el reconocimiento de ambos requisitos es ampliamente aceptado; el debate, no obstante, surge respecto a su contenido. En el caso de la posición de garante existen diversas propuestas dogmáticas que otorgan una fundamentación y establecen su alcance. Desde nuestra perspectiva, la posición de garante delimita la competencia penal del ciudadano por los deberes (negativos o positivos) que ostenta en una persona en un contexto social específico. La delimitación de la competencia penal «dependerá de si la responsabilidad penal se sustenta en una competencia por organización o en una competencia institucional» (García, 2019, p. 582).

En cuanto a la cláusula de correspondencia, la doctrina la exige porque «ha rechazado mayoritariamente la adopción de la teoría del garante como criterio exclusivo de equivalencia con la comisión activa»

(Silva, 2025, p. 789). En la doctrina local, García (2019, p. 584) sostiene que la cláusula de correspondencia exige «una identidad normativa con la realización activa del delito», lo cual implica que la omisión cumpla con las exigencias típicas objetivas y subjetivas del tipo penal. En España, la propuesta de Silva (2025, p. 790) goza de bastante aceptación, y a su entender la equivalencia debe ser estructural y material. Para ello deben satisfacerse tres dimensiones: (i) identidad axiológica-teleológica; (ii) identidad estructural de los conceptos dogmáticos; y (iii) identidad compatible con el tener de la ley. Pese a existir diversas propuestas que intentan justificar el contenido de la cláusula de correspondencia, lo cierto es que aún no queda del todo claro su significado y su alcance. Como advierte Wagner (2024):

> «La ciencia del derecho penal no ha logrado desde entonces atribuir un significado a la cláusula de correspondencia». Esto no ha cambiado hasta el día de hoy. La cláusula de correspondencia sigue siendo «difícil de comprender» y «un libro con siete sellos» (p. 1)

3. LA POSICIÓN DE GARANTE PATERNO-MATERNO FILIAL

3.1. Instituciones positivas

La posición mayoritaria comprende que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos. Sistemáticamente, el dogma del bien jurídico ha sufrido críticas insalvables que sus defensores no han podido objetar con suficiencia, en este lugar no corresponde desarrollarlas, pero sí interesa proponer un punto de vista alternativo a esta visión reducida. La garantía de la institución *neminen laede* es compatible con la idea generalizada de la protección penal de bienes jurídicos. Desde este enfoque, los deberes negativos que ostentan todos los ciudadanos contribuyen a la coexistencia social porque permiten que cada uno de estos desarrolle su libertad conforme a su propia visión del mundo. La coexistencia social requiere, en primer lugar, la garantía de esta vinculación jurídica negativa: «no lesiones a los demás mientras desarrollas tu libertad». Así, cometer un homicidio representa la lesión del bien jurídico vida, lo

cual, desde el enfoque del deber negativo, significa que el ciudadano ha inobservado la obligación originaria de no lesionar a los demás, de respetarlos en tanto iguales (como personas). Los delitos de dominio o resultado son compatibles con esta visión: todos aquellos que gestionen su ámbito de libertad (esfera de organización) de forma contraria al deber negativo están usurpando la libertad ajena al arrogarse (usurpando) un derecho que no les corresponde administrar (Polaino-Orts, 2012, pp. 106-ss.). En estos casos, donde se hace uso incorrecto de la libertad, se está lesionando el deber negativo y la responsabilidad se sustenta en el uso autónomo de su libertad. De esta manera, la idea de que el derecho penal «protege» a los bienes jurídicos es plenamente coincidente porque en estos casos justamente se está lesionando un bien jurídico individual (vida, salud, patrimonio, libertad sexual, etc.). No obstante, el radio de actuación del derecho penal no se limita a aquellos supuestos en donde se lesiona un bien jurídico existente, sino, además, en aquellos casos donde dicho bien jurídico «no ha sido creado» o no se ha «fomentado». Veámoslo a más detalle.

Los denominados bienes jurídicos vida, salud o libertad (por mencionar solo algunos) no se garantizan únicamente a través de prohibiciones. Esto es, únicamente prohibiendo al ciudadano que gestione incorrectamente su esfera de organización y, como resultado, se arrogue la organización ajena. Antes bien, estos bienes jurídicos personalísimos también son garantizados por las prestaciones que realizan determinados ciudadanos que ostentan una posición o rol especial. La vida y la salud, por ejemplo, se garantizan también mediante el funcionamiento de un hospital, que diariamente salvaguarda estos bienes. Esta labor no exige «no lo lesiones», «apártate del otro», «sepárate de su esfera de libertad», sino que implica que el obligado (especial) realice actuaciones de fomento (por lo general activas) respecto a dichos bienes. El médico debe realizar actuaciones de salvamento con su paciente. Asimismo, los bienes jurídicos personalísimos también son garantizados en tanto existan condiciones reales para su realización y su desenvolvimiento. Esto sucede cuando determinadas personas materializan un *cometido estatal*, como es la seguridad interior y exterior. En el caso de los policías se exige el mantenimiento del orden interior y de la seguridad de los ciudadanos.

Estas condiciones son necesarias y no guardan relación con la idea de «no lesionar» los bienes, sino que exigen, principalmente, actuaciones por parte de estos funcionarios. Desde esta lógica, no es coherente sostener «se ha lesionado» el bien jurídico, sino que «no se ha puesto en funcionamiento». En definitiva, en el ámbito de los deberes positivos los bienes deben ser producidos o constituirse: «las instituciones deben ponerse en funcionamiento, esto es, establecerse» (Jakobs, 2020, p. 57).

Aunque algún sector minoritario no esté de acuerdo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia suprema reconocen la existencia de deberes positivos por ser necesarios para el desarrollo de la libertad personal verdadera. Así, el derecho penal también interviene cuando no se ha realizado una prestación positiva frente a un determinado bien jurídico. En palabras de Kubiciel (2021), «la libertad personal no presupone solo la ausencia de coacción como condición *negativa*; la libertad también tiene requisitos *positivos*» (p. 249). Solo el obligado especial es competente de realizar prestaciones sociales o institucionales, y la garantía penal de su cumplimiento «suele representarse como un deber especial que fundamenta una atribución de responsabilidad —en principio— independiente de la conducta de organización individual» (Müssig, 2005, p. 211).

El Estado es garante de hacer realidad la libertad personal, lo cual es posible en la medida en que se aseguren «los presupuestos (estatales y sociales) de organización para una situación en Derecho entre personas» (Müssig, 2005, p. 212). El objeto de los vínculos jurídicos positivos se sustenta en la institucionalización social del derecho, en donde se requiere satisfacer cometidos sociales a través de personas específicas. Según Müssig (2005, p. 212), los cometidos sociales se dan en dos grandes ámbitos: (i) los presupuestos de una vigencia organizada del Estado; y (ii) la garantía de las condiciones elementales de una existencia personal en derecho. En este espacio solo nos ocuparemos de los segundos[4] a fin de determinar la competencia institucional de los padres frente a las lesiones de los derechos garantizados penalmente de

4 Respecto a los deberes funcionariales fundamentados desde la institución positiva, véase Camere Figueroa (2023, pp. 75-ss.).

sus hijos, particularmente en casos de violación sexual. Recientemente Jakobs (2022) ha sintetizado el contenido de estos últimos:

> *Los deberes positivos se derivan de la condición de una asistencia, entendida como instancia de ayuda, y ello independiente de que la adquisición de esta condición haya empeorado la situación de la persona que necesita la ayuda* [énfasis añadido]. Dicho estatus puede ser desmantelado, pero no rescindido a destiempo. *El prototipo es el estatus de los padres en relación con sus hijos que no pueden quedarse solos, correspondientemente también el estatus recíproco en un matrimonio, en la medida en que aquel aún exista de hecho. En este sentido, el matrimonio queda absorbido por la confianza especial* [énfasis añadido] que se mencionará a continuación. Además de las relaciones mencionadas, existen relaciones sustitutivas funcionalmente equivalentes, como la adopción o la familia ensamblada. Para aclarar, una niñera está obligada a proporcionar asistencia en la medida en que ha anulado a los padres cuando se declara dispuesta a cumplir con su aceptación; esto es un deber por asunción y por lo tanto un deber negativo. *Pero los padres deben asistir a su hijo independientemente de si han anulado otra ayuda* [énfasis añadido]. (pp. 30-31)

El contenido de los deberes positivos —siguiendo a Sánchez-Vera (2002)— le exige al obligado especial lo siguiente: «"Tienes que edificar un mundo en común con un determinado bien jurídico para su fomento y ayuda, estar a su disposición", es decir, en ellas sí hace falta que se organice algo» (p. 115). Vale decir, el obligado especial (por ejemplo, la madre de una niña) no solo debe garantizar que su esfera de organización no afecte la esfera de libertad de su hija, sino que, además, está obligada institucionalmente a preservar sin merma esa esfera o incluso a fomentar la organización de su hija, formando en este sentido un mundo en común con ella (su hija como beneficiaria de las prestaciones). Dicho de otra forma, los padres no solo se encuentran vinculados frente a sus hijos de forma meramente negativa (¡no afectes su libertad!), sino que deben «—a diferencia del garante por injerencia— constituir además con el niño una

"comunidad de vida" que trasciende a ese acto concreto» (Jakobs, 2012b, p. 84). Queda por desarrollar aún más el fundamento de la posición de garante paterno-materno filial, lo cual se hará en el siguiente apartado.

La infracción del deber positivo genera una responsabilidad de corte institucional. Así, ampliamente la doctrina y la jurisprudencia suprema han acogido la denominación de delitos de infracción de deber. En esta clase de delitos —basados en una competencia institucional—, el obligado especial, por ejemplo, el padre (o un funcionario público en caso de un delito contra la Administración pública), responde a título de autor. La razón de ello consiste en que «el garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente, realiza un delito *autónomo*, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo» (Lesch, 1995, pp. 66-67); lo que no significa que no existe intervención delictiva, sino que independiente de la forma fenomenológica de realización del tipo penal (sea por división de trabajo o de propia mano), siempre se le imputa de forma inmediata el tipo penal en cuestión. Dicho de otro modo, el obligado especial no responde penalmente como resultado de la arrogación ilegítima de un ámbito de organización ajeno (la usurpación de la libertad), esto es, por la organización defectuosa de su esfera de libertad, ni tampoco por la «lesión» de un bien existente del cual dependa de él, sino «porque él ha rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien» (Lesch, 1995, p. 67). En el ámbito de la competencia institucional de los padres, los siguientes ejemplos son sumamente ilustrativos:

> Aún más relevante: el padre que colabora entregando veneno para asesinar a su hijo no es mero cómplice del ejecutor, sino —superando la accesoriedad— autor, tal como lo sería si no hubiera facilitado el hecho pero tampoco lo hubiera impedido. Cuando unos padres, actuando conjuntamente, matan a su hijo por considerarlo una carga, son coautores por organización común y, más decisivo, cada uno es autor paralelo de un homicidio por violación de un deber positivo; pues el acontecimiento no solo ocurre en el mundo que organizan juntos, sino también en el que les es propio. En otras palabras, *el hecho significa, por un lado,* «*nosotros (el colectivo parental) matamos (mata) al niño*», *pero también,* «*yo expulso al niño de mi (no: nuestro) mundo* [énfasis añadido]». (Jakobs, 2012b, p. 85)

Finalmente, debe quedar claro que la posición de garante del padre-madre frente a sus hijos se fundamenta, esencialmente, en deberes positivos —y no deberes negativos como lo considera Robles (2012, p. 9)—. La razón de esto radica, siguiendo a Muñoz (2025, pp. 123-124), en que (i) la existencia de un niño es consecuencia de un acto posibilitador de ella, por lo que lo decisivo es que existan personas que se encarguen de desarrollar la personalidad del niño hasta alcanzar el estatus de persona en derecho; (ii) históricamente se ha asignado a los cuidadores de los niños la tarea de neutralizar los peligros que los acechan; y (iii) la procreación de un hijo no fundamenta una posición de garante por injerencia o asunción por la cual se tenga que fundamentar la responsabilidad por las consecuencias del uso de su libertad (procreación). De ahí que lo particular de esta clase de posición de garantía radica en garantizar la *libertad positiva* del niño. Esto es, «los deberes MPFs deben considerarse como deberes positivos, ya que implican una responsabilidad activa de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos, más allá de la mera prohibición de causar un daño» (Muñoz, 2025, p. 124).

3.2. La posición de garante paterno-materno filial como deberes positivos fundamentados en la prestación de socialización primaria

Hasta aquí nada de lo que se ha dicho puede ser novedoso, incluso puede decirse que es ampliamente aceptado. El problema surge, particularmente, en aceptar que la sola posición de garante del padre o la madre puede fundamentar la imputación por el homicidio, las lesiones o la violación sexual de su hijo en modalidad omisiva. Ciertamente, hay quienes se muestran escépticos de que un deber amplio de protección de los padres frente a los peligros que acechan a sus hijos puede ser suficiente para la responsabilidad penal por el tipo penal en cuestión en modalidad omisiva. Sin embargo, la opinión dominante en la jurisprudencia suprema y en la doctrina es de otro parecer. El problema que se desarrollará, entonces, será el siguiente: ¿es posible la comisión de un delito (particularmente, violación sexual) mediante la omisión de un padre o una madre? Sin duda alguna, este problema trasciende a una

mera cuestión interpretativa del artículo 13 del CP, pues la cuestión de si los padres que omiten tienen que responder jurídicamente de que el resultado no se produzca es «especialmente difícil de responder cuando quien omite ha de ser incluido en la esfera del Estado» (Zaczyk, 2010, p. 325).

Debe quedar claro que la posición de garantía materno-paterno filial no se sustenta en el hecho biológico de la procreación de un hijo o la mera vinculación de parentesco por consanguinidad. Antes bien, la relación entre padres e hijos previa a la emancipación se define normativamente por la función que cumplen y desarrollan los padres, en tanto contribuyentes, como los hijos, en tanto beneficiarios de las prestaciones. El sentido de la contribución positiva de los padres frente a sus hijos consiste en la «*socialización primaria*, pues se busca que al menor "necesitado" se le ofrezca, por medio de determinados comportamientos, aquella dotación cognitiva necesaria para su existencia en verdadera libertad» (Perdomo, 2008, p. 242). En efecto, la obtención de la autonomía de los niños no se logra del mero acto de la procreación, sino que se trata de un proceso de incorporación a la sociedad (integrar ideas como bueno o malo, justo o injusto, aspectos culturales, tradiciones, normas generales, etc.). La socialización primaria por lo general se ha desarrollado en la intimidad o, mejor dicho, en «ámbitos de vida privada en común», y tradicionalmente se ha designado dicha labor a los progenitores. Estos «ámbitos de vida privada en común» son lo que anteriormente se denominaba «familia», aunque es igualmente válido utilizar el término «familia» siempre que se la defina *funcionalmente* como «todo grupo social compuesto por una persona adulta y por un niño, en cuyo contexto a este último se le provee de lo necesario para su crianza hasta la vida adulta» (Muñoz, 2025, p. 156). La importancia de las *prestaciones de socialización primaria* de los padres frente a sus hijos radica en que «es esencial para lograr su libertad positiva futura y también es imprescindible para la subsistencia y desarrollo de la sociedad» (Muñoz, 2025, p. 149).

En virtud de ello, el derecho penal garantiza el cumplimiento de la prestación de socialización primaria en su manifestación particular

de «contribuciones que *garantizan protección y cuidado, y que resultan irremplazables en el desarrollo físico y espiritual del menor hasta la mayoría de edad y cuya negación debe tenerse como una falta grave*» (Perdomo, 2008, p. 244). Esta delimitación es importante porque la prestación social de socialización primaria es sumamente amplia y adquiere contornos específicos en cada sociedad y familia (en su concepción funcional), por lo que existe un espectro de contenidos específicos que al derecho penal no le incumbe, pero que a otras ramas del ordenamiento jurídico sí. En consecuencia, en el contexto jurídico-penal la vinculación entre padres e hijos se define por las contribuciones de los padres respecto a los bienes concretos de sus hijos (derechos). Esta es la razón por la cual los deberes de cuidado y protección de los padres cobran gran relevancia a efectos de determinar la imputación de un delito mediante omisión.

Importa destacar que el mero acto biológico no fundamenta *per se* la posición de garante. Al contrario, la fuente de la posición de garante paterno-materno filial se fundamenta en el ejercicio autónomo de estas prestaciones. Esto es, quienes realicen las prestaciones de socialización primaria frente a sus hijos adquieren una posición de garantía institucional con relación a ellos. Generalmente coincidirá que los mismos progenitores sean quienes ostenten dicha posición de garantes, pues:

> Por motivos deontológicos —la autonomía en la realización de una acción sexual que conlleva el riesgo de embarazo—, sumado a motivos de justicia en la distribución social de costos —es más justo distribuir los costos entre las personas responsables de la existencia de un niño, que entre las personas no responsables por ello—, es plausible sostener que los progenitores biológicos deben tener la responsabilidad jurídico-penal que conlleva la crianza de un hijo. (Muñoz, 2025, p. 174)

Siempre que el modelo tradicional de familia no marque la pauta para fundamentar obligaciones institucionales, sino que, por el contrario, nos centremos en el significado de la contribución de socialización primaria como fundamento obligacional, entonces se podrá «considerar muchas formas de relaciones de vida de pareja o formas de relaciones

entre padres e hijos como marco propicio para el aporte de las contribuciones que llevan a la socialización primaria» (Perdomo, 2009, p. 115). El desarrollo objetivo de esta clase de contribuciones fundamenta la competencia institucional de quien materialmente las proporciona a un beneficiario (menor de edad). De ahí que se abandone completamente la mera vinculación biológica y se abra paso a diversas relaciones entre padres e hijos que pueden abarcar a los hijos adoptivos, padrastros, hijos extramatrimoniales, etc.

Por lo general, el inicio de las obligaciones institucionales será el nacimiento del menor y culminará con la obtención de su mayoría de edad (siempre que exista un acto de autovinculación, esto es, que se ejerzan materialmente las contribuciones). A partir de esta delimitación, debe diferenciarse lo que se denomina «"responsabilidad procreativa" a la responsabilidad que tiene lugar durante la etapa fetal; y "responsabilidad MPF" en sentido estricto a aquella que tiene lugar durante la etapa infantil» (Muñoz, 2025, p. 197). En consecuencia, los deberes positivos que fundamentarán una imputación del resultado lesivo son aquellos derivados de la posición institucional paterno-materno filial luego del nacimiento del niño y no durante la etapa anterior (el embarazo[5]).

---

5 Benavente (2005) ha cuestionado la posición de Jakobs, sostenida en su *Tratado*, en la cual niega deberes institucionales del padre frente al hijo que aún no nace (durante el embarazo). En su opinión:

> si se parte que el concebido es sujeto de derecho (en todo lo que favorece) dejar su protección al exclusivo ámbito de la madre es más que discutible; es decir, cuáles serían las razones que justificarían una responsabilidad penal a la madre y un eximente de la misma al padre. (p. 106)

Sin embargo, como hemos sostenido, el fundamento de relación paterno-materno filial no es el mero hecho biológico del nacimiento, sino el significado de las contribuciones de socialización primaria, esto es, el ejercicio efectivo de estas contribuciones que buscan el desarrollo pleno de la personalidad del niño hasta adquirir autonomía. Además, debe diferenciarse estas dos etapas mencionadas, pues como advierte Muñoz (2025):

> en primer lugar, por razones orgánicas: el feto se encuentra unido al cuerpo de la mujer gestante de una manera muy particular […]. En segundo lugar, por su diverso contenido: mientras que la responsabilidad procreativa tiene por finalidad proporcionar los cuidados necesarios para que el feto pueda nacer con vida, mientras que la responsabilidad MPF tiene por objetivo criar al niño.

Finalmente, «cuando los hijos son mayores, el vínculo entre padres e hijos sufre una merma normal de intensidad como consecuencia lógica de la independencia natural y jurídica que se ha alcanzado» (Perdomo, 2009, p. 117), razón por la cual culmina el proceso de socialización y los efectos de los deberes institucionales han acabado.

Los deberes concretos de los padres frente a sus hijos antes de la emancipación en el contexto jurídico-penal se justifican porque es necesario compensar «la incapacidad natural del menor por medio de contribuciones orientadas al cuidado y protección, pues los padres están obligados a garantizar al niño todas aquellas prestaciones que contribuyan a su evolución física y espiritual» (Perdomo, 2008, p. 248). Formulado de otro modo, las expectativas que se esperan de los padres se proyectan en la realización de estas contribuciones. En este sentido, el ordenamiento jurídico-penal reclamará a los padres toda contribución necesaria y adecuada para garantizar una socialización eficiente del niño hasta que logre su autonomía. Estas prestaciones fenomenológicamente van desde el cuidado corporal, la limpieza, la alimentación hasta la defensa ante peligros, los impedimentos de ataques, etc. De ahí que

> [a] los padres les son exigidas muchas y diferentes tareas, pero solamente impuestos deberes jurídico-penales cuando se trate de temas que […] están en relación con bienes jurídicos personalísimos, pero, igualmente, con otros […] en donde se presupone jurídicamente la incapacidad del necesitado o beneficiario para su propia administración. (Perdomo, 2009, p. 117)

Lo anterior es correcto si se toma en cuenta que

> los niños son sometidos a un régimen vital especial, que da lugar a la responsabilidad MPF aquí analizada, porque son personas consideradas carentes de autonomía para manejar algunos de los aspectos de su vida y sus progenitores son los encargados de suplir ese déficit. (Muñoz, 2025, p. 220)

En tercer lugar, por su modo de cumplimiento: los cuidados hacia un niño pueden delegarse total o parcialmente, pero los cuidados al feto solo pueden canalizarse a través de la madre. (p. 271)

Además, la primera fase de desarrollo del niño es mucho más intensa para los padres por la especial condición de vulnerabilidad del menor, con lo cual resulta razonable que «entran en consideración todos aquellos bienes cuya administración esté vedada jurídicamente al sujeto, partiendo de los bienes jurídicos personalísimos hasta los […] secundarios» (Perdomo, 2008, p. 248).

De esta manera, la garantía penal del cuidado del patrimonio también se toma en consideración[6]: «Si los padres no salvan el cuadro perteneciente al niño de que se estropee por la humedad, responden por daños mediante omisión. Sobre todo tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio en relación con la administración desleal» (Jakobs, 1997a, p. 995). Formulado en tesis: *existe responsabilidad penal de los padres por el cuidado y la protección respecto a los derechos fundamentales (vida, salud, libertad, etc.) y también frente a otros secundarios, como el patrimonio, en la medida en que el menor es incapaz de gestionarlos.*

> La situación y los deberes de los padres estarán en continua modificación; mientras más crezcan los hijos, mayores son las posibilidades de percepción de la realidad y las expectativas normativas dirigidas a los padres, esto es, las normas jurídico-penales tendrían una nueva configuración como consecuencia precisamente de las contribuciones de los padres en el periodo de socialización respectivo. (Perdomo, 2008, p. 248)

---

6 Desde esta perspectiva, la problemática de la estafa en casos de inimputables (menores de edad o enfermos mentales) se reconduce al tratamiento normativo de la estafa de víctima estructuralmente débil, es decir, aquella víctima que no tiene las capacidades cognitivas y volitivas normales. Las soluciones son muy variadas, pero en lo que aquí respecta, Pawlik sostiene:

> a la víctima, por su carencia de competencia de organización, no se le puede imputar responsabilidad alguna por las consecuencias de su acto de disposición, así que si el autor desea conducirle a un acto de disposición patrimonial, debe adaptarse a su nivel de conocimientos —asumir la tarea de compensar su déficit cognitivo— y, si no esta dispuesto a ello, debe renunciar al negocio. (Pastor, 2004, p. 252)

Por tanto, el padre que permite que estafen a su hijo responde penalmente por un delito de estafa.

Sobre la base de lo expuesto, se puede responder afirmativamente la pregunta inicial: si es posible la comisión de un delito de la parte especial (particularmente, violación sexual) mediante la omisión de un padre o una madre. La razón estriba en que, en virtud de la posición de garantía institucional que ostenta el progenitor —previamente acreditada—, el no impedir el resultado lesivo, pudiendo hacerlo, equivale normativamente a su realización activa. De acuerdo con los fundamentos esbozados, la competencia institucional fundamenta una responsabilidad por no realizar la prestación positiva de socialización primaria. En caso de existir un riesgo de afectación de un bien personalísimo del niño, el padre debe realizar toda acción necesaria para la no concreción del riesgo. Si bien el padre fenomenológicamente podría colaborar a la afectación de los bienes del niño (dar un cuchillo al asesino, contratar a un sicario, llevarlo a la habitación del violador, etc.), estos actos son, en términos organizativos, de participación de un delito ejecutado por otro; no obstante, desde el punto de vista institucional, el padre también lesiona su deber positivo de crear un mundo en común con su hijo a través de la salvaguarda de sus bienes. De ahí que, quien, por ejemplo, lleva a su hijo a la habitación del violador está vulnerando su deber negativo de no contribuir a la lesión de un tercero, pero además, en tanto padre, está vulnerando su deber positivo de realizar prestaciones de cuidado y protección de su hijo. Ante la concurrencia de la afectación de estos deberes, la vulneración del deber positivo implica también la lesión del deber negativo, que contiene un nivel de injusto mayor que absorbe la mera lesión de la prohibición de lesionar a un tercero.

4. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA VIOLACIÓN SEXUAL EN COMISIÓN POR OMISIÓN

4.1. El caso resuelto en la Casación n.º 725-2018-Junín

Nuestra CSJ en varias ejecutorias se ha pronunciado respecto a la aplicación de la «comisión por omisión» en el delito de violación sexual. Uno de estos pronunciamientos se produjo en el Recurso de Casación n.º 725-2018-Junín, invocando la causal establecida en el inciso 3 del

artículo 429 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), referida a la incorrecta interpretación de la ley penal. Así, en esta ejecutoria, la Corte analizó —sobre la base de los hechos declarados probados y subsumidos en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1— los alcances de esta figura, según los términos establecidos en el artículo 13 del Código Penal.

En esa línea, resulta adecuado como punto inicial desarrollar brevemente la base fáctica que sustentó dicho razonamiento judicial. Según se advierte de la acusación fiscal, se imputó y se condenó a Ernestina Juana Porras Carhuamaca por haber omitido realizar acciones de protección a favor de su menor hija de iniciales A. V. A. P., ante los abusos sexuales cometidos por el procesado Hilder Rolán Ramírez Caballero, quien era su pareja sentimental en ese entonces. Hechos sobre los cuales tenía pleno conocimiento, al punto de que incluso promovió un encuentro entre el acusado y la agraviada, durante el cual este le ofreció disculpas a su hija y manifestó su intención de no repetir la conducta.

En relación con el sustento normativo para justificar la aplicación de la figura de la «comisión por omisión» al caso previamente expuesto, la CSJ inició su análisis con una breve exposición dogmática sobre la naturaleza jurídica de los delitos omisivos. En ese marco, la Suprema parte de la distinción entre normas jurídico-penales de carácter prohibitivo y aquellas de naturaleza preceptiva. Las primeras son aquellas que prohíben una conducta específica, mientras que las segundas imponen un deber de actuar. Bajo esta consideración, los delitos en comisión por omisión se inscribirían dentro de este segundo grupo normativo, en tanto su configuración responde a la inacción de un sujeto que, por mandato jurídico, se encontraba obligado a actuar.

Seguidamente, la CSJ desglosó las diversas posiciones que existen respecto a la distinción entre acción y omisión. En ese sentido, refirió que un sector de la doctrina sostiene que la relevancia penal de la omisión radica en la ausencia de la activación de un proceso causal, pese a que el sujeto tenía tanto la posibilidad como el deber jurídico de intervenir. Esta concepción, a nuestro entender, responde a una tesis de corte ontológico, en tanto sitúa el núcleo del problema en la dimensión causal de la conducta, considerando esta como el elemento determinante para la valoración negativa tanto de la acción como de la omisión.

De otro lado, se encuentra el sector de la doctrina que, desde una óptica normativa, sostiene que la diferenciación entre acción y omisión es meramente fenomenológica. Bajo este enfoque, no existiría ya una distinción jurídica sustancial entre ambas formas de conducta, ya que lo verdaderamente relevante es el sentido que expresan dentro del orden jurídico. En este punto, la CSJ no toma partido por alguna postura, pues solo se limita a exponerlas y declarar que, en todo caso, «concierne a la jurisprudencia y a la literatura jurídica, según la casuística que surja progresivamente, continuar desarrollando parámetros hermeneúticos relacionados con el punto materia de debate» (Casación n.º 725-2018-Junín, fundamento de derecho tercero).

Continuando con el desarrollo de sus fundamentos, la CSJ destaca cómo se configura el elemento subjetivo en los delitos omisivos. En estos casos, señala la Suprema, el dolo se manifiesta a través de la «inacción deliberada» del sujeto frente al deber jurídico que le correspondía cumplir y cuyo riesgo de incumplimiento es plenamente consciente. Ello en contraste con los delitos de comisión, en los cuales el dolo se expresa mediante la «decisión consciente» del autor de ejecutar una conducta descrita como típica en la ley penal. Respecto al dolo eventual, la CSJ precisa que, en ambos supuestos, se requiere un conocimiento altamente probable de la realización del resultado. No obstante, desde una perspectiva normativa, el dolo no se concibe como un estado mental del agente, sino como atribución de un conocimiento penalmente relevante en función del ámbito de competencia del ciudadano, destacando que el dolo en la omisión no presenta particularidades frente al de la comisión activa (Jakobs, 2020, p. 48).

En cuanto al fundamento del deber jurídico requerido en los delitos de comisión por omisión, la CSJ señaló entre sus considerandos que este se basa en la existencia de una posición de garantía. Así, tomando una postura medianamente formalista, la Suprema opta por delimitar las fuentes de esta posición jurídica en normas extrapenales, como pueden ser las de carácter civil —por ejemplo, los deberes parentales hacia los hijos menores— o administrativo —como los compromisos que asumen los funcionarios públicos—. Sin embargo, en la última parte del fundamento cuarto también reconoce la posibilidad de que la fuente

sea material, como un actuar precedente peligroso o la presencia de relaciones estrechas interpersonales.

De otro lado, en cuanto a los deberes derivados de la posición de garantía, la CSJ distingue tres categorías según su contenido: los deberes de aseguramiento, de salvamento y de asunción. El primero, que es el más amplio, implica la obligación de controlar una fuente de riesgo para evitar que cause daño a terceros. El segundo, por su parte, se refiere a la obligación de neutralizar un peligro originado dentro del ámbito de responsabilidad y que ya ha alcanzado a un tercero y lo ha lesionado. Por último, el tercero surge cuando alguien acepta voluntariamente una responsabilidad que no tenía previamente, y genera en la víctima una expectativa de protección que impide que esta reciba ayuda de otra fuente.

Finalmente, como otro de los requisitos necesarios para configurar los delitos de omisión impropia, la CSJ enfatiza la necesidad de verificar una «correspondencia valorativa» entre la conducta omitida y la acción exigida. Ello en tanto solo aquellas acciones y/o omisiones que presenten características específicas (tal como lo establece el tipo penal) pueden ser consideradas relevantes a efectos de atribuir responsabilidad penal. Con esto, para la Suprema, la omisión impropia solo podrá ser punible si encuentra un correlato con un hacer positivo.

Es así como, sobre la base de los fundamentos previamente desarrollados, la CSJ verificó su concurrencia dentro del caso analizado. Para tal propósito, la Corte también recurrió a la jurisprudencia comparada del TSE, que ha sistematizado diversos requisitos adicionales a los ya mencionados. Entre ellos, destaca que, en relación con la posición de garante, no basta con la existencia de un vínculo jurídico entre el autor y la víctima, sino que además debe existir la capacidad y la posibilidad real de actuación por parte del sujeto obligado. Estos criterios adicionales fueron recogidos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y se analizaron individualmente para resolver el caso.

Así, en su fundamento jurídico octavo, en primer lugar, la CSJ constató la existencia del resultado típico, correspondiente a la violación sexual perpetrada en perjuicio de la menor identificada con las iniciales A. V. A. P. Hecho que, además, fue plenamente acreditado tanto en la primera como en la segunda instancia, sin que la parte recurrente

haya formulado objeciones sobre el respeto de las garantías procesales en la valoración probatoria. Seguidamente, se verificó la existencia de una obligación de actuar entre la encausada Ernestina Juana Porras Carhuamaca y la víctima de iniciales A. V. A. P., derivada de una relación maternofilial; así como su capacidad de ejercer las atribuciones y los deberes derivados de dicha relación, en la medida que la referida convivía junto a su menor hija y su pareja (el agresor sexual), y conocía los actos que cometía este último. Es así que incluso intentó que ambos conciliaran para evitar la denuncia de los hechos. Lo que, para la CSJ, en términos valorativos, equivalió a la «causación» de la propia violación. De lo cual concluyó que efectivamente se justificó la aplicación de la omisión impropia al caso materia de *litis*.

4.2. El caso resuelto en la Casación n.º 671-2023-Cajamarca

Otro de los pronunciamientos relevantes en esta materia fue el recaído en el Recurso de Casación n.º 671-2023-Cajamarca. En esta ejecutoria, al igual que en precedentes anteriores, se reafirmaron los alcances interpretativos de la omisión impropia; sin embargo, también se analizó su vinculación con el contenido del artículo 327 del CPP, el cual reconoce el derecho de los cónyuges a no denunciarse mutuamente.

La base fáctica del razonamiento, según se advierte de las sentencias de primera y segunda instancia, giró en torno a que quedó demostrado que la recurrente María del Pilar Canto Mercado, desde marzo de 2016 hasta agosto de 2017, tenía conocimiento de los actos de agresión sexual perpetrados por su pareja Llanos Mauricio contra su mayor hija de iniciales Y. J. A. C. De manera que, a pesar de tener la obligación jurídica de protegerla, no actuó para impedir dichos abusos. Incluso, se constató que, cuando el agresor llegaba al domicilio, la recurrente elevaba el volumen del televisor para evitar que su otra hija (hermana menor de la víctima) escuchara lo que ocurría. Asimismo, que le decía a la agraviada que «se portara bien» cada vez que el acusado venía a visitarlas.

En relación con los motivos de casación referidos a la correcta aplicación de la figura de la omisión impropia al caso concreto (vulneración de la garantía de motivación), la CSJ reafirmó su doctrina jurisprudencial previamente desarrollada, al evaluar la concurrencia de los

siguientes elementos esenciales: (i) la existencia de una posición de garante por parte de la acusada; (ii) su capacidad real para actuar en el contexto de los hechos; (iii) la verificación de un resultado lesivo —en este caso, la agresión sexual contra su hija—; y (iv) la posibilidad de evitar dicho resultado, considerando que conocía plenamente los hechos materia de imputación.

Respecto a la segunda causal, referida a la infracción de precepto material por inaplicarse lo dispuesto en el artículo 327 del CPP; la CSJ precisó que esta exoneración no puede ser utilizada para justificar la inacción en el caso *sub examine* debido a tres motivos. En primer lugar, debido a que la acusada y el agresor no tenían la condición de cónyuges, en tanto no mantenían una vida en común. En segundo lugar, que cuando se trata de proteger bienes jurídicos superiores, como la integridad sexual de una menor; el deber de garante —derivado de una relación materno filial— prevalece sobre la dispensa de denunciar al cónyuge. Y, en tercer lugar, que en todo caso el acto de omitir denunciar —al ser un garante de protección— equivale, en términos de imputación objetiva, a un acto de intervención delictiva.

En ese punto, coincidimos parcialmente con la argumentación expuesta por la Corte, pues más que un ejercicio de ponderación (derecho a la no autoincriminación versus interés superior del niño) o de verificar la condición de cónyuges de los coacusados, la irrelevancia del contenido del artículo 327 del CPP —para el caso *sub examine*— debe sustentarse en criterios de imputación objetiva. Razón que por sí sola hubiera sido suficiente para rechazar el argumento planteado por el recurrente, ya que una interpretación sistemática del artículo mencionado evidencia que su aplicación está prevista para supuestos en los que una persona tiene conocimiento de delitos cometidos por su cónyuge contra terceros y opta por no denunciarlos. Sin embargo, dicha exoneración no resultaría válida cuando la víctima del delito es una persona sobre la cual el cónyuge conocedor tiene deberes jurídicos de protección —como ocurre en el presente caso, tratándose de una menor de edad bajo su tutela—; ya que, en dicho supuesto, rige la institución de la omisión impropia y, por ende, se configura un acto con sentido delictivo.

5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha buscado demostrar la viabilidad dogmática y jurisprudencial de imputar responsabilidad penal a padres, y especialmente a madres, por delitos de violación sexual cometidos en perjuicio de sus hijos menores, cuando tal resultado se produce como consecuencia de una omisión relevante. Para ello, se ha reivindicado una comprensión normativa de la omisión impropia basada en la figura del garante, superando la clásica distinción entre delitos de acción y omisión, e integrando ambas formas de conducta en un mismo marco de imputación funcional.

En primer lugar, se ha sostenido que la posición de garante paterno-materno filial no se agota en un vínculo biológico, sino que debe entenderse como una competencia institucional que impone deberes positivos de protección y cuidado derivados de la función socializadora primaria. Esta posición implica no solo la obligación de no lesionar, sino también la de generar condiciones reales para el desarrollo de la libertad del menor, constituyendo un verdadero «mundo en común» entre progenitor e hijo. En tal sentido, omitir actuar frente a un peligro que atenta contra bienes personalísimos del menor —como la libertad sexual— representa una infracción a deberes institucionales cuya omisión puede ser penalmente relevante.

En segundo lugar, se ha evidenciado que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha consolidado una línea interpretativa coherente con esta tesis. Los casos analizados (Casaciones n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca) demuestran que los jueces han reconocido no solo la existencia de la posición de garante, sino también la correspondencia valorativa entre la omisión y el tipo penal de violación sexual, lo que permite imputar responsabilidad como autor directo al garante omisivo.

Finalmente, se concluye que el derecho penal, en su función de protección de las condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad, debe considerar penalmente relevantes las omisiones de quienes ostentan una posición institucional de protección. En particular, cuando se trata de menores, el incumplimiento de los deberes de salvaguarda por parte de sus progenitores no solo representa una falla moral o social, sino una

infracción jurídica grave que puede y debe ser sancionada penalmente bajo la figura de la omisión impropia.

REFERENCIAS

Benavente Chorres, H. (2005). *La imputación objetiva en la comisión por omisión* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Camere Figueroa, E. M. (2023). El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa. *Forseti. Revista de Derecho*, *12*(18), 68-95.

Falcone, A. (2024). *Competencia e imputación: un aporte para la superación de la teoría del injusto personal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general.* Ideas.

Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión.* Universidad Externado de Colombia.

Jakobs, G. (1997a). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997b). *Estudios de derecho penal.* Civitas.

Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Thomson-Civitas.

Jakobs, G. (2012a). Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida. En K. Ambos (dir.)., *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 13-27). Temis.

Jakobs, G. (2012b). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann.

Jakobs, G. (2020). *Kritik des Vorsatzbegriffs.* Mohr Siebeck.

Jakobs, G. (2022). Deberes negativos y positivos en el derecho penal. Reflexiones sobre el fundamento de la competencia jurídico-penal. *Revista de Derecho Penal. Delitos contra el orden público*, (2), 21-33.

Kindhäuser, U., y Zimmermann, T. (2024). *Derecho penal parte general.* Tirant lo Blanch.

Kubiciel, M. (2021). *La ciencia de la parte especial del derecho penal.* Editores del Sur.

Lerman, M. (2013). *La omisión por comisión*. Abeledo Perrot.

Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva.* Universidad Externado de Colombia.

Muñoz, B. (2025). *La responsabilidad penal en la relación materno y paternofilial*. Atelier.

Müssig, B. (2005). Aspectos teórico-jurídicos y sociológicos de la imputación objetiva en el derecho penal. En C. Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 225-250). Comares.

Orozco López, H. D. (2021). La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]. *InDret*, (2), 150-194.

Pastor Muñoz, N. (2004). *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Marcial Pons.

Pawlik, M. (2023). *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito* (H. D. Orozco López, I. Coca Vila y M. D. Lerman, trads.). Universidad Externado de Colombia.

Perdomo Torres, J. F. (2001). *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Perdomo Torres, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial.* Universidad Externado de Colombia.

Perdomo Torres, J. F. (2009). *Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad.* Universidad Externado de Colombia.

Perdomo Torres, J. F. (2021). *El delito de sacrificio en el estado de necesidad justificante*. Tirant lo Blanch.

Polaino-Orts, M. (2012). *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*. Ara Editores.

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva.* Temis.

Reyes Alvarado, Y. (2022a). Los delitos de propia mano. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* (pp. 353-361). Ediciones Universidad de Salamanca.

Reyes Alvarado, Y. (2022b). El mito del resultado. *Revista Nuevo Foro Penal*, *18*(99), 37-52.

Robles Planas, R. (2012). Deberes negativos y positivos en derecho penal. *InDret*, (4), 1-21.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado «delito de propia mano». Respuesta a una situación jurisprudencial.* Dykinson.

Silva Sánchez, J.-M. (2025). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.

Wagner, M. (2024). *Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB. Zugleich Vorarbeiten zu einer grundlegenden Rekonstruktion der Dogmatik der Unterlassungsdelikte.* Mohr Siebeck.

Weezel, A. van (2023). *Curso de Derecho Penal. Parte general.* Universidad Externado de Colombia.

Zaczyk, R. (2010). *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Universidad Externado de Colombia.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 725-2018-Junín. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (31 de julio de 2019).

Casación n.º 671-2023-Cajamarca. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (27 de noviembre de 2023).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Elian Mauricio Camere Figueroa: concepción y diseño del trabajo; recogida y adquisición de datos; análisis e interpretación de los datos; redacción del manuscrito.

Luis Armendariz Ochoa: revisión crítica del contenido intelectual importante; interpretación de datos; aprobación final de la versión que se publicará.

Ambos autores han leído y aprobado la versión final.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
Los autores declaran que no se utilizaron herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía de los autores
Elian Mauricio Camere Figueroa es maestrando por la Universidad de Sevilla en el Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales (2025/2026). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Excoordinador general del Taller de Dogmática Penal (UNMSM). Miembro del Grupo de Estudio «Ius Poenale», organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Luis Armendariz Ochoa es profesor en la Universidad Científica del Sur. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido investigador visitante en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania). Máster por la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Correspondencia
larmendariz@cientifica.edu.pe

Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL
Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 573-609
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1173

La delimitación entre infracción administrativa y delito ambiental en el ordenamiento jurídico peruano: criterios dogmáticos y problemas de aplicación

Delimiting Administrative Offenses and Environmental Crimes in the Peruvian Legal System: Dogmatic Criteria and Application Challenges

A delimitação entre infração administrativa e delito ambiental no ordenamento jurídico peruano: critérios dogmáticos e problemas de aplicação

DIEGO SAN MARTÍN VILLAVERDE
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: dsanmartin@pucp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-0541-3758

RESUMEN

La delimitación entre la infracción impuesta por la Administración pública y la tipificación de los delitos ambientales representa especial interés para la aplicación de justicia contemporánea. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Perú identificó una práctica cuestionable para la imputación de responsabilidad ambiental por la comisión de un hecho derivado de las supervisiones administrativas, para lo cual consideró abordarlo en el marco del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal, realizado en Lima en septiembre de 2023. Al respecto,

esta investigación determina criterios para diferenciar uno de otro, para efectos de conocer con mayor detalle y especificación qué se requiere para que una vulneración de la legalidad administrativa-ambiental constituya delito según el marco legal vigente. Así, los criterios aquí establecidos permitirán, a quienes administran justicia, contar con un estudio que oriente su práctica, que demostrará que no toda infracción administrativa es un delito y que el delito penal en blanco es uno de especial construcción, sustentado en las figuras de la fiscalización y la potestad sancionadora de la Administración pública.

Palabras clave: administración de justicia; criterios de delimitación; delito ambiental; derecho ambiental; fiscalización ambiental; infracción administrativa.

ABSTRACT

The distinction between violations sanctioned by public administration and the classification of environmental crimes is of particular importance for the administration of contemporary justice. In this regard, the Supreme Court of Justice of Peru identified a questionable practice in attributing environmental liability based on facts derived from administrative inspections and addressed the issue within the framework of the Twelfth Supreme Jurisdictional Plenary Session on Criminal Matters, held in Lima in September 2023. This research establishes criteria for distinguishing one from the other in order to determine more precisely the requirements for a violation of administrative environmental regulations to constitute a criminal offense under the current legal framework. The criteria developed herein provide justice administrators with a study that may guide their practice, demonstrating that not every administrative violation constitutes a crime and that the blank criminal statute is a particularly complex legal construct, supported by the mechanisms of oversight and sanctioning powers exercised by public administration.

Keywords: administration of justice; delimitation criteria; environmental crime; environmental law; environmental oversight; administrative offense.

RESUMO

A delimitação entre a infração imposta pela Administração Pública e a tipificação dos delitos ambientais representa tema de especial interesse para a aplicação da justiça contemporânea. Nesse contexto, a Suprema Corte de Justiça do Peru identificou uma prática questionável para a imputação de responsabilidade ambiental pela prática de um fato decorrente de fiscalizações administrativas, razão pela qual considerou oportuno abordar a questão no âmbito do XII Plenário Jurisdicional Supremo em Matéria Penal, realizado em Lima em setembro de 2023. Nesse sentido, esta pesquisa estabelece critérios para diferenciar uma da outra, a fim de compreender com maior detalhamento e precisão o que se exige para que uma violação da legalidade administrativo-ambiental constitua delito à luz do marco legal vigente. Assim, os critérios aqui estabelecidos permitirão àqueles que administram a justiça dispor de um estudo que oriente sua prática, demonstrando que nem toda infração administrativa constitui delito e que o delito penal em branco é uma figura de construção especial, fundamentada nos institutos da fiscalização e do poder sancionador da Administração Pública.

Palavras-chave: administração da justiça; critérios de delimitação; delito ambiental; direito ambiental; fiscalização ambiental; infração administrativa.

Recibido: 17/3/2025 **Revisado:** 22/8/2025
Aceptado: 13/3/2026 **Publicado en línea:** 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El Perú es un país rico en recursos naturales, su principal actividad económica es la extractiva, específicamente, la minería, que, a su vez, es afectada por su versión ilegal e informal y que es materia constante de conflictos socioambientales.

La conducta antijurídica que sustenta el tipo penal sea del delito de contaminación ambiental o el de minería ilegal, se sostiene en el aspecto

administrativo, que ha seguido un procedimiento administrativo sancionador realizado por la entidad de fiscalización ambiental competente. No obstante, es menester explicar de qué se trata este procedimiento y su idoneidad en el caso de supuestos de infracción, lo que permite abordar la figura de la potestad sancionadora de la Administración pública.

Sin perjuicio de ello, es pertinente considerar una institución necesaria en este análisis: el Ministerio Público, principalmente representado por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA). Es en este ámbito donde la discusión se enriquece, pues al ser el titular de la acción penal en la materia antes mencionada, deberá identificar la configuración de los tipos penales pertinentes sin vulnerar el principio *non bis in idem*.

Lamentablemente, la práctica nos enseña que la fundamentación en un delito de contaminación ambiental o de minería ilegal que justifica la denuncia y/o acusación de la FEMA se basa exclusivamente en el informe fundamentado que elabora la autoridad ambiental competente, por lo que podemos señalar que no distingue el riesgo del daño. En esencia, todo podría ser considerado delito, lo cual es inaudito.

Este artículo aborda la necesaria delimitación entre infracción administrativa y delito en la materia ambiental, con el objeto de delimitar criterios de diferenciación orientadores para los órganos jurisdiccionales, abordaje de la problemática general que supone la utilización de los informes fundamentados para justificar la acción penal, así como la intervención de la Administración pública, desde sus competencias y la configuración cada vez más recurrente de la imposición de penas por causas netamente administrativas, que al final del día son una evidente vulneración a la sociedad, principalmente, en la gestión de la actividad formal.

Desde el punto de vista metodológico, este trabajo se sustenta en un análisis dogmático del derecho administrativo sancionador y el derecho penal ambiental, complementado con un examen normativo del marco jurídico aplicable y una interpretación aclarativa de las normas y los precedentes relevantes. Este enfoque permite examinar los criterios jurídicos que orientan la delimitación entre la infracción administrativa

y el delito ambiental en el ordenamiento peruano, así como los principales problemas que se presentan en su aplicación práctica.

2. UN ACERCAMIENTO PRÁCTICO AL ROL DEL DERECHO AMBIENTAL PERUANO EN EL CONTEXTO ACTUAL

El derecho ambiental representa una rama jurídica destinada no solo a la protección del ambiente y de los elementos que lo integran, sino también a la realización de las actividades humanas y económicas que, por su propia naturaleza, generan impactos sobre los ecosistemas.

En este sentido, su función no se limita a establecer prohibiciones o restricciones, sino que busca encauzar dichas actividades dentro de parámetros que permitan evitar efectos ambientales graves, irreversibles o de imposible reparación, garantizando así un equilibrio razonable entre desarrollo económico y preservación ambiental.

En este contexto, la regulación ambiental suele ser objeto de cuestionamientos cuando se percibe que el diseño normativo privilegia de manera desproporcionada alguno de los intereses involucrados.

En particular, en el ámbito de la supervisión y la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones ambientales (función *ex post*), con frecuencia se sostiene que la autoridad administrativa competente —en el caso peruano, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)— desarrolla su actividad bajo condiciones relativamente estructuradas, en la medida en que gran parte de sus intervenciones se dirigen a agentes económicos formalmente constituidos, debidamente identificados y sometidos al control de policía de la Administración pública (San Martín, 2023, p. 80).

A menudo, estas actuaciones se llevan a cabo en lugares donde no es posible identificar con claridad a los responsables de la actividad ni determinar la titularidad de los predios involucrados, lo que añade dificultades adicionales al ejercicio efectivo de la potestad fiscalizadora e incluso puede exponer al personal inspector a situaciones que comprometen su seguridad física.

En la práctica, las condiciones en que se desarrolla la supervisión ambiental difieren de manera significativa según el contexto de la actividad inspeccionada. No es equivalente intervenir en una unidad

minera perteneciente a una empresa formalmente constituida —caso 1— que dispone de certificación ambiental y de los correspondientes títulos habilitantes, que realizar acciones de fiscalización en un espacio donde no existe claridad sobre quién ejecuta o dirige la actividad —caso 2—, cómo se organiza la operación ni cuál es la distribución efectiva de las labores. Además, en este escenario, la autoridad carece de información mínima que oriente su actuación, es decir, de una suerte de «hoja de ruta» institucional que permita encauzar la intervención, aun cuando exista normativa especial aplicable.

Este último supuesto básicamente implica que la operación no cuenta con certificación ambiental u otra relacionada y da cuenta a la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA) correspondiente. Es justamente en este punto donde las incongruencias se presentan y cabe la legítima duda acerca de si bastarán los resultados de fiscalización del OEFA para que la FEMA inmediatamente impute la comisión de un delito ambiental, sea en el caso 1 (donde notamos la complejidad sustantiva de la delimitación entre lo administrativo y lo penal) o en el caso 2.

3. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA: A PROPÓSITO DE INSTITUCIONES JURÍDICAS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y AMBIENTAL

La Administración pública es parte elemental de la regulación de la conducta de los actores (administrados) en el marco de las obligaciones ambientales que asumen.

Los controles sirven para delimitar las acciones del administrado, para someterlo, pero en el marco de sus compromisos y de la ley, no al punto de ser dictatorial, sino de un empleo equilibrado de la fuerza o, si es pertinente, de la soberanía estatal.

Resulta limitado que solo pensemos en los imperativos administrativos como elementos suficientes para regular al administrado. Ello no podría estar más alejado de la realidad y la práctica.

Baldwin (1990) estatuye:

> las normas no funcionan cuando aquellos con voluntad de cumplirlas no saben qué implica cumplir (agentes bien intencionados,

> pero mal informados) y cuando aquellos menos deseosos o capaces de cumplir (agentes bien/mal informados y malintencionados) no están lo suficientemente estimulados para cumplirlas. (p. 324)

Ahora bien, aquí es importante notar la disciplina de la regulación y que no está exenta de equivocaciones, las cuales podemos llamar fallas regulatorias.

Al respecto, tenemos (i) regulaciones ineficaces: efectos generados por regulaciones que no se condicen con los objetivos esperados; (ii) regulaciones ineficientes: efectos generados por regulaciones a un costo que no es razonable; y (iii) regulaciones contraproducentes: efectos generados por regulaciones que no solo son inefectivas, sino que generan el efecto contrario.

Ya en el plano práctico, la Administración pública debe manejar y difundir información sobre las acciones que realiza, lo cual es diferente a alertar al administrado sobre sus obligaciones (que ya debe conocer), sino que se trata de hacer transparentes los medios (procedimentales) que empleará para determinar el presunto incumplimiento de una obligación, sea aquella que está en el marco de su certificación ambiental, la norma, la medida administrativa dictada, etc.

3.1. La Administración pública, la fiscalización y su potestad sancionatoria

En más de una oportunidad podemos caer en la diversidad terminológica acerca del ejercicio de la fiscalización que hace la Administración pública y la potestad que ostenta para sancionar.

Todo empieza con la actividad administrativa de fiscalización, establecida en el Decreto Legislativo n.º 1272, luego contemplada en el numeral 239.1 del artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO LPAG), aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que dispone que la fiscalización es el conjunto de actividades que realiza la Administración pública para verificar que los ciudadanos y las empresas cumplen con las normas y las leyes vigentes, con el fin de proteger los intereses públicos.

El profesor Morón Urbina (2020) expone adecuadamente el siguiente análisis:

> Esta regulación innovadora en el derecho comparado le otorga un tratamiento unitario y común a las dispersas formas de intervención que las entidades públicas, de manera directa o indirecta, realizan sobre el ejercicio de libertades de los administrados con el objeto de comprobar si en el ejercicio de alguna [de] esas facultades o, en el cumplimiento de sus obligaciones, ha cumplido con los deberes legales impuestos por el ordenamiento administrativo, por algún contrato que les vincula u con base a otra fuente jurídica. (p. 18)

Esta forma de control obedece a los imperativos legales definidos y advertidos al administrado cuando decide embarcarse en un proyecto de inversión, por dar un ejemplo.

La Administración pública, en ese supuesto, está presente desde el inicio, vale decir, desde la regulación para la obtención de los títulos habilitantes hasta el seguimiento de los compromisos adoptados al conseguirlos y, de ser el caso, sancionarlos.

La fiscalización, como tal, es la función de policía (Rebollo, 2017, pp. 66-79), la cual debemos reconocer como la incidencia y la limitación que se dirige a los intereses de los administrados, por parte de la Administración pública. Así, Sánchez Povis (2020) estatuye que la intervención de esta admite la prevención de «incumplimientos (prevención del riesgo), se incentive la observancia del Derecho (cumplimiento) y se informe (eduque) a los particulares respecto a las obligaciones que tienen a su cargo» (p. 39).

En ese orden de ideas, la inspección comprende una autonomía por parte de la Administración pública, pero requiere de recursos, conocimiento y habilitación normativa para una correcta aplicación de esta.

Es un problema conocido y recurrente que las autoridades administrativas no cuenten con «recursos suficientes para ejercer, siquiera, en un sector relevante de la población sus potestades inspectivas; tampoco es conveniente socialmente que la Administración se encuentre permanentemente detrás de los particulares para observar y verificar que cumplen con la ley» (Tirado, 2011, p. 255).

En consecuencia, es indiscutible el rol de la Administración pública, por causa de conocimiento y dominio de materia. Asimismo, debemos advertir la celeridad que implica que las autoridades administrativas fiscalicen y, de ser el caso, sancionen, contra lo que sería involucrar a los órganos jurisdiccionales para dicho fin. Esto último sería inviable e inimaginable.

3.2. El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El Ministerio del Ambiente fue creado en el marco del Decreto Legislativo n.º 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Según el artículo 4 del referido decreto legislativo, sobre su ámbito de competencia, dispone que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente.

Indiscutiblemente, el rol del Ministerio del Ambiente marcó un hito en nuestro país. En lo que a la potestad sancionadora se refiere en el plano ambiental, consideremos la organización habilitada, con base en la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente y, particularmente, en el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa), creado por la Ley n.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

El Sinefa se define como:

> el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, como contar con la certificación ambiental para la ejecución de proyectos o actividades de servicios y comercio, manejar los residuos sólidos de manera adecuada, entre otras. (Gob.pe, 2024, párr. 1)

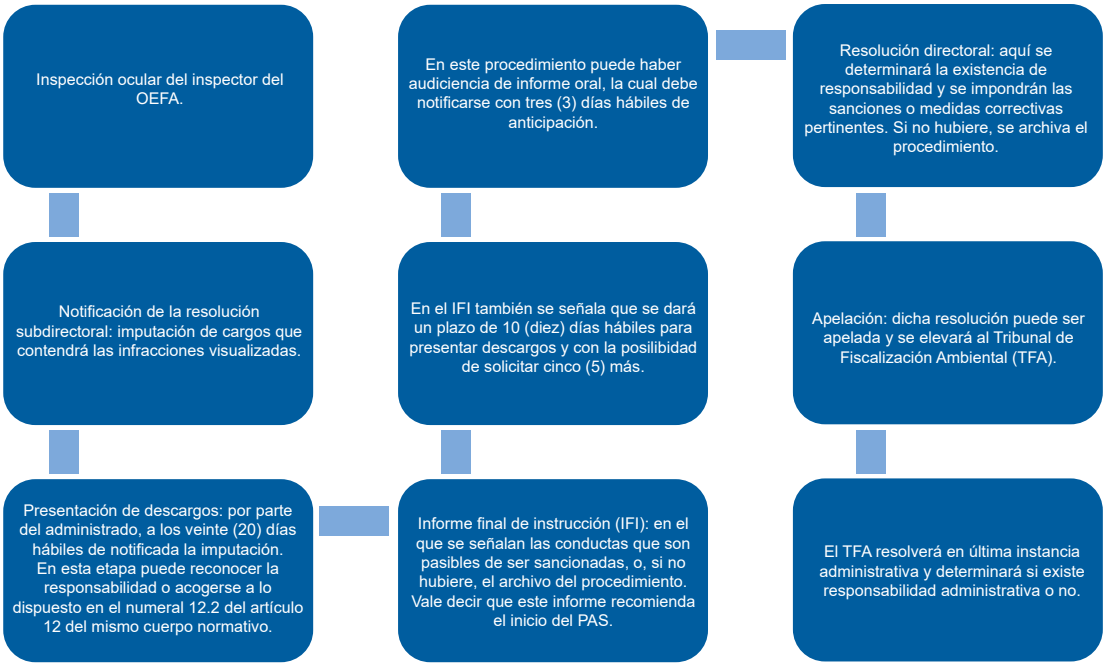
Como tal, la fiscalización ambiental no se limita al OEFA. Para ser más precisos, es una entidad de fiscalización ambiental (EFA) de alcance nacional; mientras que existen otras entidades de la Administración pública que cuentan con competencias de fiscalización en la materia, y existen aquellas de índole regional y local.

Así las cosas, una vez que la Administración pública determina, en mérito de la actividad administrativa de fiscalización, el incumplimiento de una obligación normativa ambiental, corresponderá el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS). Ello está en la línea de lo dispuesto en el inciso 4 del numeral 245.1 del artículo 245 del TUO LPAG, el cual establece que las actuaciones de fiscalización podrán concluir en «la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan».

El PAS del OEFA se encuentra regulado en virtud de lo expuesto en el TUO LPAG, pero además en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA-CD y modificada por la Resolución del Consejo Directivo n.º 00011-2021-OEFA/CD y la Resolución del Consejo Directivo n.º 032-2021-OEFA/CD.

Figura 1

Procedimiento Administrativo Sancionador de OEFA



Nota. Elaboración a partir de la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD y San Martín (2022a, p. 57).

3.3. La determinación de la infracción administrativa en los asuntos ambientales

El factor procedimental que maneja el OEFA, guiado por las disposiciones del TUO LPAG y las normativas especiales, permite transparencia y predictibilidad en su accionar, bases imperativas en los principios del derecho administrativo. En este campo, debemos ser, de todas formas, precisos al determinar sobre qué se inicia un PAS.

La confrontación evidente entre la Administración pública y el administrado se da, pues, con el PAS. Pero no representa la primera interacción entre ambos, pues tal como hemos colegido anteriormente, su interacción versa desde el momento de recabar títulos habilitantes, quizás antes, cuando existan dudas acerca de qué se debe realizar para efectuar formalmente una actividad y no caer en la ilegalidad. Claro, estamos refiriéndonos a un agente bien intencionado que busca información fidedigna.

Ahora bien, las conductas pasibles de infracción administrativa tienen un alcance amplio; no nos atreveríamos a decir que deban ser determinadas y determinables, debido a que la protección ambiental, en la actualidad, la vemos desde distintas regulaciones, con énfasis en los sectores productivos y extractivos.

Entonces, a una infracción le corresponde una sanción, todo lo cual encaja en los alcances del principio de legalidad, gradualidad, predictibilidad, etc.

Para determinar una infracción hay que supervisar, fiscalizar, inspeccionar y lograr certeza en la imputación aseverando que esta se fundamenta «más allá de duda razonable».

Esta frase, que abunda en las decisiones administrativas y judiciales, es cuestionable. ¿Cómo determino qué es una duda razonable? ¿Qué significa ir más allá de esta? ¿Acaso estamos refiriéndonos a asegurarnos de que la actuación, sea la de la Administración pública, del fiscal o el juez, sea conforme a derecho? Pero eso debe ser así.

Lo que esa frase origina es más incertidumbre, que permite una tarea ideal para el abogado defensor que podría invocar el desconocimiento justificado, la indefinición normativa, la confusión práctica del imputado sin alevosía, etc.

En asuntos tan técnicos como el ambiental, no puede permitirse una generalidad semejante. Es contraproducente porque daño ambiental y riesgo no son lo mismo y sus consecuencias tampoco lo son.

Así pues, el derecho ambiental se erige como un derecho de regulación y gestión de riesgos: (i) decide sobre los riesgos ambientales que pueden ser admitidos o rechazados; (ii) garantiza la adecuada gestión, reducción y control de riesgos; (iii) sanciona a quien sobrepase los niveles de riesgo permitidos e incumpla sus obligaciones ambientales; y (iv) repara los daños ambientales que, en esencia, fueron generados por una inadecuada gestión y control de esos riesgos (Esteve, 2017, pp. 28-30; Grandez, 2024, p. 33).

Como hemos podido advertir, el OEFA fiscaliza diversos sectores, por lo que la normativa que tipifica las infracciones y las sanciones es amplia. Para efectos de determinar la sanción y la graduación, OEFA se vale de una metodología determinada, que se contempló en el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 007-2012-MINAM, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales.

En esa línea, la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA, mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA-PCD, aprobó la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes que se utilizarán en la graduación de sanciones.

Las multas dispuestas por la autoridad administrativa tienen la función de desincentivar la comisión de infracciones a la legislación ambiental, a su vez que

> [brindan] tratamiento equitativo y razonable a los administrados a través del conocimiento público de los criterios objetivos que permiten su graduación, así como contribuyan a garantizar la resolución expeditiva de los problemas ambientales que ponen en riesgo el valor de los recursos naturales, la protección de la salud y la vida humana. (Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA/PCD, p. 1)

No somos de la concepción de que esta metodología sea efectivamente el desincentivador de las conductas indeseadas en el marco normativo, pues si nos imaginamos la severidad económica de una multa (en efecto, se introducen efectos o elementos económicos para abordar razonabilidad, gradualidad, incluso legalidad a la metodología) para una empresa, esta podría ver perjudicada su propia gestión, agotando sus recursos en garantizar el pago, que no es empleado para reparar un daño, ya que dicha acción igual corresponde a la empresa en el marco del principio de responsabilidad ambiental contenido en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

Ello, sin perjuicio de la aplicación del principio de no confiscatoriedad, por el cual, de conformidad con el numeral 12.2 del artículo 12 de la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD, «la multa a ser impuesta no puede ser mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción».

De acuerdo con numeral 12.6 del artículo 12 de la resolución antes mencionada, la disposición acerca de la aplicabilidad del principio de no confiscatoriedad es inviable cuando el infractor:

> (i) Ha desarrollado sus actividades en áreas o zonas prohibidas, de acuerdo a la legislación vigente.
> (ii) No ha acreditado sus ingresos brutos, o no ha remitido la información necesaria que permita efectuar la estimación de los ingresos que proyecta percibir.

Con todo, el debate sobre la valorización del daño ambiental es recurrente y entendemos que es uno que amerita mucha información técnica, de la que no gozamos efectivamente. Seguimos, entonces, la reflexión de Martín Mateo (2015), quien discute:

> La reparación del daño ambiental es hoy un presupuesto básico de la tutela del medio, lo que supone, además de la identificación del responsable, vía precisión del nexo causal, la valoración en términos económicos del remedio del daño causado, y no tanto de los

> perjuicios intrínsecos ocasionados al titular de los bienes implicados, en nuestro caso la colectividad, lo que da propia sustantividad a la problemática aquí abordada, que se distancia de la de naturaleza civilística. (p. 58)

Para efectos de la aplicación de la metodología antes explicada, OEFA se vale del PAS para llevar a cabo la fiscalización ambiental que «no es otra cosa que un procedimiento que busca determinar la responsabilidad administrativa del administrado por la comisión de un ilícito administrativo sancionable bajo la normativa sectorial correspondiente» (San Martín, 2022a, p. 127).

4. EL DELITO AMBIENTAL (Y DE MINERÍA ILEGAL)

Los delitos cometidos en contra del ambiente reciben, en el marco del Código Penal peruano, la denominación de delitos ambientales, que corresponden al Libro Segundo, Título XIII, y que componen cuatro capítulos que van del artículo 304 al 314-D.

El delito emblema de esta sección del Código es el delito de contaminación ambiental:

> Artículo 304.- Contaminación del ambiente
> El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.
>
> Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Consideramos firmemente que esta es una tipificación sumamente amplia. El legislador procuró agrupar todos los tipos de afrentas ambientales en un artículo, lo que hace que la interpretación sea extensa y genere un sinnúmero de interpretaciones. Es, prácticamente, pretender agotar todas las modalidades de afectación al ambiente en una conducta, lo cual, por supuesto, dista de la realidad.

Otro apunte relevante es que el artículo 304 del Código Penal dispone que la conducta se configura cuando se cause «perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental». Esto es, la graduación de la conducta se limita a lo grave, con lo que la categorización administrativa para las infracciones que devienen en leve, grave o muy grave se ve confrontada y ofrece confusión.

¿Qué es grave para lo penal? ¿Lo que para la norma administrativa es muy grave es equivalente a lo grave para lo penal?

Quizás, sí, pero no tenemos una disposición expresa al respecto, por lo que interpretaríamos que para la norma penal una actuación es leve o grave si se trata de la primera, se deja a lo administrativo; mientras lo segundo, a lo penal.

De todas formas, es controvertido, pero no deberíamos agotar la discusión en un tema semántico. Lo que debería quedar evidenciado es que el artículo 304 del Código Penal demuestra que el derecho penal es la última ratio en la impartición de justicia.

Una atingencia prudente es que la contaminación ambiental no es el único delito ambiental que existe, aunque por mucho tiempo el Código Penal así lo contempló. Pero habida cuenta de su definición, la contaminación es una forma de dañar, aunque no es la única.

De igual forma, el Código Penal no define delito ambiental, por lo que es prudente concretar una explicación al respecto. Así, entendemos por delito ambiental:

> «[…] aquella acción típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos legales o reglamentarios, dirigida a trastornar nocivamente el ambiente, desmejorando la calidad de la vida y que es merecedora de una sanción penal» (p. 209). Por consiguiente, la descripción de una conducta positiva (hechos) o negativa (omisiones)

> como delito es del tipo penal. No se podrá castigar penalmente a una persona cuya conducta la ley no la considere un delito (Walss, 2001). (Chirino et al., 2016, p. 181)

Como es posible desprender de la definición citada, la contaminación es una modalidad más. Ciertamente, la norma incide ahora en nuevos tipos, en particular uno de compleja caracterización y avance en la actualidad: el delito de minería ilegal.

El factor clave radica en que las normas avanzan en función del descubrimiento de tecnología, de avance en la investigación científica que permite definir nuevas instituciones o, incluso, poner en debate la aplicación de prácticas vigentes que en realidad podrían sostener un daño ambiental.

En este contexto, el delito de minería ilegal fue recién incorporado el 29 de febrero de 2012, de conformidad con el artículo primero del Decreto Legislativo n.º 1102, Decreto Legislativo que Incorpora al Código Penal los Delitos de Minería Ilegal.

Específicamente, el artículo 307-A define al delito de minería ilegal, cuyo texto fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1351, que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana y, a su vez, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1695, del 20 de enero de 2026:

> El que realice actividad de exploración, extracción, explotación, beneficio u otra actividad minera según la ley de la materia, de recursos minerales metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.
>
> La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación, beneficio u otra actividad minera según la ley de la materia, de recursos minerales metálicos o no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización,

que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Desde nuestra óptica, la minería ilegal amenaza la sostenibilidad de nuestros recursos y los medios de aprovechamiento adecuado de los recursos naturales. Además, se conduce como un vehículo para el narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, explotación sexual, explotación infantil, trata de personas, prostitución, entre otras tantas vejaciones que quebrantan la dignidad que caracteriza a los seres humanos y afecta al ambiente y a sus componentes (San Martín, 2022a, p. 158).

4.1. La intervención especial de la autoridad ambiental: acerca de los informes fundamentados

Previamente, hemos abordado la forma concreta en que la Administración pública actúa al momento de fiscalizar y sancionar. Sin embargo, no podemos discutir que esa sea su única misión, mucho menos en esta investigación delimitadora entre infracción y delito.

Así, emerge la figura del informe fundamentado, regulada en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, que fue sustituido por el artículo 4 de la Ley n.º 29263, publicada el 2 octubre de 2008, que lo define como el informe emanado por la autoridad ambiental competente sobre infracción de la normativa ambiental.

De esta forma, es obligatorio que la autoridad ambiental emita un informe técnico antes de que el fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria decida en la etapa intermedia del proceso. Este informe debe entregarse en treinta (30) días y será clave para la decisión del fiscal o el juez.

Conocida la naturaleza jurídica del referido informe, es esencial definirlo, advertir su funcionalidad concreta, su contenido básico y el momento preciso de obtenerlo por parte de los órganos jurisdiccionales.

4.2. Las características y la funcionalidad del informe fundamentado

El informe permite llenar el tipo penal en blanco que es la naturaleza de los delitos ambientales y de minería ilegal. Por tanto, su empleo es

sustancial para el fiscal al momento de la acusación y para el juez al momento de resolver. La ley ambiental sostiene que su evacuación es obligatoria, pero no refiere concretamente que este represente el solo sustento para acreditar la comisión del tipo penal.

El asunto concreto de los informes fundamentados estriba en su uso. Este reviste de tal importancia que el numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley General del Ambiente cuenta con una reglamentación propia. Esta reglamentación ha cambiado hasta en tres oportunidades: en primer lugar, se tuvo el Decreto Supremo n.º 004-2009-MINAM; en segundo lugar, el Decreto Supremo n.º 009-2013-MINAM; en tercer lugar, el vigente Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

Al respecto, el numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM establece:

> El informe fundamentado es un documento elaborado en cumplimiento de la Ley General del Ambiente, que constituye una prueba documental relacionada a la posible comisión de delitos de contaminación, contra los recursos naturales y de responsabilidad funcional e información falsa tipificados en el Título XIII del Código Penal.

Aunque no está establecido expresamente, debería también obedecer al delito de minería ilegal, pero es probable que su contenido no verse esencial y exclusivamente en lo ambiental, sino además en el tipo de minería que se hace y, especialmente, si quien está realizando la conducta imputada está en condición de minero informal o minero ilegal. Determinarlo es ineludible porque cuando hablamos de minero informal entendemos que es aquel que está en vías de formalización, por lo que debe estar inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO); mientras que el ilegal es simplemente un actor que desafía y contraviene la ley a sabiendas de esta. Y la relevancia de distinguir estas figuras estriba en las acciones de interdicción, que son acciones concretas destinadas a identificar, reprimir, enfrentar, prohibir y vetar de manera inmediata la minería ilegal. Básicamente, un informe fundamentado para el delito de minería ilegal debe decir si el imputado está inscrito en el REINFO o no.

Ahora bien, el tema sustancial en este apartado tiene que ver con la procedibilidad o procedencia.

De acuerdo con el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM:

> El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El Fiscal puede formular su requerimiento fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión de este, bajo responsabilidad.

Esto último representa la paradoja del informe fundamentado tal como está regulado hoy.

Con anterioridad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley n.º 29263, el artículo 149 de la Ley General del Ambiental disponía:

> el informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días y, si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiere discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requería opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente.

Este escenario pasado no definía en qué momento del proceso la presentación del informe fundamentado era admitida.

Actualmente, en las investigaciones penales por los delitos ambientales, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. Con lo que el momento de presentación del informe está definido desde el ámbito del proceso.

Con relación a la entidad que elabora el informe fundamentado se establece de acuerdo con el numeral 3.1 del artículo 3 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM:

> para los delitos contemplados en el Capítulo I del Título XIII del Código Penal (delitos de contaminación) y en el artículo 314-B del Capítulo III del Título XIII del Código Penal (responsabilidad funcional e información falsa), es la Entidad de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local que ejerza funciones de fiscalización ambiental, respecto de la materia objeto de investigación penal en trámite.

Seguidamente, el numeral 3.2, dispone que «en caso exista más de una autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado, el Fiscal puede requerir su elaboración a cada una de estas, quienes emiten el citado informe en el marco de sus funciones y competencias».

Sin perjuicio de ello, si el fiscal lo considera necesario puede requerir a OEFA, según sostiene el numeral 3.3, la identificación de la autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado. Es bastante común que la entidad a la que se le requiera el informe sea el OEFA.

Es de advertir que para fiscales y jueces la dinámica ambiental sigue siendo de conocimiento básico porque son diversas las autoridades las que tienen competencias de fiscalización y para el esclarecimiento de ello recurren a un tercero.

La figura del OEFA, por supuesto, estriba en que es el ente rector del SINEFA y eso le daría conocimiento sobre el alcance de las demás EFA y su ámbito de acción, aunque es prudente precisar que no cuenta con atribuciones para sancionarlas en caso incurran en incumplimientos. En ese extremo, podrá realizar informes que expliquen dichas conductas contrarias a sus funciones, los que serán trasladados a la Contraloría General de la República para que actúe en el marco de la responsabilidad funcional que tiene el funcionario y/o servidor público.

Tabla 1

Sobre el contenido del informe fundamentado

Contenido del informe fundamentado Investigación penal de los delitos tipificados en el Capítulo I del Título XIII, delitos de contaminación; y en el artículo 314-B del Capítulo III del Título XIII, responsabilidad funcional e información falsa del Código Penal
a) Antecedentes de los hechos materia de investigación.
b) Base legal aplicable al caso analizado.
c) Competencia de la autoridad.
d) Identificación de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y otras fuentes, que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público. Adicionalmente, si no se tratara de administrados sometidos a la supervisión y/o fiscalización, se debe señalar expresamente ello.
e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas por la entidad a la que se solicita el informe y/o reportes presentados por los administrados que se encuentren involucrados en la investigación penal.
f) Conclusiones.

Nota. Elaboración propia a partir del artículo 4 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

A propósito de ello, García Cavero (2015) aduce que, en cuanto al contenido del informe, este «se debe limitar a esclarecer la normativa ambiental que eventualmente se habría infringido en el caso concreto, lo que resulta razonable en un tipo penal configurado con una dosis fuerte de accesoriedad administrativa» (pp. 1055-1056).

En este punto, debemos precisar que la autoridad ambiental competente, en estricto, no realiza un trabajo de investigación.

Si nos referimos a las EFA, en cualquiera de los niveles existentes, estas no investigan para los efectos del tema penal, solo brindan resultados de la casuística administrativa de un asunto particular.

Desde nuestro punto de vista, el informe fundamentado es una remisión de información, aunque con características particulares (aquellas definidas en el artículo 4 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM) que la diferencian de una simple solicitud de acceso a la información pública que podría realizar cualquier ciudadano.

Lo anteriormente señalado se fundamenta en lo establecido en el numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM, que dispone:

> El Fiscal, en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, puede solicitar el informe fundamentado a la autoridad responsable, conforme a lo establecido en el Reglamento, a través de un oficio, adjuntando copia de la disposición fiscal correspondiente, en la cual se indique el pedido expreso del informe fundamentado, los antecedentes de los hechos denunciados, la disposición que da inicio a la investigación, los actuados más relevantes, así como cualquier otra información relevante para que la autoridad responsable emita el informe.

Con todo, el vacío argumentativo del tipo penal en blanco se cubre con el informe fundamentado. No obstante, tengamos claro que, si bien la normativa dispone que será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe por escrito por la autoridad ambiental, ello no quiere decir que su contenido sea de obligatorio acatamiento para el fiscal.

De esta forma, resulta indudable que las conclusiones del informe fundamentado no son vinculantes para el fiscal; en otras palabras, que «no se excluye una interpretación divergente por parte del fiscal y, dado el caso, hasta del propio juez penal» (García Cavero, 2015, p. 1056).

Debemos también precisar que el informe fundamentado no es un peritaje o un informe pericial para efectos de demostrar la comisión de un delito, justamente porque «no forma parte del objeto analizado en el informe fundamentado la relación causal entre el hecho y el ilícito ambiental ni mucho menos una opinión ilustrativa sobre un supuesto daño ambiental causado» (Hurtado, 2023, párr. 17).

5. LOS CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

Ahora que hemos explicado la actuación de la Administración pública, el rol del OEFA, su potestad sancionadora, la metodología del cálculo

para las infracciones administrativas, los delitos de contaminación, así como el marco general de los informes fundamentados, corresponde un análisis de los criterios de delimitación que estimamos pertinentes entre lo administrativo y lo penal.

«El hecho de que el ambiente penalmente protegido se encuentre definido con base en parámetros administrativamente establecidos obliga a la regulación penal de los delitos ambientales a decidir cómo influyen estos referentes administrativos en la imputación penal» (Fuentes, s. f., citado por García Cavero, 2015, pp. 843-844).

La concretización de los criterios estriba en definir elementos que debemos conocer efectivamente y que, para quien no está familiarizado con el derecho administrativo y ambiental, resultará difícil de comprender al momento de acusar o de decidir en instancia judicial.

5.1. Primer criterio: el daño ambiental no es similar al riesgo

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente se refiere a la responsabilidad por daño ambiental:

> 142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.
>
> 142.2. Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

El numeral 142.2 del artículo 142, define el daño ambiental, aunque consideremos que es una definición muy corta (vaga) para lo relevante que resulta.

En consecuencia, nosotros sostenemos que daño ambiental significa impacto ambiental negativo severo como consecuencia de actividades tanto legales como ilegales que contaminan, deterioran y depredan los recursos naturales, afectando además la salud humana y las interacciones sociales, políticas y económicas, ante la ausencia de fiscalización eficiente y prácticas sostenibles.

Un aspecto controvertido que ofrece el numeral 142.2 es que el daño se puede configurar «contraviniendo o no disposición jurídica», lo cual ha generado más de un debate y, sin duda, confusión. Empero, Lanegra (2013) acertadamente alega:

> la acción humana que genere un daño ambiental o contribuya a él no es necesariamente infractora de alguna norma legal. El ejemplo más sencillo es el efecto de acumulación de múltiples acciones permitidas, o al menos no prohibidas, las que combinadas pudieran contribuir a producir un menoscabo material negativo. (p. 191)

Las actividades extractivas, como la minería, son riesgosas. El solo hecho de ingresar a una unidad minera representa un riesgo, que se pretende reducir al máximo con el requerimiento de seguros complementarios de trabajo de riesgo (SCTR) para trabajadores, contratistas, visitantes, etc., además de las capacitaciones y las inducciones exigidas legalmente.

Decir que cada una de las actividades mineras conlleva un riesgo es algo absolutamente general y discutible. En la formalidad, estos son advertidos de forma solvente y la tecnología y las buenas prácticas de gobernanza y de seguridad y salud ocupacional han permitido cada vez menos accidentes e incidentes en el sector. No podemos dejar de lado el hecho de que la minería es uno de los sectores más fiscalizados, en tiempo y acciones concretas.

Para lo administrativo, la responsabilidad siempre será objetiva. Es decir, que no importa si hubo dolo o culpa. Así lo confirma el artículo 18 de la Ley n.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

En este criterio, que haya riesgo en una operación no significa que eso va a devenir en un daño. Esta precisión es de profundo interés para los criterios de delimitación, donde la figura principal será la de los umbrales.

5.2. Segundo criterio: los umbrales

Conocer el momento de la configuración del daño es esencial para aplicar la normativa pertinente; máxime si estamos ante una conducta con potenciales efectos severos, sea en el ambiente y sus componentes, en la salud humana, etc.

Por umbrales entendemos los parámetros bajo los cuales se fijan límites determinados y determinables de los efectos de una actividad concreta.

Estas figuras son los instrumentos de gestión ambiental de control: estándares de calidad ambiental (ECA) y los límites máximos permisibles (LMP).

Los ECA y los LMP son distintos; el primero hace referencia a normas de inmisión; mientras que el segundo, a normas de emisión.

Tomemos el caso de los LMP para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas. La norma va a establecer el umbral en función de parámetros determinados (como pH, sólidos totales en suspensión, etc.), de los cuales va a fijar valores que establecen qué está permitido y qué no.

Un ejercicio muy sencillo es tomar uno de esos parámetros, por ejemplo, el pH. La norma establece que el umbral va de 6 a 9. Si al momento de una toma de muestra por la autoridad competente se detecta que el pH está en el rango antes indicado, entonces no hay infracción administrativa, no amerita una sanción, pues está cumpliendo con un mandato legal; no obstante, si se detecta que el valor es de 10, estamos frente a un ilícito administrativo, pasible de sanción por la autoridad administrativa competente.

Pero esta descarga que se realiza, por más que esté dentro de los límites, no deja de ser el ingreso de un cuerpo distinto al receptor. Hay, en efecto, una contaminación, pero habida cuenta de la normativa, no es

infracción, porque entenderíamos que en el desarrollo científico para la concreción de esos valores tal rango no afecta la capacidad de carga o de la resiliencia que caracteriza a todo recurso natural.

Ahora bien, con especial atención a los informes fundamentados abordados en el apartado 4, adviértase, como hemos apuntado, que la intervención del derecho penal se justifica cuando la afectación alcanza un nivel de gravedad o lesividad suficiente. El criterio de los umbrales no se dirige a un empleo indiscriminado, sino uno de suma responsabilidad y objetividad, por lo que sugerir la determinación de responsabilidad penal en virtud del exceso en parámetros administrativos es ilógico.

Los ECA y los LMP constituyen instrumentos de gestión ambiental de control que se presentan como base objetiva para el éxito de la regulación administrativa y el control de actividades productivas y/o extractivas.

Si bien la superación de estos umbrales puede constituir un indicio técnico de contaminación o de riesgo ambiental, no determina automáticamente el tipo penal (delito de contaminación ambiental).

En consecuencia, si la fiscalía requiere y, posteriormente, obtiene el informe fundamentado respectivo, que acreditó que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador la empresa fue sancionada por el exceso en un LMP, por ejemplo, esa no es razón suficiente para acreditar el empleo de la acción penal.

Como hemos delimitado, esta se da cuando la situación que derivaría de un tema administrativo configure tal gravedad que justifique que una acción más compleja tenga a bien ser empleada. De lo contrario, se corre el riesgo de trasladar al ámbito penal incumplimientos que corresponden al derecho administrativo sancionador, produciendo una expansión indebida del derecho penal, según el cual la intervención penal debe reservarse para aquellas conductas que ocasionen o generen un peligro especialmente relevante para el ambiente.

5.3. Tercer criterio: abordaje de la accesoriedad

La explicación de los delitos de contaminación ambiental y de minería ilegal que hicimos en apartados precedentes nos permite abordar el caso de la accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo.

> La accesoriedad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque, aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente si no se infringen las normas jurídicas de protección ambiental […] El principio de accesoriedad administrativa responde a una nueva tendencia en materia jurídico-penal que se denomina «administrativización» del Derecho penal. (Reátegui, 2006, p. 108)

Como hemos explicado, los delitos ambientales, conforme están consagrados en el Código Penal, son tipos penales en blanco. Así las cosas:

> es unánime la jurisprudencia con relación a la estructura del delito de contaminación ambiental y no hay cuestionamiento alguno en su reconocimiento como una ley penal en blanco, que exige la remisión a la legislación extrapenal a fin de verificar si existe una acción típica materializada en infracción de leyes o reglamentos protectores. (Hurtado, 2023, párr. 2)

Sin perjuicio de ello, García Cavero (2015) expone que «al legislador penal poco le ha interesado el establecimiento de criterios de delimitación entre el delito y la infracción administrativa. En el caso de los delitos ambientales, la ausencia de criterios de delimitación es patente» (p. 1045).

Precisamente, podemos advertir que en el caso de los delitos que hemos analizado en la presente (contaminación ambiental y minería ilegal), la acción que los configura es una que ha transgredido normativa administrativa. Así, un sector de la doctrina estima que lo que distingue al delito de la infracción administrativa es un especial desvalor del resultado expresado en una puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido (Caro, 1999, p. 279; García Cavero, 2015, p. 1046; Reátegui, 2006, p. 137).

Así pues:

> la técnica de las leyes penales en blanco siempre ha propiciado un importante debate, fundamentalmente desde la perspectiva del

> principio de legalidad, en la medida que la redacción del tipo penal aparece incompleta y debe ser colmado con la técnica del reenvío a normas extrapenales. (Prats Canut, 1996, p. 1513)

El derecho penal requiere del derecho administrativo para abordar aspectos propios del contenido técnico-especial del tipo penal ambiental que se fundamenta en la labor de la Administración pública al momento de ejercer su potestad sancionadora y que se vale de las supervisiones, las inspecciones y demás.

5.4. Cuarto criterio: tendencia y utilidad de la labor administrativa, la adecuada conducción del fiscal y del juez penal

Para que un delito ambiental quede configurado y evidenciado, esto es, que la acusación del fiscal tenga cimiento, debe conocer la dinámica que ha seguido la conducta imputada desde el campo del derecho administrativo.

Como hemos sabido precisar, al derecho penal se le deja lo más grave, es el último bastión de aplicación de justicia. Además, este ánimo de escaso interés a las cuestiones ambientales no nos debe llevar a una «extensión irrazonable de la regulación penal» (García Cavero, 2015, p. 1045).

No obstante, la práctica nos ha demostrado, con suma preocupación, una aproximación que consideramos equivocada por muchos fiscales. En el marco del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal, la intervención de Caro (2023) sostuvo que se inicia proceso penal por delito ambiental por la sola comisión de un ilícito administrativo, lo cual no tiene asidero.

En el apartado anterior, tocamos el caso de los LMP para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas. Establecimos que de no superar los LMP la actividad es lícita, es decir, tolerable para el derecho. Por otro lado, si se supera el umbral establecido, entonces se configurará la infracción administrativa. Vale decir que, si se demuestra que la empresa minera está descargando efluentes que han superado los LMP en un río, está afectando el componente ambiental pertinente, hecho que la inspección (supervisión) de la autoridad administrativa

determinará con las tomas de muestra, entre otros medios que estime adecuados. Pero esa circunstancia no configura el delito ambiental.

Caro (2023) asevera que la equiparación entre ilícito administrativo y delito ambiental es tendenciosa

> no solo porque viola las reglas más elementales del Derecho penal vigente […], sino porque conlleva un enorme desperdicio de recursos públicos y privados, procesos penales que se extienden por años en base a falsos positivos, casos que deberían filtrarse desde la etapa preliminar (rechazo in limine o no formalización de investigación preparatoria) y que terminan por prescripción o sentencias absolutorias. (párr. 3)

Esta equiparación es más una presunción peligrosa. En el caso antes mencionado, es diferente el supuesto en el que la empresa es sancionada por haber sobrepasado el LMP del efluente que ingresó en el río (infracción administrativa); con respecto al supuesto de que habida cuenta de esa circunstancia, la población que vive aguas abajo y que toma agua del río, la ingiera, se enferme gravemente, lo que incluso puede causarle la muerte (delito ambiental). En suma, no es lo mismo superar un LMP, que el hecho de que como consecuencia de este impacte directamente en la salud de una comunidad.

Para que el delito ambiental se configure, entonces, tenemos que conocer fehacientemente la actuación primigenia que tuvo la Administración pública, la información que manejó, las circunstancias, los hechos, etc., todo lo que el fiscal podrá solicitarle en un informe fundamentado con el contenido que el Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM establece.

Así las cosas, sobre la base del desarrollo en este trabajo, podemos advertir que los siguientes son los criterios complejos de delimitación que deben concurrir para una acertada labor del fiscal y el juez penal:

a) El fiscal tiene que valorar la actuación de la Administración pública en un caso tan técnico como el de la infracción administrativa. Consideremos que los medios probatorios en un proceso penal por delito ambiental son de complejo análisis y especialidad.

b) El fiscal debe solicitar el informe fundamentado a la autoridad ambiental en la etapa intermedia del proceso penal al amparo de lo dispuesto en el Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.
c) El informe fundamentado debe ser valorado, pero no es una exclusiva y eminente justificación al delito. Es decir, el fiscal no debe basarse solamente en el informe. En efecto, contar con el informe fundamentado no es condición para que se formalice el proceso penal.
d) La autoridad ambiental no hace actividad probatoria. Esta no hace un trabajo de investigación. Por tanto, el fiscal debe corroborar el delito adecuadamente, realizar peritajes que acrediten la consecuencia más grave por haber transgredido una norma ambiental.
e) El fiscal y el juez penal deben advertir que no es suficiente la vulneración de la norma ambiental para que haya delito.

Desde luego, a manera de balance, concreticemos las diferencias fundamentales entre la infracción administrativa y el delito ambiental.

Tabla 2

A propósito de las diferencias entre infracción administrativa y el delito ambiental, según criterios específicos

Criterio	Infracción administrativa (ambiental)	Delito ambiental
Fundamentación jurídica	Ilícito administrativo que vulnera normas de carácter regulatorio o de gestión ambiental.	Conducta típica, antijurídica y culpable que lesiona o pone en peligro grave el ambiente, tipificada en el Código Penal.
Normativa aplicable	Ley General del Ambiente, TUO Ley del Procedimiento Administrativo General y normas sectoriales (OEFA, SERNANP, ANA, OSINERGMIN, etc.).	Código Penal peruano, especialmente arts. 304 a 314 (delitos contra el ambiente).
Bien jurídico protegido	El ambiente en cuanto al alcance de la normativa ambiental, de los instrumentos de gestión ambiental, medidas administrativas, etc.	El ambiente y sus componentes como bien jurídico colectivo.

Autoridad competente	Autoridades administrativas con potestad sancionadora (OEFA, gobiernos regionales, municipalidades y otras entidades sectoriales).	Poder Judicial, a través del proceso penal, con investigación del Ministerio Público.
Acción legal empleada	Procedimiento administrativo sancionador iniciado por fiscalización, supervisión o denuncia administrativa.	Investigación penal iniciada por denuncia y/o actuación del Ministerio Público.
Valoración probatoria	Se basa en el principio de verdad material y en la valoración administrativa de los medios probatorios.	Requiere prueba suficiente para acreditar responsabilidad penal más allá de duda razonable.
Objeto del procedimiento	Garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental y corregir conductas infractoras.	Sancionar conductas que generan daño o peligro grave al ambiente y reprochar penalmente al responsable.
Tipología de sanciones	Multas administrativas, medidas correctivas, paralización de actividades, decomisos, clausura temporal o definitiva.	Pena privativa de libertad, multa penal, inhabilitación u otras consecuencias penales.
Gravedad/ lesividad	Generalmente incumplimientos regulatorios o administrativos (falta de permisos, incumplimiento de estándares o instrumentos ambientales).	Conductas especialmente graves que generan daño significativo o peligro para el ambiente (contaminación grave, minería ilegal, tráfico de fauna, tala ilegal agravada, entre otros).
Responsabilidad de personas jurídicas	Las empresas pueden ser sancionadas administrativamente de forma directa.	La responsabilidad penal recae principalmente en personas naturales, aunque pueden existir consecuencias jurídicas para personas jurídicas según normativa penal.
Relación entre ambos regímenes	Puede coexistir con el proceso penal; la sanción administrativa no excluye necesariamente la persecución penal.	La comisión de un delito ambiental no impide la aplicación de sanciones administrativas si corresponde.

Nota. Elaboración propia a partir del Código Penal, TUO de la Ley n.º 27444, Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD, Ley General del Ambiente, etc.

6. CONCLUSIONES

El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal de 2023 significó un espléndido escenario para abordar justicia ambiental desde las salas penales y abrió nuevamente el debate de la delimitación entre ilícito administrativo y delito ambiental, que hemos expuesto con detalle y fuente actualizada.

El derecho ambiental contemporáneo permite «viabilizar actividades humanas y económicas que implican un impacto en el ambiente sin causar efectos dañinos prolongados, irremediables o irreparables» (San Martín, 2023, p. 79). No es impedir actividades o proyectos, sino buscar un equilibrio adecuado, el cual hoy llamamos sostenibilidad.

La tendencia (histórica) ha demostrado que a lo penal poco le ha interesado lo administrativo y ese desinterés ha llevado a una extensión irrazonable de la regulación penal, como bien aduce García Cavero. Entonces, la equiparación entre ilícito administrativo y delito ambiental es tendenciosa, donde hemos corroborado que el fiscal y el OEFA la defienden y, claro, genera un escenario injusto donde el juez penal debe erigirse, aunque habiendo tenido oportunidades para zanjar el tema, no lo ha hecho.

Así las cosas, el derecho penal es la última ratio de la aplicación de la justicia, por lo que se le deja lo más grave; mientras que lo que no lo es, se infiere, corresponde a lo administrativo. Eso no es una afirmación referida a su importancia, sino a la aplicación sustantiva de una especialidad determinada.

Los delitos ambientales son de especial construcción, son tipos penales en blanco y para poder cubrir ello es esencial la actuación de la Administración pública, la cual se presenta mediante el informe fundamentado que tiene contenido definido legalmente. Las conclusiones del informe no deben ser vinculantes para el fiscal o el juez, sino que deben valorarlas para una correcta utilización y no basarse exclusivamente, en el caso del fiscal, en su contenido para acusar. En consecuencia, el informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad para formalizar investigación.

Hemos advertido que para fiscales y jueces es suficiente la vulneración de la norma ambiental para que haya delito; sin embargo, hemos demostrado que no es así. Del daño al riesgo y al delito hay varios pasos, no existen equivalencias.

Finalmente, concretamos un aspecto clave: hemos elaborado criterios de delimitación de la infracción administrativa con el delito ambiental, pero además propuesto la línea de acción que estimamos acertada en el rol del fiscal y del juez, todo lo cual demostramos y sujetamos a crítica académica oportuna.

REFERENCIAS

Baldwin, R. (1990). Why Rules Don't Work. *The Modern Law Review*, *53*(3), 321-337. http://www.jstor.org/stable/1096474

Caro Coria, D. C. (1999). *El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte.

Caro Coria, D. C. (2023). XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal: «Delitos ambientales. Diferencias entre infracción administrativa y delitos de contaminación ambiental». *LP Pasión por el Derecho*. https://lpderecho.pe/xii-pleno-jurisdiccional-supremo-materia-penal-delitos-ambientales-diferencias-infraccion-administrativa-delitos-contaminacion-ambiental/

Chirino Betancourt, Y., López, E., y Peñaloza, A. (2016). Daños y delitos ambientales como conceptos discernibles en la enseñanza de la Química del Instituto Pedagógico de Caracas. Estudio preliminar desde la perspectiva estudiantil. *Revista de Investigación*, *40*(88), 176-201.

Esteve Pardo, J. (2017). *Derecho del medio ambiente* (4.ª ed.). Marcial Pons.

Fuentes Osorio, J. L. (2012). Accesoriedad administrativa y delito ecológico, en *pro manuscripto*. En E. J. Pérez Alonso, E. Arana García, J. L. Serrano Moreno y P. Mercado Pacheco (coords.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (pp. 707-734). Tirant lo Blanch.

García Cavero, P. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (2.ª ed.). Instituto Pacífico.

Gob.pe (2024, 14 de enero). *Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa)*. https://www.gob.pe/27134-organismo-de-evaluacion-y-fiscalizacion-ambiental-sistema-nacional-de-evaluacion-y-fiscalizacion-ambiental-sinefa

Grandez Barrón, P. (2024). *Régimen jurídico del daño ambiental. Prevención, reparación y gestión de riesgos*. Palestra.

Heine, G. (1993). Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *46*(1), 289-315.

Hurtado Huailla, A. C. (2023, 2 de octubre). La utilidad probatoria del informe fundamentado. Regulado en el art. 149 de la Ley 28611. Ley General del Ambiente con relación al delito de contaminación ambiental. *LP Pasión por el Derecho*. https://lpderecho.pe/utilidad-probatoria-informe-fundamentado-regulado-art-149-ley-28611-ley-general-ambiente-relacion-delito-contaminacion-ambiental/

Lanegra Quispe, I. (2013). El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. *Derecho PUCP*, (70), 187-196. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201301.009

Martín Mateo, R. (2005). *Manual de derecho administrativo* (24.ª ed.). Aranzadi.

Mateo, M. (2015). Valoración de los daños ambientales. *Revista de Derecho Ambiental*, *1*(1), 49-71. https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36443

Morón Urbina, J. C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, (54), 17-43.

Prats Canut, J. M. (1996). De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En G. Quintero (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal* (pp. 1506-1539). Aranzadi.

Reátegui Sánchez, J. (2006). *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores.

Rebollo Puig, M. (dir.). (2017). *Derecho administrativo. Modos y medios de la actividad administrativa* (t. III). Tecnos.

San Martín Villaverde, D. (2022a). *El derecho minero*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

San Martín Villaverde, D. (2023). El derecho ambiental del enemigo: un estudio de la ilegalidad y una nueva (y necesaria) tendencia del derecho ambiental. *Justicia Ambiental*, *3*(3), 71-91.

Sánchez Povis, L. A. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Ius et Veritas*, (60), 38-64.

Tirado Barrera, J. A. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal (8 de abril de 1991).

Decreto Legislativo n.º 1351. Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana. *Diario Oficial El Peruano* (7 de enero de 2017).

Decreto Legislativo n.º 1013. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (14 de mayo de 2008).

Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM. Aprueban Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (5 de septiembre de 2017).

Ley n.º 28611. Ley General Ambiente. Congreso de la República (2005).

Ley n.º 29263. Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (2 de octubre de 2008).

Ley n.º 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. *Diario Oficial El Peruano* (5 de marzo de 2009).

Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD. Aprueban el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. *Diario Oficial El Peruano* (12 de octubre de 2017). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7888201/217645-6643370-resolucion-de-consejo-directivo-n-027-2017-oefa-cd-el-peruano.pdf?v=1744051523

Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA/PCD. Ministerio del Ambiente (11 de marzo de 2013). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/299999/d221138_opt.pdf?v=1553122565

Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS. *Diario Oficial El Peruano* (25 de enero de 2019).

Financiamiento
Autofinanciado.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría
Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Uso de herramientas de inteligencia artificial
El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Agradecimientos
El autor agradece a Mariana del Pilar Apaza Calderón por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Diego San Martín Villaverde es abogado por la Universidad de Lima, máster en Planificación Territorial y Gestión Ambiental por la Universitat de Barcelona (España) y doctor en Derecho por la Universidad de Jaén (España). Cuenta con estudios de postdoctorado en la Universidad de Bolonia (Italia). Es miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la PUCP (GIDA). Es miembro del Consejo Directivo de la Red Latinoamericana de Derecho Minero (REDMIN) y de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (CMDA) de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Es profesor de Derecho de la Minería en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como director del Área de Derecho Minero y de Corporativo de Caro & Asociados.

Correspondencia

dsanmartin@pucp.edu.pe





PODER JUDICIAL DEL PERÚ