



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REVISTA DE DERECHO

Vol. 25/2025

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)
E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REVISTA DE DERECHO

Vol. 25/2025

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)
E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)



UNIVERSIDAD DE PIURA
Facultad de Derecho

REVISTA DE DERECHO

Consejo de Redacción

Director:

Dr. Percy García Cavero

Editor ejecutivo:

Dr. Luciano Damián Laise

REVISTA DE DERECHO

Vol. 25, Año 2025

© UNIVERSIDAD DE PIURA. 2025

Av. Ramón Mugica 131- Urb. San Eduardo, Piura, Perú

Apartado postal 353. Fax: 51-73-284510

Editado por:

Universidad de Piura

Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo, Piura, Perú

Director de la revista:

Percy García Cavero

Editor ejecutivo:

Luciano Damián Laise

Revista de periodicidad anual

Revista indizada en el sistema Latindex

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

ISSN: 2664-3669 (en línea)

Cuidado en la edición:

Ingrid Nuñez Seminario

**HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2000-4208**

La Revista de Derecho es una publicación de periodicidad anual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Tiene como objetivo incentivar la investigación jurídica y ser punto de referencia para investigadores, abogados y estudiantes de derecho tanto nacionales como internacionales en todas las ramas del derecho.

Revista arbitrada por el sistema de pares externos y miembros del Comité Editorial.

La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones emitidas por los autores de los artículos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta obra puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso expreso de los autores o de la Universidad de Piura.

Publicado en diciembre de 2025

Comité Editorial

- Dr. Pablo Sánchez- Ostiz Gutiérrez (Universidad de Navarra)
- Dr. Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra)
- Dr. Roberto Cruz Palmera (Universidad de Valladolid)
- Dr. Juan Bautista Etcheverry (Universidad Austral- CONICET)
- Dr. Julio Esteban Lalanne (Universidad Católica Argentina)
- Dr. José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes)
- Dr. Mariano Carbajales (Universidad Católica de Temuco)
- Dr. Vicente Benítez Rojas (Universidad de la Sabana)
- Dr. Javier Saldaña Serrano (Universidad Nacional Autónoma de México)
- Dr. Gustavo Calvinho (Universidad Austral)
- Dr. Gustavo Manzo-Ugas (Universidad Central de Venezuela)
- Dr. Luis Castillo Córdova (Universidad de Piura)
- Dr. Krystian Complak (Universidad de Wroclaw)
- Dr. Francisco Cuena Boy (Universidad de Cantabria)
- Dr. José Luis García-Pita Lastres (Universidad de La Coruña)
- Dr. José Luis Martínez López-Muñiz (Universidad de Valladolid)
- Dr. Antonio Martínez-Pujalte (Universidad Miguel Hernández de Alicante)

ÍNDICE GENERAL

ARTÍCULOS

Marco comparativo entre la regulación de la evaluación ambiental peruana con la española: Deficiencias, similitudes y oportunidades de cambio

Jesús Barahona..... 12

La pensión vitalicia ex-presidencial: Crítica de su aplicación en el Perú

Washintong Luis Bravo Montalvo..... 83

El carácter vinculante de los plenos jurisdiccionales y su impacto en el Derecho Laboral peruano

Francisco Carrasco Cabezas 142

De la erosión democrática a la autocratización: Patrones y tendencias globales en el siglo XXI

Valter Geronimo Camilo Junior 182

La reforma de los regímenes aduaneros y el megapuerto de Chancay-Nuevo Hub logístico del Pacífico: Un caso de reingeniería legal

Edgar Fernando Cosio Jara 208

Daño moral in re ipsa: Usando las “máximas de experiencia” como placebo probatorio

Carlos Adrián Daza Lozada 246

Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión eléctrica en Perú

Edwar Rafael Díaz Villanueva 286

Sobre los métodos del Derecho Internacional Privado: Contribución a su estudio desde el ordenamiento jurídico uruguayo

Alejandro Ferreira Marino, Verónica Pereira Fantoni..... 325

El discurso de odio en el ciberespacio: Colectivos vulnerables frente a la falta de regulación en el Perú

Juan Carlos Jara Luna, Melissa Carlin Chiroque..... 375

Un nuevo enfoque de las investigaciones internas como componente esencial de los Modelos de Prevención en el Perú

Javier Eduardo López Romaní..... 406

Cuando el contrato no es el problema, sino las cláusulas abusivas: Leasing financiero y el equilibrio perdido

Fátima Del Rosario Medina Neyra 453

Perú y México: Ineficacia de las sentencias de la Corte Interamericana en casos de desaparición forzada

José Jafet Noriega Zamudio, Diego Abraham Nuñez Aguirre 523

The environment as a “human family heritage”. Taking seriously legal technical terms

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba 578

La aplicación del reconocimiento de responsabilidad en la regulación sectorial del OSIPTEL ¿es válida la limitación del beneficio al 10% de reducción?

Gianpierre Valverde Encarnación, Estefany Carrera Espinoza 611

La vinculatoriedad de las sentencias de tribunales internacionales sobre derechos humanos en el Perú: Una interpretación del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional

Marcelo Villanueva Bazán, Luis Castillo Córdova 653

Por:

Jesús Barahona *

*MARCO COMPARATIVO ENTRE LA REGULACIÓN
DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL PERUANA CON
LA ESPAÑOLA: DEFICIENCIAS, SIMILITUDES Y
OPORTUNIDADES DE CAMBIO*

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo, a partir de un estudio comparativo con la legislación española, dar a conocer los principales alcances e instrumentos del procedimiento y del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, SEIA, en un contexto de evolución tecnológica y emergencia climática. Teniendo como norte el ordenamiento jurídico europeo, se pretende identificar no sólo las fortalezas de nuestra regulación, sino también detectar los vacíos normativos y aquellas disposiciones ineficaces e incompatibles con el referido contexto. De esa manera, basándonos en la evidencia empírica y en la experiencia del derecho comparado, se invitará al lector a la reflexión y, planteando la necesidad de establecer un proceso de retroalimentación, ofreceremos una serie de propuestas de mejora regulatoria, a fin de adaptar las disposiciones del SEIA a una era donde, por un lado, prevalece un exponencial avance científico-tecnológico, y, por el otro, suscita la advertencia de una era de emergencia climática.

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC. Cuenta con dos maestrías: En Derecho de los Sectores Regulados, con mención en Derecho Energético, por la Universidad Carlos III de Madrid; y en Ciencias Jurídicas Avanzadas, por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Asimismo, ha realizado estudios en Derecho Ambiental Corporativo (Universidad del Pacífico), en Evaluación y Fiscalización Ambiental (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC), en Análisis de Impacto Regulatorio y Calidad de Políticas Públicas (Pontificia Universidad Católica del Perú). Actualmente, es doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.
jbarahona0705@icloud.com

Recibido: 12 de septiembre de 2025

Aceptado: 02 de noviembre de 2025

Abstract

The aim of this paper is to use a comparative study with Spanish legislation to highlight the main scope and instruments of the national environmental impact assessment procedure and system (SEIA) in a context of technological evolution and climate emergency. With the European legal system as a guide, the aim is not only to identify the strengths of our regulations, but also to detect regulatory gaps and provisions that are ineffective and incompatible with the aforementioned context. In this way, based on empirical evidence and comparative law experience, the reader will be invited to reflect and, raising the need to initiate a feedback process, we will offer a series of proposals for regulatory improvement in order to adapt the provisions of the SEIA to an era where, on the one hand, exponential scientific and technological progress prevails and, on the other, the warning of a climate emergency era arises.

Palabras clave: Evaluación de impacto ambiental, principio preventivo, mejor conocimiento científico, seguridad jurídica, desarrollo sostenible

Keywords: Environmental impact assessment, precautionary principle, best scientific knowledge, legal certainty, sustainable development

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL. 1. *EL DEBER POSITIVO DEL ESTADO.* A) *Su procedencia a partir del Derecho peruano.* B) *Su procedencia a partir del Derecho Español.* 2. **ANTECEDENTES REGULATORIOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.** A) *En Estados Unidos.* B) *En Europa y, particularmente, en España.* C) *En Perú.* 3. **PRINCIPIOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: UNA BREVE COMPARACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y PERUANA.** A) *La conveniencia de consagrar los principios que acarrean la evaluación de impacto ambiental en una norma con rango de ley.* B) *La conveniencia de invocar los principios del procedimiento administrativo.* C) *La necesidad de que la legislación peruana recoja el principio de "Actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible" a fin de dar atención a la evolución tecnológica y el desarrollo científico.* D) *La necesidad de consagrar el principio de proporcionalidad en la Ley del SEIA.* 4. **EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: REGÍMENES PROCEDIMENTALES E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN.** A) *La evaluación ambiental de proyectos.* a. Instrumentos de gestión derivados de proyectos de menor incidencia ambiental. Las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) en la regulación peruana: Características y propuestas de mejora. i) La necesidad de homogeneizar el sometimiento de las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) a un procedimiento de evaluación previa. ii) La necesidad de homogeneizar el sometimiento de las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) al silencio administrativo positivo y a un plazo máximo para su aprobación. b. Instrumentos de gestión derivados de proyectos de menor incidencia ambiental: La Declaración Responsable y la Comunicación Previa en la legislación española. c. Marco comparativo respecto de los regímenes procedimentales y los instrumentos de gestión derivados de proyectos susceptibles de generar impactos ambientales significativos. d. Elementos susceptibles de evaluación. e. Supuestos de modificación del Instrumento de Gestión Ambiental. B) *El procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) de Políticas Públicas, Planes y Programas (PPP).* a. Regímenes procedimentales de la EAE y los instrumentos de gestión. b. Elementos de Evaluación en la EAE. c. Sobre las causales de modificación y actualización de una PPP y la vigencia del Informe de la EAE. 5. **ALCANCES REFERIDOS A LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.** A) *Nociones preliminares.* B) *Respecto de la elaboración de instrumentos de gestión ambiental.* C) *Respecto de las consultas a las Administraciones y la emisión de informes técnicos.* D) *Respecto de la participación ciudadana.* E) *Respecto de la necesidad de regular las consultas transfronterizas en el ordenamiento jurídico peruano.* F) *La Evaluación Técnica y la Resolución.* III. **LA EVALUACIÓN AMBIENTAL Y LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO REGULATORIO: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA.** IV. **CONCLUSIONES.** V. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

La evaluación de impacto ambiental constituye una herramienta técnico-jurídica, derivada de un marco regulatorio de riesgos, destinada a dos fines: Por un lado, identificar, en una etapa *ex ante*, las adversidades e impactos ambientales negativos-significativos que un determinado proyecto, plan, política pública o programa puede generar en el medio ambiente. Y por el otro, en atención a los riesgos identificados, establecer una estrategia basada en la aplicación de medidas preventivas, correctivas, restauradoras y compensatorias destinadas a contrarrestar las amenazas que son susceptibles de deteriorar, menoscabar o desfavorecer al mencionado bien jurídico.

Es, en ese sentido, que su marco regulatorio cobra vital importancia. El derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado y equilibrado constituye un derecho difuso¹, por lo que, de no existir una regulación que establezca una eficiente gestión de riesgos, los costos para la sociedad serían altos.

Por el contrario, un manejo oportuno y eficaz de los mismos, como reflexiona Gregory Bounds², conlleva: (i) A gestionar estrategias preventivas frente a las amenazas; (ii) a adiestrar al operador, a fin de accionar rápidamente ante una eventualidad que ponga en riesgo los intereses colectivos de la sociedad; y (iii) a viabilizar la innovación y la investigación con la finalidad de atenuar las contingencias identificadas anticipadamente.

El presente artículo desarrollará un estudio general sobre la regulación del impacto ambiental y, en ese contexto, entablará una comparación entre la Ley del

¹ Sugiero la revisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaído en el Expediente N.º 1757-2007-PA/TC a fin de profundizar las implicancias de lo que constituye un derecho difuso.

² (Bounds, 2010, pp. 15-38).

Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de Perú, Ley 27446, con la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental de España. La comparación resultará, desde una perspectiva académica, interesante.

La legislación española, no olvidemos, está supeditada a las disposiciones europeas y, sobre todo en lo que refiere a la evaluación de impactos ambientales, han sido influenciadas por los compromisos asumidos con el Pacto Verde Europeo, cuyo objetivo, atendiendo a los alcances del Acuerdo de París, es consolidar la neutralidad climática al año 2050. Perú, por su lado, a pesar de contar con una Estrategia Nacional de Cambio Climático³, cuyo objeto pretende la reducción y mitigación de las emisiones de GEI, aún padece de una regulación joven cuyas carencias se han traducido, a la luz de los hechos, en un constante riesgo hacia los diversos recursos naturales y los componentes del medio ambiente.

La importancia de contar con una eficiente regulación ambiental no sólo se relaciona con una tutela efectiva del referido bien jurídico, sino también, con aspectos que pueden ser estudiados desde una perspectiva social y económica.

En efecto, es necesario, desde la Academia, dar respuesta a una crisis climática e impulsar, entre otras medidas, el ejercicio de actividades sostenibles y, como recientemente exhortó el actual secretario general de la ONU, António Guterres, el uso de energías renovables⁴.

Sin embargo, en simultáneo, también se debe consolidar la seguridad jurídica y las garantías a los agentes económicos que ejercen su actividad en los diversos sectores extractivos. Debemos ser conscientes, por ejemplo, de que el sector de

³ La Estrategia Nacional ante el Cambio Climático al 2025 (ENCC 2025) fue aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 012-2024-MINAM, publicado el 27 de noviembre del 2024.

⁴ Organización de Naciones Unidas (ONU), 2025.

minería e hidrocarburos representó el año pasado una importante contribución al Producto Bruto Interno (PBI) de nuestro país, habiendo afianzado un récord en los últimos diez años⁵. Tampoco debemos dejar de lado que los sectores de construcción, agropecuario, electricidad y pesca, en comparación al año 2023, tuvieron una importante evolución contributiva⁶. Cabe resaltar que esta data, mostrada a modo de ejemplo, no debe ser examinada desde un enfoque exclusivamente económico, sino complementada con la información administrada por los organismos facultados de la tutela, la gestión y el amparo del medio ambiente.

A modo ilustrativo, conforme lo dispuesto por el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), que es la entidad encargada de la revisión y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental Detallados (EIA-d) y, cuando corresponda, los semi-detallados (EIA-sd)⁷, se evidencia que, desde el año 2020 hasta lo que va del presente, de un total de 1874 expedientes ingresados, los sub-sectores de transporte, minería, agricultura e hidrocarburos son lo que han dado mayor impulso al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, lo que a su vez, ha significado un total de USD 57 272 millones de dólares invertidos⁸.

⁵ Ministerio de Energía y Minas (MINEM), 2025. p. 58.

⁶ Banco Central de Reserva del Perú (BCR), 2025.

⁷ Conforme la Ley N.^º 29968, Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), su Numeral 1.3 dispone que: 1.3 El SENACE es la entidad encargada de revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) y, cuando corresponda, los Estudios de Impacto Ambiental semi-detallados (EIA-sd), regulados en la Ley N.^º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y sus normas reglamentarias, que comprenden los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, bajo la competencia del gobierno nacional, que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales significativos.

⁸ Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), 2025.

Teniendo en cuenta lo expuesto, pretendemos en esta parte introductoria, demostrar la vivaz importancia del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. La elaboración del presente trabajo no sólo tiene como objetivo dar a conocer la experiencia y los alcances del marco regulatorio español, sino, considerando estos elementos, reflexionar sobre las fortalezas y debilidades de nuestra vigente regulación, e identificar aquellos alcances que, basadas en una retroalimentación, ameritan una mejora regulatoria.

Finalmente, resulta pertinente acotar que, a lo largo de estas líneas, el lector encontrará términos o conceptos jurídicos que, también utilizados en el ordenamiento jurídico peruano, la legislación española le otorgan un contenido diferente. Ante ello, se sugiere pausar la lectura a fin de comprender sus implicancias.

II. LA REGULACIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL

1. EL DEBER POSITIVO

A) Su procedencia a partir del Derecho peruano

La evaluación de impacto ambiental responde a una técnica de control de riesgos que, en el Derecho peruano, deriva del inciso vigésimo segundo del artículo segundo de la Constitución Política, esto es, la consagración del derecho fundamental al goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

A fin del amparo y preservación del aludido bien jurídico, el Estado, por medio de sus instituciones, está llamado, por un lado, a abstenerse de realizar cualquier acto que afecte al medio ambiente y trasgreda su connotación de equilibrado y adecuado; y, por el otro, a imponer obligaciones y deberes destinados a conservarlo⁹.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N.º 4223-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico N.º 5.

De esta manera, los poderes públicos asumen facultades de regulación, evaluación, monitoreo, supervisión y fiscalización de los agentes cuya actividad económica, directa o indirectamente, incida sobre el medio ambiente. A fin de compatibilizar el desarrollo económico y social con las políticas públicas, el Estado busca que, en atención al principio de prevención¹⁰, de precaución¹¹, de sostenibilidad¹² y de internalización de costos¹³, las actividades con repercusiones ambientales puedan, antes de su ejecución y mediante un análisis previo, identificar los posibles efectos negativos o los daños significativos con la finalidad de “(...) adoptar las decisiones o introducir las medidas que permitan evitar o minimizar sus impactos (...)”¹⁴.

Esta identificación previa se efectúa en el marco de un procedimiento administrativo denominado evaluación de impacto ambiental. En él, se examinan los diversos elementos que están relacionados con el proyecto de inversión, el programa, la política pública o el plan propuesto.

Los mismos, pueden hacer referencia a la ubicación y a las dimensiones del área de influencia, a la cuantificación de sus efectos significativos en los cuerpos receptores, a las medidas de prevención y compensación que se adoptarán para

¹⁰ Al respecto, se recomienda revisar la jurisprudencia constitucional recaída en: (i) Pleno. Expediente N.º 03510-2003-AA/TC. Fundamento Jurídico N.º 2; y (ii) Pleno. Expediente N.º 1206-2005-PA/TC. Fundamento Jurídico N.º 6, 7 y 8.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N.º 9340-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico N.º 3 y 4.

¹² Al respecto, se recomienda revisar la jurisprudencia constitucional recaída en el Pleno Jurisdiccional. Sentencia 88/2025. Fundamentos jurídicos N.º 27 y 94.

¹³ Sobre ello, se recomienda revisar la jurisprudencia constitucional recaída en: (i) Pleno. Expediente N.º 012-2019-PI/TC. Fundamento Jurídico N.º 83; y (ii) Pleno. Expediente N.º 01-2012-PI/TC. Fundamento Jurídico N.º 50.

¹⁴ Lozano, 2022, p. 259.

mitigar los efectos nocivos, o al diseño de programas de control, monitoreo o vigilancia.

B) Su procedencia a partir del Derecho español

En España, por otro lado, la Constitución de 1978 recoge en su artículo 45¹⁵ el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado como uno de los principios rectores de la política social y económica. Su conservación constituye un objetivo transversal que deberá servir de base en la actuación de los poderes públicos.

Asimismo, el inciso segundo de la precitada disposición determina el deber positivo de las instituciones de velar por la utilización racional de los recursos naturales con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los seres humanos. La Carta Magna española, como se observa, aseguró incorporar los alcances de la, entonces reciente, Declaración de Estocolmo de 1972.

La jurisprudencia, por su parte, se preocupó en destacar que no existe una prioridad absoluta del fomento de la extracción de un determinado recurso frente a la protección del medio ambiente. Por el contrario, enfatizó que serán los poderes del Estado quienes deberán cohonestar el desarrollo económico con la defensa de la conservación de los referidos bienes y de su uso sostenible¹⁶.

¹⁵ Constitución Española, 1978. “Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

¹⁶ Se recomienda revisar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 64/1982, de 4 de noviembre. Fundamento jurídico N.^o 3.

A sus efectos, la evaluación de impacto ambiental configura un instrumento de carácter preventivo, participativo, objetivo, global e integrador, todo ello, con el propósito de facilitar a las Autoridades competentes la información relevante que les permita decidir sobre la viabilidad de una propuesta de proyecto, plan o programa¹⁷.

2. ANTECEDENTES REGULATORIOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) En Estados Unidos

A inicios de los años setenta, en Estados Unidos, la promulgación de *The National Environmental Policy Act* surgió como un triunfo de la corriente progresista. En él, el Congreso reconoció, por un lado, el impacto en los componentes del medio ambiente como consecuencia de las influencias del crecimiento poblacional, de la urbanización de alta densidad, de la expansión industrial, de la explotación de recursos y de los nuevos avances tecnológicos.

Por otro lado, determinó la importancia de restaurar y mantener la calidad ambiental para el bienestar y el desarrollo del hombre¹⁸. Y, finalmente, se propuso: (i) declarar una política nacional que fomente la armonía entre el ser humano y el medio ambiente; (ii) promover iniciativas destinadas a eliminar o prevenir los daños y estimular la salud y el bienestar de la humanidad; (iii) enriquecer los sistemas ecológicos y de los recursos naturales importantes para su Nación; (iv) establecer un Consejo de Calidad Ambiental¹⁹.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 13/1998, de 22 de enero. Fundamento jurídico N.º 4.

¹⁸ Public Law 91–190. National Environmental Policy Act of 1969. Sec. 101. January, 1, 1970. (United States of America).

¹⁹ Public Law 91–190. National Environmental Policy Act of 1969. Sec. 2. January, 1, 1970. (United States of America).

B) En Europa y, particularmente, en España

En Europa, mientras tanto, la evaluación de impacto ambiental estuvo regulada por diversas directivas, las mismas que debían ser incorporadas al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. La primera que se promulgó fue la 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Su artículo segundo establecía que: “Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación (...)”.

La citada norma, asimismo, ofrecía un glosario de definiciones donde precisaba que el concepto de “proyecto” acarreaba cualquiera de las siguientes connotaciones: “(i) la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras; (ii) otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo”.

Dicha directiva fue transpuesta en el ordenamiento jurídico español a través de dos instrumentos: (i) Mediante el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; y, (ii) por medio del Real Decreto 1131/1988, de 30 de setiembre, por el que se aprobaba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio.

Con el paso de los años y ante la necesidad de reforzar sus preceptos frente una sociedad cada vez más industrializada y un contexto climático al borde de la emergencia²⁰, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea decidieron

²⁰ Por medio de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre del 2019, sobre la situación de emergencia climática y medioambiental, se declara la situación de emergencia climática y

codificar la regulación de evaluación de impacto ambiental en dos normas: (i) La Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; y (ii) la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente. Ambas, aún vigentes, fueron adoptadas por medio de la actual Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

C) En Perú

En Perú encontramos los primeros antecedentes de la evaluación del impacto ambiental en el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, promulgado en 1990 mediante el Decreto Legislativo N.º 613. Su artículo octavo establecía que “todo proyecto de obra o actividad sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al medio ambiente, requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sujeto a la aprobación de la Autoridad Competente”²¹.

A sus efectos, el referido estudio debía incluir la descripción de la actividad propuesta, sus repercusiones previsibles en el medio ambiente, la metodología de las evaluaciones técnicas que debían ser ejecutadas a lo largo del proyecto, los

medioambiental y se exhorta a la Comisión, a los Estados miembros y a todos los agentes mundiales que adopten urgentemente las medidas necesarias para combatir y contener la aludida amenaza.

²¹ El precitado artículo hace una lista abierta de la ejecución de proyectos que deberán elaborar un EIA y, entre otras, hace referencia en las siguientes actividades: Obras hidráulicas, obras de infraestructura vial y transporte, urbanizaciones, instalaciones de oleoductos o gaseoductos, proyectos de desarrollo energético, actividades mineras, pesqueras y forestales, obras permitidas en ANPs, industrias químicas, petroquímicas, metalúrgicas, siderúrgicas, construcciones y ampliaciones de zonas urbanas, empresas agrarias.

mecanismos destinados a la reducción o supresión de los daños, y el resumen del estudio para la publicación y eventual participación ciudadana²².

Posteriormente, tras más de una década, a través de la Ley N.º 27446, se aprobó la vigente Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA). Ella define al referido sistema como uno “único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión”²³. Asimismo, con una lógica similar a las disposiciones europeas, determina que estarán sujetos a este régimen de evaluación los proyectos de inversión, las políticas públicas, los planes y los programas²⁴.

Considerando lo expuesto hasta este acápite, procedemos a dar protagonismo a estas dos normas: (i) La Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental de Perú, y (ii) la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

3. PRINCIPIOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: MARCO COMPARATIVO ENTRE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y PERUANA

La evaluación de impacto ambiental está supeditada a un procedimiento administrativo de evaluación previa, que implica “(...) un conjunto ordenado de

²² Decreto Legislativo N.º 613, que aprueba el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Artículo 9º. 08 de setiembre de 1990. (Perú).

²³ Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Artículo 1, literal a). 23 de abril del 2001 (Perú).

²⁴ Originalmente, la Ley no incluía en su ámbito de aplicación los planes, los programas ni las políticas públicas. Estos nuevos alcances se dieron por medio del Decreto Legislativo 1078, que modifica la Ley.

trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración (...)”²⁵.

Los principios que, en el marco de esta evaluación, serán atendidos tendrán la particularidad de ser *ex novo* y de responder a las características que singularizan al Derecho Ambiental²⁶: Por un lado, recaerán sobre el análisis de los impactos significativos de una actividad económica, de un plan, de una política pública o de un proyecto; y por el otro, otorgarán un reconocimiento jurídico específico al ser humano, al medio ambiente y sus componentes.

Dicho esto, procedemos a exponer los siguientes acápite:

A) *La conveniencia de consagrar los principios que acarrean la evaluación de impacto ambiental en una norma con rango de Ley*

Atendiendo la naturaleza jurídica de los principios y, más aún, tomando en cuenta las respuestas culturales, políticas y jurídicas que, sobre todo, en los últimos años han sido desplegadas como consecuencia la emergencia climática, llama la atención que la legislación peruana los disponga en una norma de carácter reglamentaria y no en la misma Ley del SEIA.

Defendemos, en ese sentido, la necesidad de una modificación legislativa. La tesis que planteamos responde a la naturaleza de la Ley: Ésta constituye la norma máxima del ordenamiento jurídico que, a su vez, debe estar sometida a la norma suprema, la Constitución.

²⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Preámbulo. 02 de octubre del 2015 (España).

²⁶ Loperena Rota, 1998, pp. 23-32.

La Ley no sólo habilita positivamente las facultades de la Administración Pública, sino que define las circunstancias de hecho que permiten su ejercicio y los fines que, en este caso, deberán perseguir las Autoridades Ambientales a fin de viabilizar un desarrollo sostenible.

Debemos, asimismo, considerar que la legalidad hace referencia a la primacía, superioridad o jerarquía de la Ley con respecto de cualquier norma; y, en aplicación de ésta, los poderes públicos actúan dentro de sus límites, en sus términos concretos y haciendo uso de sus facultades para la consecución de los fines que les son impuestos²⁷.

La regulación española, por el contrario, reconoce en el Preámbulo de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental, que es el referido instrumento el que, por su idoneidad, incrementa la seguridad de los promotores y, por consecuencia, consolida un desarrollo homogéneo de la legislación ambiental²⁸.

Son estos los motivos por los que se recomienda que la legislación peruana considere positivizar en su Ley del SEIA los principios que envuelven al estudiado procedimiento. De esa manera, se dotará al sistema con la fuerza jurídica que, como quedará reflejado en los siguientes acápite, consideramos necesaria.

B) La conveniencia de invocar los principios del procedimiento administrativo

Por otro lado, la regulación española ha previsto una inclusión explícita de doce principios que, recogidos están, en su artículo segundo. La norma peruana, por otro

²⁷ Muñoz Machado, 2015, p. 99.

²⁸ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Preámbulo. 12 de diciembre del 2013 (España).

lado, refiere tan sólo a seis que, a fin de complementarlos, alude a los ya establecidos en la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente.

Sin embargo, resulta llamativo que, estando sometida la evaluación de impacto ambiental a un procedimiento administrativo especial, la legislación peruana omita la referencia a los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N.º 27444.

Este vacío no sólo se constata en la Ley del SEIA y en su respectivo reglamento, sino también, en el recientemente dispuesto, Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles -SENACE, aprobado por Decreto Supremo 013-2024-MINAM²⁹. Este vicio nos resulta inquietante, más aún, porque en el marco de la estudiada evaluación prevalecen, por un lado, las condiciones y garantías reconocidas en el régimen general a favor del administrado³⁰; y, por el otro, la colaboración entre las diversas entidades³¹.

En ese sentido, conforme la data administrada por el SENACE³², advertimos, en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental llevado a cabo por la aludida institución, una preocupante vulneración al principio del debido procedimiento, al detectar que, en lo que respecta del año 2023 y 2024, existen cuatro y ocho procedimientos, respectivamente, que, hasta la fecha, no obtienen la resolución firme. Asimismo, a fin de reforzar este argumento, procedemos a invocar

²⁹ Publicado el 28 de noviembre del 2024 en el Diario Oficial El Peruano.

³⁰ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo II. 25 de enero del 2019 (Perú).

³¹ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 87º y 88º. 25 de enero del 2019 (Perú).

³² Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), 2025.

los alcances de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N.^o 0054-2019-SENACE/PE³³. En ella se reconoció que el particular soportó la vulneración de los principios de legalidad y debido procedimiento por los siguientes motivos: (i) Quedó evidenciado que la Dirección de Evaluación Ambiental para Proyectos de Recursos Naturales y Productivos (DEAR) pretendía, tan sólo mediante la notificación de una carta adjuntando un simple informe, generar efectos jurídicos sobre los intereses y los derechos del particular; (ii) se demostró que el aludido informe carecía de motivación al no referir todos los extremos que el administrado impugnaba; (iii) se constató que la DEAR omitió valorar los argumentos propuestos por el administrado a fin de dar respuesta, en este caso, a una solicitud de ampliación de plazo para el inicio de las obras de ejecución de un proyecto de explotación y beneficio minero.

España, por su lado, no sólo consagra los principios de cooperación y coordinación activa de los distintos órganos administrativos que intervienen en el marco del procedimiento de evaluación³⁴, sino que, además, dispone una regulación específica en cuanto a la actuación y las relaciones entre las administraciones públicas³⁵ señalando que deben ejercerse en un entorno de lealtad institucional, coordinación, información mutua, cooperación, confianza legítima y coherencia.

Considerando lo expuesto, advertimos la pertinencia de que la Ley del SEIA recoja los mencionados principios procedimentales.

³³ De fecha 14 de junio del 2019.

³⁴ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 2, inciso f y h. 12 de diciembre del 2013 (España).

³⁵ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 3 y 4. 12 de diciembre del 2013 (España).

C) La necesidad de que la legislación peruana recoja el principio de “Actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible”

En relación a las mejores técnicas disponibles y a los avances tecnológicos, la Ley de Evaluación Ambiental española consolida el principio de “actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible”³⁶. La doctrina europea, en ese sentido, ha marcado la importancia de su interrelación con los principios de sostenibilidad y justicia generacional. Luciano Parejo, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, resalta que lo decisivo de la innovación es la posibilidad de revisar el camino emprendido. El Derecho, en ese sentido, sin negar la debida protección del medio ambiente ni dejar de considerar las acciones preventivas frente a los riesgos, debe constituir un instrumento a fin de facilitarlo y promoverlo. El autor sostiene que el Derecho debe estar abierto al cambio, pero teniendo en cuenta que: (i) los tiempos no son iguales en todos los ámbitos; (ii) la generación de riesgos es perenne; y (iii) la innovación no puede ser conseguida sólo mediante la modernización tecnológica³⁷.

Reparando en lo expuesto, la regulación española pretende afianzar, por medio de la aplicación del referido principio, dos objetivos: El primero, la promoción de los avances tecnológicos y de la innovación en las prácticas científicas; y el segundo, el establecimiento de medidas de prevención y reducción de los impactos ambientales susceptibles de ser generados por el ejercicio de una actividad.

Asimismo, consideramos idóneo hacer hincapié del imperativo científico en el Estado de Derecho³⁸ y en la importancia del uso de la ciencia, de la tecnología y de la

³⁶ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 2, inciso l. 12 de diciembre del 2013 (España).

³⁷ Parejo, 2015. pp. 15-54.

³⁸ Fajardo, 2024, pp. 81-103.

innovación científica en el marco del desarrollo sostenible. La ciencia, en ese sentido, está destinada a contribuir en los nuevos descubrimientos con la finalidad de combatir y evitar los riesgos ambientales. De hecho, el Sexto Informe de Evaluación del IPCC³⁹ establece que:

(...) mejorar los sistemas de innovación tecnológica puede brindar oportunidades para reducir el crecimiento de las emisiones, generar beneficios sociales y ambientales, y alcanzar otros Objetivos del Desarrollo Sostenible. Los paquetes de políticas adaptados a los contextos nacionales y las características tecnológicas han sido eficaces para apoyar la innovación de bajas emisiones y la difusión de tecnologías (...)⁴⁰.

Por lo expuesto, creemos oportuna la adopción de estos alcances en el desarrollo de la evaluación de impacto ambiental. A su vez, exhortamos que, desde el Ejecutivo, se dispongan acciones destinadas al fomento del desarrollo de nuevas tecnologías ambientales⁴¹.

D) *La necesidad de consagrар el principio de proporcionalidad en la Ley del SEIA*

Finalmente, en relación a los principios, consideramos idóneo seguir el modelo de la regulación española y consagrar, en la Ley del SEIA, el principio de proporcionalidad. Como se apreciará en los siguientes acápite, las características de

³⁹ El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPPC), fue creado en 1988 para facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos sobre el cambio climático, sus causas, repercusiones y estrategias de respuesta.

⁴⁰ IPCC, 2023: Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023. p. 33.

⁴¹ Estas acciones, fundamentalmente de fomento, deben sujetarse a lo dispuesto por el Artículo 71 del Decreto Supremo N.^o 013-2019-MINAM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.^o 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.

una evaluación ambiental deben ser acordes con la magnitud de los riesgos y los previsibles impactos que son susceptibles de recaer en el medio ambiente y en sus componentes. En ese sentido, lo que en buena medida diferencia a un tipo de evaluación y de otra, es la brevedad de los plazos, la simplicidad de los trámites y la minuciosidad de la información que es requerida por la Autoridad.

Este principio, en el marco de la evaluación estudiada, tiene como finalidad, por un lado, diferenciar la magnitud de los impactos ambientales que un determinado proyecto, plan o programa es susceptible de generar. Y, por el otro, tiene el propósito de contrarrestar la discrecionalidad administrativa e interdecir la eventual arbitrariedad de la Administración⁴².

La jurisprudencia española determinó que su aplicación exige:

(...) una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985) (...) Este principio, inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución (...)⁴³.

Asimismo, el Derecho Europeo ha recogido al juicio de proporcionalidad en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. En ella, se establece que, de conformidad con la jurisprudencia y en atención a los objetivos de, entre otros, la salud pública, la sanidad animal y la protección del entorno urbano, ningún régimen de autorización o restricción debe ser ajeno a los principios de necesidad,

⁴² La Constitución Española, en el Numeral 3 del Artículo 9º consagra el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 50/1995, de 23 de febrero. Fundamento Jurídico N.º 7.

razonabilidad y proporcionalidad⁴⁴. De esa manera, la precitada disposición motivará la selección de un determinado régimen de evaluación, el plazo que se le atribuirá a la Administración, los requisitos que se exigirán al administrado y las condiciones a las que una determinada propuesta deberá estar sometida.

Dicho esto, en aras de otorgar protagonismo a la objetividad, la razonabilidad y la confianza legítima de la evaluación materia de análisis, consideramos conveniente que el ordenamiento peruano adopte el principio jurídico aludido.

A continuación, el siguiente cuadro nos permitirá comparar los principios estipulados, tanto en el ordenamiento español como en el nacional. A su vez, expone cuáles de ellos se encuentran enmarcados en otros, y cuáles aún no han sido recogidos por la regulación interna:

Tabla 1

Comparación de principios entre la legislación peruana y la española

Ley 21/2013, de evaluación ambiental. (Artículo 2)	Decreto Supremo N.º 019-2009- MINAM, Reglamento de la Ley del SEIA (Artículo 3)	Ley N.º 28611, Ley General del Medio Ambiente. (Título Preliminar)
Protección y mejora del medio ambiente.		Artículo I: Del Derecho y del deber fundamental.
Precaución y acción cautelar.		Artículo VII: Del principio precautorio.
Acción preventiva, corrección y compensación de los impactos sobre el medio ambiente.	Inciso e) del artículo 3: Eficacia.	Artículo VI: Del principio de prevención. Artículo IX: Del principio de responsabilidad ambiental.
Quien contamina, paga.		Artículo VIII: Del principio de internalización de costos.

⁴⁴ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Considerando 56º. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de diciembre del 2006 (UE).

**Ley 21/2013, de evaluación ambiental.
(Artículo 2)**

**Decreto Supremo N.º 019-2009-
MINAM, Reglamento de la Ley
del SEIA (Artículo 3)**

**Ley N.º 28611, Ley General del
Medio Ambiente.
(Título Preliminar)**

Racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental.

Inciso f) del artículo 3: Eficiencia.

Cooperación y coordinación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

Proporcionalidad entre los efectos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos, y el tipo de procedimiento de evaluación al que en su caso deban someterse.

Colaboración activa de los distintos órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de evaluación, facilitando la información necesaria que se les requiera.

Participación Pública

Inciso b) del artículo 3:

Participación.

Inciso d) del artículo 3:

Responsabilidad compartida.

Desarrollo sostenible.

Artículo V: Del principio de sostenibilidad.

Integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones.

Inciso a) del artículo 3:
Indivisibilidad.

Inciso c) del artículo 3:
Complementariedad.

Actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible.

Nota. Elaboración propia.

4. EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: REGÍMENES PROCEDIMENTALES E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN

A) La evaluación ambiental de proyectos

Los alcances regulatorios de la evaluación de impacto ambiental se caracterizan por estar en constante evolución. Esto responde a que sus disposiciones deben ser acordes con los avances científicos, las innovaciones tecnológicas, la evolución de una sociedad industrial, el nuevo contexto climático o el descubrimiento de nuevos riesgos

que incidan en el medio ambiente. Ángel Ruiz de Apodaca, catedrático de la Universidad de Navarra, sostiene que:

(...) la técnica de la evaluación de impacto ambiental, como instrumento de tutela preventivo, constituye uno de los principales institutos jurídicos de protección del medio ambiente, si no el principal, por el que se condiciona la relación de proyectos, actividades, instalaciones o industrias que puedan tener un efecto directo o indirecto sobre el medio ambiente (...)⁴⁵.

Esta evaluación, como fue señalado, constituye un procedimiento administrativo de evaluación previa al que deberá someterse todo proyecto de inversión que suponga la probabilidad de generar impactos negativos hacia el medio ambiente o hacia sus componentes. En él, la Autoridad analizará la existencia y resiliencia de: (i) el riesgo ambiental, expresado en términos cuantitativos de probabilidad; (ii) el peligro ambiental, que refiere a la capacidad potencial de una sustancia o de un sistema de ocasionar daños; y (iii) la amenaza ambiental, que comprende la apreciación respecto a eventos potencialmente desastrosos⁴⁶. En ese sentido, conforme los alcances del artículo quinto de la Ley del SEIA y del Anexo V de su Reglamento, los proyectos que deberán someterse a este examen serán aquellos que, debido a sus características, configuren un riesgo para: (i) la salud de las personas; (ii) la calidad del medio ambiente y sus componentes; (iii) los recursos naturales; (iv) las áreas naturales protegidas; (v) la diversidad biológica; (vi) los sistemas y estilos de vida de las comunidades; (vii) los espacios urbanos y el patrimonio nacional.

⁴⁵ Ruiz de Apodaca, 2018, pp. 84-97.

⁴⁶ Garrido, 2014. p. 48.

A su vez y considerando lo señalado, es pertinente delimitar la definición de un proyecto. La legislación española, en ese sentido, lo define como:

Cualquier actuación prevista que consista en: (i) la ejecución, explotación, desmantelamiento o demolición de una obra, una construcción, instalación, o bien; (ii) cualquier intervención en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación o al aprovechamiento de los recursos naturales o del suelo y subsuelo, así como de las aguas continentales o marinas⁴⁷.

Por su parte, el Anexo I del Reglamento de la Ley del SEIA de Perú, define al proyecto como “toda obra o actividad pública, privada o mixta que se prevé ejecutar, susceptible de generar impactos ambientales. Incluye los proyectos de inversión que conforman el Sistema Nacional de Inversión Pública y los proyectos de investigación”.

Ambas regulaciones ponen especial atención en la imposición de acciones destinadas a identificar, prevenir, controlar, mitigar, compensar y corregir los posibles impactos ambientales negativos-significativos que una actividad sea susceptible de generar.

A fin de que el promotor o el titular de un proyecto se someta al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, deberá elaborar un determinado instrumento de gestión que responderá a las características de la obra que realizará y a la magnitud de los riesgos ambientales que, en el marco de su estudio, haya identificado.

En atención a lo señalado y elaborando un análisis comparativo, procedemos a exponer las siguientes implicancias:

⁴⁷ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 3, literal b). 12 de diciembre del 2013 (España).

a. Instrumentos de gestión derivados de proyectos de menor incidencia ambiental. Las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) en la regulación peruana: Características y propuestas de mejora

Como se ha expuesto, todo proyecto de inversión que suponga la probabilidad de generar impactos ambientales negativos-significativos hacia el medio ambiente o hacia sus componentes, estará sujeto al sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, SEIA, y al respectivo procedimiento administrativo de evaluación.

A fin de otorgar confianza legítima al administrado, la legislación peruana determina que, los diversos sectores, por medio de la emisión de una Resolución Ministerial, establecerán la relación de proyectos que deberán estar sometidos al aludido sistema de evaluación.

Asimismo, aquellos que no se encuentren en el mencionado listado y que, por su ubicación y sus características, se prevea la generación de impactos triviales, insignificantes o intrascendentes, no estarán sujetos al SEIA y, tan sólo, deberán presentar un instrumento complementario, denominado Ficha Técnica Ambiental (FTA)⁴⁸.

La naturaleza jurídica del aludido documento es de declaración jurada, y su alcance, dependiendo del sector, abarcará, entre otros, los siguientes aspectos: (i) El resumen ejecutivo; (ii) la descripción del proyecto; (iii) la línea base; (iv) el reconocimiento de actores involucrados; (v) los mecanismos de participación ciudadana; (vi) la identificación de los posibles impactos ambientales; y (vi) las estrategias de manejo ambiental.

⁴⁸ Decreto Supremo N.^o 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.^o 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículos 13 y 20. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

Ahora bien: Como se apreciará en la Tabla 2, salvo el sector de Pesca y Acuicultura, las FTA están sometidas a un procedimiento administrativo de evaluación previa que se caracteriza por ser breve, ágil, dinámico y simplificado. El plazo máximo de evaluación dependerá de cada sector; sin embargo, ninguno de ellos supera los treinta días hábiles. De igual manera, en ejercicio de la potestad discrecional de la administración, cada sector determinó la sujeción del procedimiento, bien sea al silencio administrativo positivo, o negativo.

Dicho esto, corresponde exponer la siguiente tabla: En ella, conforme las disposiciones de los principales sectores económicos, se exhiben los plazos máximos para la aprobación de la FTA y la naturaleza de su procedimiento:

Tabla 2

Plazos y características del procedimiento de aprobación de FTA por sector

Sector	Plazo máximo a fin de obtener la aprobación	Sujeto a procedimiento administrativo (+) ó (-)	Base legal
Agrario y Riego	10 días hábiles	Positivo	Decreto Supremo N.º 006-2024-MIDAGRI, que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Agrario y de Riego.
Residuos Sólidos	30 días	Negativo	Decreto Supremo N.º 014-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1278, que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos.
Minería (Exploración)	10 días hábiles	Positivo	Decreto Supremo N.º 042-2017-EM, que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.
Transporte	10 días hábiles	Negativo	Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental para el sector transportes.
Pesca y Acuicultura	Automática	Sujeta a fiscalización <i>ex post</i> .	Decreto Supremo N.º 012-2019-PRODUCE, que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental de los Sub-sectores Pesca y Acuicultura.
Comunicaciones	15 días hábiles	Negativo	Decreto Supremo N.º 023-2024-MTC, que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Comunicaciones.

Nota. Elaboración propia.

Partiendo de lo señalado en los párrafos previos, ahora corresponde plantearnos las siguientes reflexiones:

- i) La necesidad de homogeneizar el sometimiento de las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) a un procedimiento de evaluación previa

Como se aprecia, sólo el sector de Pesca y Acuicultura diseñó un marco regulatorio donde la FTA se sujeta a un régimen de aprobación automática⁴⁹. Inmerso en él, el particular no está sometido a un trámite determinado y a un plazo establecido, ni tampoco la Administración efectúa una evaluación de fondo. En estos casos, se entiende que, desde el momento de la remisión de la FTA, es automáticamente aprobada. De esta manera, en aras del principio de presunción de veracidad, la Autoridad da por cumplido los requisitos de forma y de fondo y, sin perjuicio de una fiscalización posterior⁵⁰, emite un acto administrativo favorable.

Nuestra postura es contraria del sometimiento de las FTA a un procedimiento de aprobación automática. Al respecto, debemos tener presente que el Derecho Ambiental se funda en el principio preventivo. Por medio de un procedimiento administrativo de evaluación previa, la Administración no sólo estará facultada para corroborar la naturaleza intrascendente de la incidencia ambiental de un determinado proyecto, sino que, de ser el caso, podrá detectar impactos acumulativos que, en sus diversas etapas, pueden suscitar. Asimismo, una eficiente fiscalización posterior requiere que las entidades fiscalizadoras cuenten con un amplio personal capacitado, con una estrategia de supervisión basada en riesgos, con una constante colaboración

⁴⁹ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 33. 25 de enero del 2019 (Perú).

⁵⁰ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 34. 25 de enero del 2019 (Perú).

entre las entidades, con un estudio de data empírica continua, y todo ello, se traduce en la disposición de recursos. La interrogante, ante este escenario es si, efectivamente, las autoridades están capacitadas para ello. Sobre todo, si apreciamos, por ejemplo, que del total de presupuesto público para el año fiscal 2025 destinado al Ministerio del Ambiente (MINAM), sólo el 25% es asignado al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)⁵¹. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, como se apreciará en los siguientes párrafos, quedará en evidencia, a partir de la experiencia europea, que un mecanismo de aprobación automática que incida sobre un bien jurídico difuso genera, por un lado, una constante exposición al riesgo de ese bien; y por el otro, dota al particular de inseguridad jurídica y de la eventual atribución de costos innecesarios.

- ii) La necesidad de homogeneizar el sometimiento de las Fichas Técnicas Ambientales (FTA) al silencio administrativo positivo y a un plazo máximo para su aprobación

El silencio administrativo supone un remedio ante la patología con relación a la deficiente conducta de la Administración y su deber de resolver. En ese sentido, el Profesor Ramón Huapaya recalca que la inactividad administrativa:

(...), constituye el incumplimiento de dos deberes específicos: por un lado, el de cumplir con las obligaciones específicas establecidas por una norma jurídica o por una ley a cargo de la administración; y, por otro lado, el de cumplir con el principio de eficacia que toda entidad administrativa en función al servicio de los intereses generales debe cumplir (...)⁵².

⁵¹ Ministerio del Ambiente (MINAM), 2024.

⁵² Huapaya, 2019, p. 55.

De cara a esta anomalía, el Derecho ofrece la posibilidad que el particular esté facultado de acogerse, dependiendo de lo establecido en la norma específica, a los efectos del silencio administrativo positivo⁵³ o negativo⁵⁴: En el primer caso, nos referimos a un acto presunto y favorable, donde la solicitud interpuesta por el administrado se entenderá otorgada.

Por su parte, el silencio administrativo negativo es, con ciertas particularidades, la cara opuesta al positivo. Un error común entre los juristas es afirmar que, aplicando el silencio negativo, la Administración emite una denegatoria ficta de la solicitud interpuesta por el particular. Sin embargo, salvo que la norma disponga lo contrario, la implicancia del silencio negativo otorga al administrado la potestad de, o bien interponer un recurso de impugnación dando por rechazada la solicitud; o bien de acogerse al derecho a esperar un pronunciamiento expreso⁵⁵.

Dicho esto, consideramos que, dando atención a los principios de celeridad, debido procedimiento, razonabilidad y proporcionalidad, es necesario estandarizar la aprobación de las FTA y sujetarlas al silencio administrativo positivo. Si bien el Numeral 38.1 del artículo 38 del TUO de la LPAG establece que el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se vea afectado el

⁵³ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 35. 25 de enero del 2019 (Perú).

⁵⁴ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 38. 25 de enero del 2019 (Perú).

⁵⁵ Al respecto, sugiero revisar la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N.º. 00351-2024-PC/TC, donde, su Fundamento Jurídico N.º 7 establece que: “(...) el silencio administrativo negativo es simple y llanamente un mecanismo creado por el Derecho administrativo, de naturaleza enteramente procedural, que habilita al administrado a entender denegado su pedido y, en ese sentido, le permite cuestionar esa denegación a nivel administrativo (...) o judicial (...), en vista de que el silencio administrativo negativo es una ficción jurídica que el administrado puede, en ejercicio de su autodeterminación personal, usar en su propio provecho ante la inactividad de la Administración Pública (...)”.

medio ambiente o el interés público, debe tenerse en cuenta que esta exposición o afectación tiene la connotación de ser significativo, relevante, trascendental.

En ese sentido, somos conscientes, por un lado, que la aprobación de las FTA debe, en aras del principio preventivo, estar inmersas en un procedimiento administrativo de evaluación previa. Sin embargo, también argumentamos que la inactividad o deficiencia de la Administración no debe significar la carga de costos al administrado en función de tiempo y recursos. Todo lo contrario: El procedimiento administrativo, por autonomía, es garantista hacia el particular y debe estar diseñado de tal manera que:

(...), posibilite un escenario tutelar de las posiciones subjetivas de los administrados, en la consigna de conseguir mejores decisiones administrativas, con eficiencia y calidad, así como el propicio intercambio de información entre ambos sujetos del procedimiento en procura de la adopción de las decisiones administrativas que a la vez que tutelen el derecho de los administrados, protejan el interés público (...)⁵⁶.

Por otro lado, resulta importante cuestionar la conveniencia de homogeneizar las disposiciones referidas a los plazos máximos de aprobación de las FTA. La vigente regulación del SEIA establece plazos máximos para el otorgamiento de la certificación ambiental que derive de la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d) o un Estudio de Impacto Ambiental Semi-Detallado (EIA-sd)⁵⁷.

De igual modo, revisando los Textos Únicos Ordenados de Procedimientos Administrativos (TUPA) de los diversos Gobiernos Regionales, que son competentes

⁵⁶ Huapaya, 2015, pp. 137-165.

⁵⁷ Decreto Supremo N.^o 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.^o 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 52. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

para la aprobación de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), se evidencia que ninguno supera como un plazo máximo los treinta días hábiles⁵⁸.

Considerando lo expuesto y en aras del diseño de una regulación que brinde seguridad jurídica y que sea compatible con los principios de razonabilidad, celeridad y proporcionalidad, consideramos óptimo homogeneizar los plazos para la evaluación y aprobación del estudiado instrumento. Teniendo en cuenta que las FTA están diseñadas para la ejecución de proyectos cuya incidencia ambiental, incluso, son menores que los declarados en una DIA, su procedimiento debe estructurarse de tal manera que prevalezca la dinamicidad y se eviten meros formalismos o actuaciones que dificulten la emisión de un acto administrativo en un tiempo razonable.

A la luz de expuesto, consideramos necesario alinear el procedimiento de aprobación de las FTA con su naturaleza y, en ese sentido, someterlas a un procedimiento de evaluación previa con silencio administrativo positivo. De igual manera, vemos la conveniencia que, a fin de otorgar seguridad jurídica, los plazos máximos para su aprobación sean homogéneos en los diversos sectores.

b. Instrumentos de gestión derivados de proyectos de menor incidencia ambiental: La Declaración Responsable y la Comunicación Previa en la legislación española

La legislación española, por su parte, prevé la presentación de cualquiera de estos documentos: La “Declaración Responsable” o la “Comunicación Previa”. La elaboración los aludidos instrumentos, conforme establece la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre del 2006, relativa a los

⁵⁸ Habiéndose revisado los Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), podemos poner como ejemplo a: (i) Cajamarca, que establece 30 días hábiles como máximo; (ii) Arequipa, 20 días hábiles; (iii) Áncash, 15 días hábiles; (iv) Lima, 30 días hábiles; (iv) Lambayeque, 30 días hábiles.

servicios en el mercado interior, dispensa al promotor⁵⁹ de someter su actividad al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. Su trámite procederá sólo para aquellos proyectos que ocasionen una incidencia menor, intrascendente, en términos ambientales y que, por eso mismo, no estarían supeditados a un régimen de autorización ambiental integrada ni al de licencia ambiental.

De esta manera, la legislación europea pretende dar impulso a tres objetivos: (i) el diseño de un marco regulatorio de simplificación administrativa; (ii) la sustitución de un régimen de fiscalización *ex ante* por uno *ex post*; (iii) y la reducción de procedimientos administrativos y el establecimiento de garantías a los promotores⁶⁰.

Dicho esto, a fin de diferenciar las particularidades entre una Declaración Responsable y una Comunicación Previa, es pertinente dar atención a las disposiciones del artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La presentación de uno u otro documento dependerá de cada sector y de las características del proyecto que se desea ejecutar. Por un lado, en la Declaración Responsable el promotor manifiesta que: (i) la ejecución del proyecto cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente; (ii) cuenta con la documentación que

⁵⁹ Promotor: Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pretende elaborar un plan o programa de los contemplados en el ámbito de aplicación de esta ley, independientemente considerado de la Administración que en su momento sea la competente para su adopción o aprobación. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 2, literal a). 12 de diciembre del 2013 (España).

⁶⁰ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Considerando 43º. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de diciembre del 2006 (UE).

sustenta la no existencia de impactos ambientales significativos; (iii) se compromete cumplir con sus obligaciones jurídicas durante su ejercicio; (iv) y se responsabiliza a suministrar a la Autoridad la documentación oportuna. Como se advierte, el elemento más importante en este documento es el compromiso activo del promotor de respetar y acatar la Ley.

Por otro lado, mediante la Comunicación Previa el particular notifica a la Autoridad los datos identificativos, o cualquier otro relevante, que son necesarios a fin de ejercer un derecho. Por medio de su presentación y a diferencia de lo que ocurre con la Declaración Responsable, el administrado no asume la responsabilidad de cumplimiento continuo de la regulación a la que está supeditado; tan sólo informa que dará inicio o que viene ejerciendo un derecho.

Ambos instrumentos permiten, desde su presentación, el inicio de una actividad o el reconocimiento de un derecho. Desde ese instante, por lo tanto, los particulares también se someten, de ser el caso, a los controles posteriores. Asimismo, cabe acotar, ninguno de los estudiados documentos tiene la naturaleza de un acto administrativo: El tercer párrafo del Numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley del Procedimiento Común de las Administraciones exceptúa a la Autoridad, frente al trámite de éstos, de dictar una resolución expresa y notificarla⁶¹.

Considerando lo descrito, es preciso hacer hincapié que, si bien ambas figuras permiten agilizar el reconocimiento de derechos y crear un entorno ágil a favor del

⁶¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Preámbulo. 02 de octubre del 2015 (España). Artículo 21: 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. (...) Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración, (...).

ejercicio de las actividades económicas, no han estado, por parte de la doctrina, exenta de críticas: Por un lado, debemos considerar que la legislación ambiental está cargada de conceptos jurídicos indeterminados que, muchos de ellos, han sido ignorados por la jurisprudencia.

Conceptos como “impactos ambientales significativos”, “menor incidencia ambiental”, o incluso, “desarrollo sostenible” adolecen de definiciones claras y alcances precisos, por lo que la presencia de la discrecionalidad administrativa, inevitablemente, es tenaz.

Ello ha generado que, en diversas ocasiones, cuando la Autoridad ejerce sus atribuciones de fiscalización *ex post*, disponga al promotor del proyecto la paralización de la actividad, el cambio de régimen y el sometimiento a un procedimiento de evaluación ambiental.

Por otro lado, conforme advirtió la jurisprudencia⁶², la legislación carece del establecimiento de un plazo para dar inicio a la ejecución de controles posteriores.

Esto afianza un escenario incertidumbre e inseguridad jurídica que, incidiendo en un bien de carácter difuso, surge la interrogante de si, efectivamente, los derechos de terceros están adecuadamente protegidos⁶³.

c. Marco comparativo respecto de los regímenes procedimentales y los instrumentos de gestión derivados de proyectos susceptibles de generar impactos ambientales significativos

En relación con los proyectos que son susceptibles de generar impactos ambientales negativos-significativos y que, por ende, están supeditados a un

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo N.º 293/2023, del 8 de marzo del 2023. Fundamento Jurídico 2.

⁶³ Chinchilla, 2020. pp. 135-166.

procedimiento formal de evaluación de impacto ambiental, advertimos que la legislación española establece dos regímenes que son proporcionales con la magnitud de los riesgos previsibles y las características de la actividad:

- Evaluación Ambiental Ordinaria: Se trata de un procedimiento minucioso y amplio, que gira en torno a la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. Sometidos a ella están: (i) los proyectos contemplados en el Anexo I de la Ley, que se entiende, son susceptibles de generar mayores riesgos; (ii) los comprendidos en el Anexo II cuando sea decidido por el órgano ambiental de acuerdo con los criterios del Anexo III; (iii) cualquier modificación de algún proyecto que esté contemplado, o bien en el Anexo I o en el II, cuando dicha modificación cumpla, por sí sola, los umbrales establecidos en el Anexo I⁶⁴.
- Evaluación Ambiental Simplificada: Se trata de un procedimiento célere y abreviado, y gira en torno a la presentación de un Documento Ambiental. Sometidos a ella están: (i) los proyectos contemplados en el Anexo II de la Ley; (ii) los no contemplados en el Anexo I ni en el II y que sean susceptibles de afectar los espacios protegidos por Red Natura 2000; (iii) aquellos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del Anexo II mediante la acumulación de magnitudes o dimensiones; (iv) aquellos contemplados en el Anexo I que sirvan exclusivamente para el desarrollo de nuevos métodos o productos, siempre que su duración no supere los dos años⁶⁵.

⁶⁴ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 7, inciso 1. 12 de diciembre del 2013 (España).

⁶⁵ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 7, inciso 2. 12 de diciembre del 2013 (España).

Por su parte, la legislación peruana regula un único procedimiento de evaluación. Sin embargo, en función de las características de la actividad y de la magnitud de los posibles impactos, se prevé el diseño de tres posibles instrumentos de gestión⁶⁶:

- Declaración de Impacto Ambiental (DIA): En este documento se evalúan proyectos susceptibles de generar impactos ambientales negativos-leves⁶⁷.
- Estudio de Impacto Ambiental Semi-Detallado (EIA-sd): En este documento se evalúan proyectos susceptibles de generar impactos ambientales negativos-moderados⁶⁸.
- Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d): En este documento se evalúan proyectos de inversión susceptibles de generar impactos ambientales negativos-significativos.

Como se advierte, y reiterando nuestra postura expuesta en el acápite 2.3.D del presente trabajo, cobra protagonismo el principio de proporcionalidad en el marco de los distintos procedimientos de evaluación y del diseño de los instrumentos de gestión.

Esto se evidencia con mayor claridad en la legislación española que, como se hizo referencia, regula distintos procedimientos no sólo en el marco de la realización

⁶⁶ Decreto Supremo N.^º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.^º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 36. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

⁶⁷ Si bien la norma dispone una Clasificación Anticipada, creemos conveniente de que, en aras del principio de predictibilidad y seguridad jurídica, establezca los alcances de lo que a un “Impacto negativo-leve” se refiere.

⁶⁸ Si bien la norma dispone una Clasificación Anticipada, creemos conveniente de que, en aras del principio de predictibilidad y seguridad jurídica, establezca los alcances de lo que a un “Impacto negativo-moderado” se refiere.

de proyectos, sino, como se verá más adelante, en la ejecución de planes, políticas públicas y programas.

La siguiente tabla resume lo expuesto y compara los instrumentos de gestión que, recogidos están, en la regulación peruana y en la española:

Tabla 3

Plazos y características del procedimiento de aprobación de FTA por sector

Proyectos sometidos al SEIA (Perú)	Magnitud del impacto ambiental	Legislación Peruana	Legislación Española
Proyectos sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental (España)			
No	Intrascendente	Fichas Técnicas Ambientales (FTA)	Declaraciones Responsables o Comunicaciones Previas
	Leve	Declaración del Impacto Ambiental	
Sí	Moderado	Estudio de Impacto Ambiental Semi-Detallado	Documento Ambiental
	Significativo	Estudio de Impacto Ambiental Detallado	Estudio de Impacto Ambiental

Nota. Elaboración propia.

d. Elementos susceptibles de evaluación

Como se ha reiterado, los instrumentos de gestión ambiental son de carácter preventivo y, cada uno de ellos, responde a la magnitud de los riesgos que un determinado proyecto es susceptible de generar.

Por ejemplo, conforme la regulación peruana, un Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d) será, como su nombre lo indica, más minucioso que una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sin embargo, independientemente de la nacionalidad legislativa, existen elementos en común que los diversos instrumentos de gestión han tomado en consideración. Entre otros, destacamos los siguientes:

Tabla 4

Elementos en común de los instrumentos de Gestión Ambiental para proyectos

Elemento	Descripción
Descripción del proyecto	Se señala la ubicación, el diseño, las dimensiones, los objetivos. Asimismo, la descripción secuencial de las diferentes etapas y el tiempo de vida útil.
Evaluación de alternativas	Se describe las diversas alternativas y la selección de la más eficiente. Su análisis deberá enmarcarse desde el punto de vista social, económico y ambiental.
Caracterización de los impactos ambientales	Se identifica y caracteriza los impactos ambientales significativos durante su vida útil. Su evaluación debe ser realizada mediante el uso de métodos cuantitativos.
Medidas de prevención	Se incluyen todas las acciones que el titular o promotor adoptará a fin de prevenir, mitigar y/o corregir los impactos identificados. Las referidas medidas podrán enfocarse en el manejo de, por ejemplo, los niveles de presión sonora, la generación de efluentes, el movimiento de los sueños, etc.
Programas de vigilancia y seguimiento	Su diseño está orientado a verificar la eficacia y el cumplimiento de las medidas de manejo y prevención. Se incluyen los mecanismos de implementación del sistema de vigilancia y la asignación de responsabilidades. Asimismo, se incluye un plan de monitoreo ambiental y se definen indicadores de desempeño.
Resumen Técnico-Ejecutivo	Se trata de un resumen de toda la información contenida en el estudio. Su redacción debe ser clara y sencilla. Se hace referencia a sus principales elementos, de tal manera que permita ofrecer una visión amplia, íntegra y sólida del proyecto que está siendo materia de estudio.

Nota. Elaboración propia.

e. Supuestos de modificación del Instrumento de Gestión Ambiental

Finalmente, consideramos importante resaltar que, a diferencia de la Ley peruana, la española no prevé disposiciones destinadas a la actualización, cada cierto periodo tiempo, del instrumento de gestión ambiental.

En su defecto, determina las causales que ameritan la modificación de las condiciones dispuestas en la Declaración de Impacto Ambiental⁶⁹.

⁶⁹ Declaración de Impacto Ambiental: Informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en

Fundamentalmente, hacen referencia a: (i) la entrada en vigencia de una nueva norma que incida sustancialmente en el cumplimiento de las condiciones inicialmente dispuestas; (ii) la imposibilidad, ineficacia o inutilidad de las condiciones establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental como consecuencia de la utilización de nuevas y mejores técnicas disponibles; o (iii) la deficiencia, insuficiencia o el carácter innecesario de las medidas preventivas, correctoras o compensatorias contempladas en la aludida Declaración⁷⁰. Este procedimiento podrá ser iniciado o bien a solicitud de parte, o de oficio.

Al respecto, cabe acotar dos cuestiones: Por un lado, advertimos que la citada disposición acarrea una serie de conceptos indeterminados que la Ley no ha conseguido delimitar. Conceptos como “incidencia sustancial”, “medidas insuficientes”, “medidas innecesarias”, son ejemplos de lo antedicho. Por otro lado, debe quedar claro que los supuestos que son materia de modificación de la Declaración de Impacto Ambiental no tienen similitud con un procedimiento de correcciones de errores materiales.

Al respecto, Agustín García Ureta, catedrático de la Universidad del País Vasco, sostiene que:

(...) la rectificación de errores materiales no supone la revocación del acto de que se trate, ya que su contenido, después de la rectificación, sigue siendo el mismo. Únicamente habrá una alteración o cambio de los errores materiales (de hecho, o aritméticos) que tenía el acto. Por el contrario, el supuesto

su caso, el cese, el desmantelamiento o demolición del proyecto. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 3, literal d). 12 de diciembre del 2013 (España).

⁷⁰ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 44. 12 de diciembre del 2013 (España).

contemplado en la LEA se refiere a una modificación del alcance (...) preceptivo y determinante, (...) al afectar a las propias conclusiones (...) o las condiciones que inicialmente hubiese impuesto (...)⁷¹.

Por su parte, si bien la legislación peruana no estipula las causales de una modificación del instrumento de gestión, el supuesto se encuentra enmarcado en el procedimiento de actualización⁷², que está dirigido para:

- Efectuar modificaciones del proyecto: Se origina cuando el titular pretende realizar ampliaciones del área de influencia, mejoras en el proceso (por ejemplo) de extracción de minerales, aplicar técnicas de innovación de su actividad, etc. La modificación podrá responder a la aparición de nuevas tecnologías o a la entrada en vigencia de una nueva regulación.
- Acatar la disposición de la Autoridad Ambiental: Cabe la posibilidad de que, en el marco de una supervisión, la Administración disponga la actualización del Instrumento de Gestión en caso determine, entre otros supuestos, que los impactos generados difieran de manera significativa a lo declarados⁷³.
- Acatar una obligación administrativa: El titular del proyecto tiene la obligación de someterse, al quinto año de haber iniciado la ejecución del proyecto y por períodos correlativos, a un procedimiento de actualización a fin de poner en conocimiento a la Autoridad Ambiental los componentes que han sido modificados. No hacerlo constituye una infracción administrativa.

⁷¹ García Ureta, 2014, pp. 317-371.

⁷² Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 30. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

⁷³ Resolución de Consejo Directivo N.º 006-2019-OEFA-CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión. Artículo 30. 17 de febrero del 2019. (Perú).

Este procedimiento administrativo siempre será a solicitud de parte. Sin embargo, independientemente de que el proyecto haya sido materia de modificaciones, o la Autoridad Fiscalizadora haya dispuesto la actualización del instrumento, el administrado está sujeto a este trámite cada cinco años. Acertada y juiciosamente, la regulación peruana dispuso esta obligación en mérito al carácter dinámico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, en ese sentido, evitar que la naturaleza de un instrumento de gestión sea estático, fijo, inactivo ante las nuevas circunstancias ambientales, el avance de nuevas tecnologías, o el desenvolvimiento de la industria.

B) El Procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) de Políticas Públicas, Planes y Programas (PPP)

La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), al igual que la evaluación de impacto ambiental, consolida el principio preventivo. Su finalidad es la identificación de posibles riesgos e impactos ambientales significativos que los planes, las políticas públicas y los programas (PPP) son susceptibles de generar en el medio ambiente y, a partir de ellos, determinar las estrategias a efectos de mitigar, atenuar o compensar las referidas contingencias.

Considerando el contexto de emergencia climática en el que el mundo está inmerso y conociendo que la resiliencia debe constituir el sustento de todo PPP que incida sobre el medio ambiente, este procedimiento resulta de valiosa importancia.

En ese marco, el Sexto Informe de Evaluación del IPCC enfatiza que:

(...) una acción climática eficaz se ve facilitada por el compromiso político, una gobernanza multinivel bien alineada, marcos institucionales, leyes, políticas y estrategias, y un mayor acceso a la financiación y la tecnología. Unos objetivos

claros, la coordinación entre múltiples ámbitos políticos y los procesos de gobernanza inclusivos facilitan una acción climática eficaz (...)⁷⁴.

Dando atención a lo antedicho, en el marco de un estudio comparativo, consideramos importante destacar lo siguiente:

a. Regímenes procedimentales de la EAE y los instrumentos de gestión

La Ley española define a los *planes* y *programas* como “el conjunto de estrategias, directrices y propuestas destinadas a satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de uno o varios proyectos”⁷⁵. Por su parte, la legislación peruana, si bien no determina una definición, dispone la obligación de someter las políticas públicas, los planes y los programas de desarrollo (PPP) a un proceso de Evaluación Ambiental Estratégica cuando, en los siguientes casos, puedan generar implicancias ambientales significativas: (i) se implementen en razón a materias declaradas de interés Nacional; (ii) estén vinculadas con las prioridades de desarrollo y su implementación requiera de la ejecución de proyectos sectoriales que sean susceptibles de generar impactos moderados o altos; (iii) aquellas que, a juicio del Ministerio del Ambiente (MINAM) resulten importantes para la debida tutela del interés público⁷⁶.

⁷⁴ IPCC, 2023: Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023. p. 32.

⁷⁵ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 2, literal b). 12 de diciembre del 2013 (España).

⁷⁶ Resolución Ministerial N.º 0039-2021-MINAM, que aprueba los “Lineamientos para la implementación del proceso de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Artículo 3 del Anexo. 14 de febrero del 2025. (Perú).

En esa línea, la regulación española prevé dos tipos de procedimientos de evaluación ambiental estratégica, que giran en torno a la elaboración de dos instrumentos de gestión. A fin del sometimiento de uno u otro, se tendrá en consideración la magnitud del plan o programa y la relevancia de los riesgos y los efectos susceptibles de impactar en el medio ambiente o en sus componentes⁷⁷:

- Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) Ordinaria: A ella se someten los planes y programas con mayor incidencia ambiental. También se incluyen aquellos cuyas dimensiones son considerables o se acumulan con otros proyectos aprobados. A efectos del trámite, se deberá elaborar una Estudio Ambiental Estratégico.
- Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) Simplificada: A ella se someten los planes y programas con una menor incidencia ambiental. También se incluyen aquellos cuyas dimensiones no sean considerables o no exista un riesgo mayor a la salud, a la integridad de la biodiversidad o a los recursos naturales. A efectos del trámite, se deberá elaborar un Documento Ambiental Estratégico.

Como contraste, las disposiciones peruanas, independientemente de la magnitud, los riesgos y los posibles impactos que una PPP sea susceptible de producir, sólo determina un único procedimiento de EAE y la elaboración de un sólo instrumento de gestión, siendo éste la propuesta de Evaluación Ambiental Estratégica. El aludido trámite, establecido en la Resolución Ministerial N.º 0039-2025-MINAM, que aprueba los lineamientos para la implementación del proceso de EAE en el marco del SEIA, es a diferencia de la evaluación de proyectos, turbio. Consta de las siguientes etapas: (i) Comunicación y presentación de una propuesta de Plan de

⁷⁷ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Anexo III. 12 de diciembre del 2013 (España).

Trabajo⁷⁸; (ii) acompañamiento, por parte de la Autoridad, durante la elaboración de la EAE; (iii) presentación de la propuesta de EAE; (iv) evaluación y, en un plazo de veinte días hábiles, la emisión del Informe Ambiental de la EAE; (v) seguimiento de la EAE.

Nuevamente, y amparándonos en el principio de proporcionalidad, consideramos que el diseño de una EAE debe, como establece la legislación española, presentar una lógica similar a la de evaluación de proyectos. De esa manera, el proponente, en función de las características, los riesgos y los posibles impactos ambientales que la PPP sea susceptible de generar, se someterá, por un lado, a un determinado régimen de evaluación; y, por el otro, elaborará un específico instrumento de gestión. Una PPP, al igual que un proyecto, tiene sus particularidades. En cada una de ellas se plantean objetivos diferentes, se ejercen sobre diversas áreas de influencia, se proyectan diversos riesgos hacia variados bienes jurídicos protegidos, influyen sobre diversas personas, se imponen particulares medidas preventivas, se trazan múltiples mecanismos de control y supervisión, etc.

Asimismo, en este contexto es válida la siguiente interrogante cuya regulación no ha sido determinada: Ante la conclusión por parte de la Autoridad, bien sea en una fase preliminar o en la evaluación de la propuesta de la EAE, que una PPP resulta indiscutiblemente inviable por razones ambientales o por la imposibilidad de brindar condiciones suficientes de calidad, ¿cuál sería su proceder? Ante ello, ¿se emitiría un acto administrativo? De ser así, ¿el aludido acto, sería susceptible de ser impugnado?

⁷⁸ Conforme las disposiciones de los Lineamientos para la implementación del proceso de EAE en el marco del SEIA, se establece que la propuesta de Plan de Trabajo contendrá lo siguiente: (i) problema público, objetivo general y ámbito de aplicación de la PPP; (ii) objetivo y alcance de la EAE; (iii) cronograma de las principales actividades del proceso de elaboración de la EAE; (iv) plan de participación; (v) responsable de la entidad proponente.

Estas cuestiones, por su parte, sí son esclarecidas en la regulación española: El inciso 18.4 del artículo 18 de la Ley de Evaluación Ambiental dispone que el órgano competente podrá declarar la inadmisión de la solicitud de inicio⁷⁹ de la EAE ordinaria, en los siguientes supuestos: (i) Si estimara que el plan o programa resultara manifiestamente inviable por razones ambientales; (ii) si determinara que no se reúnen las condiciones de calidad suficientes; (iii) si ya se hubiesen inadmitido en un plan o programa sustancialmente análogo al presentado. A su vez, subraya la Ley que, ante la referida resolución, será procedente los recursos pertinentes en vía administrativa o judicial. Sin perjuicio de otros alcances críticos de la EAE nacional que se harán constar en los siguientes acápite, debemos acotar que los lineamientos para su implementación fueron, recientemente, sustituidos⁸⁰.

Su disposición hubiera sido una oportunidad para, tras un estudio doctrinario, estadístico y de legislación comparada, subsanar las apreciaciones que, en este trabajo, se dejarán constancia.

b. Elementos de Evaluación en la EAE

En segundo lugar, independientemente de la nacionalidad regulatoria, existen elementos en común que los diversos instrumentos han tomado en consideración a efectos de la evaluación de una PPP.

Entre otros, destacamos los siguientes:

⁷⁹ Conforme a la legislación española, cuando el promotor presenta, ante el órgano sustantivo la solicitud de inicio adjunta un documento inicial estratégico que contendrá la siguiente información: (i) los objetivos de la planificación; (ii) el alcance del plan o programa y sus alternativas; (iii) el desarrollo previsible del plan o programa; (iv) los potenciales impactos ambientales; (v) las incidencias sobre los planes sectoriales y/o territoriales.

⁸⁰ La Resolución Ministerial 0039-2025-MINAM deja sin efecto la Resolución Ministerial N.º 228-2021-MINAM.

Tabla 5

Elementos en común de los instrumentos de Gestión Ambiental para PPP

Componentes en común reflejados en el Estudio Ambiental Estratégico o en el Documento Ambiental Estratégico (España); o en la propuesta de la Evaluación Ambiental Estratégica (Perú)	Descripción
Planteamiento de los objetivos	Son las metas que se pretende alcanzar con el objetivo de cubrir o solucionar un problema público o necesidades sociales.
Caracterización de la situación del medio ambiente	Se debe hacer hincapié en los aspectos ambientales que sean relevantes o tomados en cuenta a efectos de la implementación de las PPP. Asimismo, se debe identificar las características medioambientales de las zonas de influencia que pueden verse afectadas. La Propuesta de la EAE, en la legislación peruana, lo incluye en el capítulo referido al contexto y enfoque estratégico, específicamente en el sub-capítulo de marco del problema.
Identificación y caracterización de los efectos previsibles o posibles implicaciones ambientales	Esto implica una evaluación de riesgos y, de ser posible, su cuantificación. Particularmente, en este aspecto, la regulación española hace hincapié en las incidencias en el cambio climático y en una adecuada evaluación de la huella de carbono asociada al plan o programa. La propuesta de la EAE, en la legislación peruana, lo incluye en el capítulo referido a la evaluación de opciones estratégicas, específicamente, el sub-capítulo de la identificación de riesgos y oportunidades.
Medidas a fin de contrarrestar efectos negativos-significativos	Se refieren a las acciones destinadas a reducir, prevenir, contrarrestar los impactos negativos-significativos sobre el medio ambiente que fueron identificados. La propuesta de la EAE, en la legislación peruana, lo incluye en el capítulo de evaluación de opciones estratégicas, específicamente, el sub-capítulo de la evaluación de las opciones estratégicas ante los factores críticos de decisión.
Programas de vigilancia ambiental o Plan de seguimiento	Están destinadas a evaluar, periódicamente, con los objetivos establecidos en las PPP. La propuesta de la EAE, en la legislación peruana, lo denomina "Plan de Seguimiento", donde se identifican (i) los criterios de evaluación; (ii) los indicadores de seguimiento; (iii) los plazos de medición; (iv) la fuente de la información; y (v) el responsable de indicador.
Resumen ejecutivo	Se sintetiza los principales elementos que son materia de una EAE. Su redacción deberá ser clara y de fácil entendimiento. En la legislación española, el resumen ejecutivo será puesto a disposición al público en general en una etapa de difusión y participación.

Nota. Elaboración propia.

c. Sobre las causales de modificación y actualización de una PPP y la vigencia del Informe de la EAE

La regulación de la EAE española no prevé disposiciones destinadas a la actualización, cada cierto tiempo, del Estudio Ambiental Estratégico ni del Documento Ambiental Estratégico.

En su defecto, determina las condiciones que dan mérito a la modificación de una Declaración Ambiental Estratégica⁸¹ estableciendo que ésta se dará inicio, bien sea de oficio o a inicio del promotor, cuando:

(...) concurran circunstancias que determinen la incorrección de la declaración ambiental estratégica, incluidas las que surjan durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, tanto por hechos o circunstancias de acaecimiento posterior a esta última como por hechos o circunstancias anteriores que, en su momento, no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada valoración⁸².

Asimismo, dispone que, en el marco del referido procedimiento, el órgano ambiental entablará mecanismos de consultas dirigidas a las personas interesadas y a las Administraciones Públicas afectadas, a fin de que se emitan informes y se realicen las alegaciones oportunas.

La legislación peruana, por su parte, sin esclarecer las implicancias de una modificación o una actualización de una PPP, establece una serie de obligaciones: Por

⁸¹ Declaración Ambiental Estratégica: informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación ambiental estratégica ordinaria y que se pronuncia sobre la integración de los aspectos ambientales en la propuesta final del plan o programa. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 2, literal d). 12 de diciembre del 2013 (España).

⁸² Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 28. 12 de diciembre del 2013 (España).

ejemplo, determina que los Lineamientos para la Implementación del Proceso de EAE deberán ser aplicados por aquellas entidades públicas que (i) formulen; (ii) *actualicen*; o (iii) implementen las PPP susceptibles de generar implicancias ambientales significativas⁸³. Asimismo, define a los proponentes como aquellas entidades públicas que elaboran, *modifican* o *actualizan* las PPP⁸⁴. De igual modo, estipula, en relación a la comunicación de inicio de la EAE, que será el proponente quien deberá comunicar el desarrollo del proceso de elaboración, *actualización* o *modificación* de la PPP⁸⁵. Como se advierte, la manera imprecisa en que las disposiciones están redactadas genera suspicacia: ¿Acaso la modificación de una PPP no implica su actualización? ¿O son definiciones diferentes cuyas consecuencias jurídicas son diversas?

A su vez, tratándose de disposiciones enmarcadas en el SEIA, es preciso advertir la necesidad de entablar un marco regulatorio que determine si una propuesta de EAE sigue la misma lógica que la del procedimiento de certificación ambiental y, por lo tanto, debe también ser actualizada, cada cierto periodo de tiempo, tras la ejecución de la PPP. Estos vacíos regulatorios y el uso excesivo de conceptos indeterminados, a nuestro juicio, vulnera no sólo la seguridad jurídica de las entidades proponentes, sino y, sobre todo, imposibilita el diseño de una fiscalización ambiental eficaz.

Por último, en relación a la vigencia de la Declaración Ambiental Estratégica, la legislación española establece que los efectos del referido documento cesarán si, una vez publicado en el Boletín Oficial del Estado, no se hubiera procedido a la adopción del plan o programa en el plazo de dos años⁸⁶.

⁸³ Resolución Ministerial 0039-2025-MINAM. Artículo 2. 14 de febrero del 2025 (Perú).

⁸⁴ Resolución Ministerial 0039-2025-MINAM. Artículo 4.2. 14 de febrero del 2025 (Perú).

⁸⁵ Resolución Ministerial 0039-2025-MINAM. Artículo 5.1. 14 de febrero del 2025 (Perú).

⁸⁶ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 27. 12 de diciembre del 2013 (España).

Por su parte, la regulación peruana omitió establecer el plazo de vigencia del Informe Ambiental de la EAE. Cabe interrogarse si ésta es perpetua, instantánea o, si bajo el mismo razonamiento de la evaluación de proyectos y la Certificación Ambiental⁸⁷, es de tres años posteriores a su emisión⁸⁸. Establecer un plazo resulta importante, puesto que permite alinear las acciones preventivas ante un eventual cambio sustancial de las condiciones y las características que, en un inicio, fueron tomadas en cuenta por la Autoridad.

Considerando lo descrito, incitamos a que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental peruano considere las contingencias detectadas a fin de entablar un (urgente) proceso de retroalimentación regulatoria.

5. ALCANCES REFERIDOS A LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) Nociones preliminares

La Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley del SEIA peruano dispone que este procedimiento:

(...) contribuye a hacer más eficiente la planificación y ejecución de las actuaciones, así como la toma de decisiones; debiendo ser utilizada por los

⁸⁷ Certificación ambiental: Resolución emitida por la autoridad competente a través de la cual se aprueba el instrumento de gestión ambiental (DIA, EIA-sd o EIA-d), certificando que el proyecto propuesto ha cumplido con los requisitos de forma y fondo establecidos en el marco del SEIA. Asimismo, la certificación ambiental establece las obligaciones que debe cumplir el titular para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los impactos ambientales negativos generados. Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Anexo I. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

⁸⁸ El Artículo 57º del Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del SEIA, establece que: “(...) La Certificación Ambiental pierde vigencia si dentro del plazo máximo de tres (03) años posteriores a su emisión, el titular no inicia las obras para la ejecución del proyecto (...)”.

titulares y por las Autoridades Competentes para determinar la viabilidad ambiental y contribuir a la mayor eficacia y eficiencia de las políticas, planes, programas y proyectos de inversión (...).

Por su parte, la jurisprudencia española ha sido enfática en establecer que:

(...) La evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse, por consiguiente, como ejecución o gestión en materia de medio ambiente. La finalidad, contenido y efecto de la norma básica estatal conduce a que todas las Administraciones públicas valoren el medio ambiente cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones u otras actividades de su competencia. (...)⁸⁹.

Dicho esto, la referida evaluación plantea los siguientes objetivos: (i) Integrar aspectos medioambientales en los planes, proyectos y programas; (ii) identificar, en una etapa *ex ante*, los impactos ambientales negativos-significativos; (iii) seleccionar alternativas ambientalmente viables; (iv) establecer medidas destinadas a prevenir, corregir y compensar los impactos ambientales negativos-significativos.

Ahora bien: Mientras que la regulación peruana dispone que el procedimiento de evaluación ambiental de un proyecto culmina con la emisión de la Certificación Ambiental, la española determina que se concluye con la disposición de la Declaración de Impacto Ambiental, de haberse sometido a un procedimiento ordinario, o con el Informe de Impacto Ambiental, de haberse sometido a un procedimiento simplificado.

El siguiente cuadro determina los alcances de cada uno de ellos.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 113/2019, de 31 de octubre. Fundamento jurídico N.º 4.

Tabla 6

Alcances que determinan la culminación del procedimiento de EIA

Legislación	Instrumento mediante el cual se culmina del procedimiento de EIA	Alcances	Naturaleza Jurídica
Peruana	Certificación Ambiental	Determina la viabilidad del proyecto en su integridad. Obliga al titular de cumplir con todas las obligaciones destinadas a prevenir, controlar, rehabilitar, compensar y mitigar los impactos ambientales negativos-significativos señalados en el Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos a fin de la ejecución del proyecto evaluado.	Acto administrativo susceptible de ser impugnado en sede administrativa.
Española	Declaración de Impacto Ambiental (tras el sometimiento de un procedimiento de EIA ordinario)	Determina la evaluación y la integración de los aspectos ambientales en el proyecto. Asimismo, establece las condiciones para la adecuada protección del medio ambiente durante todas las etapas del proyecto.	Informe preceptivo y determinante. No será recurrible.
Española	Informe de Impacto Ambiental (tras el sometimiento de un procedimiento de EIA simplificado)	Determina la finalización de la evaluación de impacto ambiental simplificada. Podría establecer o bien que: (i) el proyecto no tiene efectos adversos significativos; (ii) el proyecto debe someterse a una evaluación de impacto ambiental ordinaria; (iii) no es posible el dictamen de una resolución al no tener elementos de juicio suficientes.	Informe preceptivo y determinante. No será recurrible.

Nota. Elaboración propia.

Por su parte, en relación a los planes y programas, mientras que la regulación peruana determina que el procedimiento de evaluación ambiental estratégica culmina con la emisión del Informe Ambiental de la Evaluación Ambiental Estratégica, la española precisa que se concluye o bien con la disposición de una Declaración Ambiental Estratégica, de haberse sometido a un procedimiento de EAE ordinario, o con un Informe Ambiental Estratégico, de haberse sometido a un procedimiento de EAE simplificado.

El siguiente cuadro detalla los alcances de cada uno de ellos.

Tabla 7*Alcances que determinan la culminación del procedimiento de EAE*

Legislación	Instrumento mediante el cual se culmina el procedimiento de EAE	Alcances	Naturaleza jurídica
Peruana	Informe de la Evaluación Ambiental Estratégica	Incluye recomendaciones que son materia de seguimiento y control por parte de la Autoridad Ambiental. Asimismo, el referido documento orientará los procesos de la toma de decisiones a fin de prevenir daños al ambiente durante la ejecución de las PPP.	Informe preceptivo. No es objeto de impugnación.
Española	Declaración Ambiental Estratégica	Contendrá una exposición de hechos, los resultados de la información y consulta pública, los resultados de las consultas transfronterizas y las condiciones finales que deberán ser incorporadas en el plan o programa.	Informe preceptivo. No es objeto de impugnación
Española	Informe Ambiental Estratégico	En él, se establecerán los resultados de las consultas realizadas. Asimismo, se resolverá, o bien que el plan o programa bajo evaluación deberá someterse a una EAE ordinaria, o no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente.	Informe preceptivo. No es objeto de impugnación.

Nota. Elaboración propia.

Dicho esto, el presente acápite estudiará las etapas del proceso de evaluación ambiental de proyectos y ofrecerá un breve análisis comparativo entre las regulaciones estudiadas.

B) Respecto de la elaboración de instrumentos de gestión ambiental

Ambos ordenamientos establecen que la primera etapa consta de la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental. Éste deberá ser realizado y suscrito o bien por profesionales que posean la capacidad técnica⁹⁰, o bien por consultoras ambientales⁹¹.

⁹⁰ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 16. 12 de diciembre del 2013 (España).

⁹¹ Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 50. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

En cualquiera de los casos, éstos asumen, junto con el titular o el promotor del proyecto, una responsabilidad solidaria.

De igual modo, ambos ordenamientos sancionan con rigurosidad la manipulación dolosa, el ocultamiento o la falsedad de la información que, en los referidos documentos, queden consignados: Por un lado, la legislación española establece que constituirá una infracción grave “la ocultación de datos, su falseamiento o manipulación maliciosa en el procedimiento de evaluación”⁹², lo que conlleva no sólo a una sanción pecuniaria, sino, en caso de haberse generado un perjuicio a la Administración Pública o al medio ambiente, la reposición de la realidad física al estado anterior a la iniciación de las obras del proyecto en cuestión.

Por su parte, la regulación peruana determina como infracción muy grave el suministro de información, documentación o declaración falsa o fraudulenta en el marco de la realización de un instrumento de gestión⁹³. De haberse realizado alguna labor que, sustentada en la referida información falsa o fraudulenta, recayese sobre el medio ambiente o sobre sus componentes, la Autoridad estará facultada a disponer las medidas preventivas que considere pertinentes⁹⁴.

C) Respecto de las consultas a las Administraciones y la emisión de informes técnicos

La Autoridad Ambiental, a efectos de recaudar información a fin de motivar su decisión, tiene la potestad de solicitar a las diversas entidades públicas la emisión de informes técnicos. Por ejemplo, en el caso peruano, de incidir un proyecto en la zona

⁹² Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 55, inciso 3, literal b). 12 de diciembre del 2013 (España).

⁹³ Resolución del Consejo Directivo N.º 016-2022-OEFA/CD. Artículo 8 y 9. 30 de junio del 2022 (Perú).

⁹⁴ Resolución de Consejo Directivo N.º 006-2019-OEFA-CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión. Artículo 28. 17 de febrero del 2019 (Perú).

de amortiguamiento de un Área Natural Protegida (ANP), se requerirá la opinión técnica del Servicio Nacional de Áreas Natural Protegidas (SERNANP)⁹⁵; o de pronto, a efectos de la realización de proyectos de exploración minera, se requerirá un dictamen del Ministerio de Cultura (MINCUL) donde se garantice la inexistencia de restos arqueológicos en la zona de influencia⁹⁶. Es en esta etapa donde rigen los principios de colaboración, transparencia, inter-operabilidad administrativa, cooperación y asistencia⁹⁷.

La regulación española, por otro lado, dispone que será el *órgano sustantivo*⁹⁸ el encargado de consultar a las Administraciones Públicas afectadas sobre los posibles efectos del proyecto y el respectivo análisis de los mismos.

Dicho esto, entre los informes que deberán expedirse, destacan: (i) informes sobre el patrimonio cultural; (ii) informes del órgano con competencias en materia ambiental de la Comunidad Autónoma donde se ubica el proyecto; (iii) opiniones

⁹⁵ Decreto Supremo N.º 038-2001-AG, Aprueban Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Artículo 116 (Perú).

⁹⁶ Decreto Supremo N.º 011-2022-MC, Decreto Supremo que aprueba el reglamento de Intervenciones Arqueológicas. Artículo 32 (Perú).

⁹⁷ Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 87. 25 de enero del 2019 (Perú).

⁹⁸ Órgano sustantivo: órgano de la Administración pública que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto, o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, salvo que el proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia la ostenten distintos órganos de la Administración pública estatal, autonómica o local, en cuyo caso, se considerará órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella.

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 5, inciso 1, literal d). 12 de diciembre del 2013 (España).

sobre planificación hidrológica; (iv) opiniones sobre el dominio público marítimo-terrestre; (v) informes sobre impactos radiológicos, entre otros⁹⁹.

D) Respecto de la participación ciudadana

La participación ciudadana, en lo que concierne a cuestiones ambientales, se funda en los alcances del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

En él, se reconoce que la participación de los ciudadanos resulta importante para la toma de decisiones que recaigan sobre el medio ambiente o la gestión de sus recursos. Asimismo, enfatiza que toda persona debe tener acceso a la información que refiera al aludido bien jurídico y que, para ello, las Autoridades deberán viabilizar los mecanismos correspondientes.

Por otro lado, es pertinente citar lo que, en su último Informe, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) detalló:

(...) La atención a la equidad y la participación amplia y significativa de todos los actores relevantes en la toma de decisiones a todas las escalas pueden generar confianza social, la cual se basa en la distribución equitativa de los beneficios y las cargas de la mitigación, lo que profundiza y amplía el apoyo a los cambios transformadores (...)¹⁰⁰.

En ese sentido, la regulación peruana dispone que la participación ciudadana será ejercida en todas las etapas del proceso de evaluación de impacto ambiental. Ésta

⁹⁹ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 37. 12 de diciembre del 2013 (España).

¹⁰⁰ IPCC, 2023: Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023. p. 31.

es considerada como un medio dinámico, flexible e inclusivo que, orientado está, al intercambio de información, al diálogo, a la construcción de consensos y, por ende, a la toma de mejores decisiones¹⁰¹.

A su vez, en atención al Principio 22 de la ya citada Declaración de Río, la Ley del SEIA prevé la salvaguarda de los derechos de las comunidades campesinas y nativas por medio de la participación efectiva de sus pobladores¹⁰². Finalmente, determina que las acciones de participación serán manifestadas mediante la realización de audiencias públicas donde, por un lado, se promueva la intervención de ciudadanos y grupos de interés¹⁰³; y, por el otro, se otorgue al titular la oportunidad de exponer los detalles de la actividad propuesta.

La legislación española, por su parte, consagra los mecanismos y las implicancias de la participación ciudadana en la Ley 27/2006, del 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente¹⁰⁴. En ella, se establece que las Administraciones Pùblicas garantizarán que: (i) se informe al público y a los grupos de interés sobre los alcances de los proyectos, planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente; (ii) se aseguren los conductos idóneos de la participación pública y se tomen en cuenta sus resultados al momento

¹⁰¹ Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 68. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

¹⁰² Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Artículo 71. 25 de setiembre del 2009 (Perú).

¹⁰³ Decreto Supremo N.º 002-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales. Artículo 34. 17 de enero del 2009 (Perú).

¹⁰⁴ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Artículo 3, inciso 2, literal e. 19 de junio del 2006. (España).

de adoptar una decisión; y (iii) se pongan a disposición los medios y las acciones pertinentes para informar a la ciudadanía los alcances de la resolución emitida¹⁰⁵.

E) Respecto de la necesidad de regular las consultas transfronterizas en el ordenamiento jurídico peruano

Antes de continuar exponiendo las etapas finales del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, es necesario poner los reflectores en una disposición que, en el marco de un periodo de consulta, consideramos pertinente: Se trata de las consultas transfronterizas.

En ese marco, las disposiciones españolas responden al Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio Espoo), cuyo artículo segundo establece que: “Las partes, individual o conjuntamente, tomarán las medidas necesarias para prevenir, reducir y combatir cualquier impacto transfronterizo perjudicial importante que las actividades propuestas puedan tener sobre el medio ambiente”. A efectos de la identificación y la adopción de acciones preventivas de los impactos ambientales transfronterizos, se prevén los siguientes regímenes:

- Consultas a otros Estados en los procedimientos de evaluación ambiental¹⁰⁶: Éstas se realizan cuando la ejecución de un proyecto, plan o programa nacional es susceptible de afectar significativamente los componentes ambientales de otro Estado. El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación es el encargado de notificar, a más tardar, cuando se inicie el

¹⁰⁵ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Artículo. 16. 19 de junio del 2006 (España).

¹⁰⁶ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 49. 12 de diciembre del 2013 (España).

trámite de información pública, a ese otro Estado a fin de que se pronuncie sobre su intención de participar en el procedimiento de evaluación ambiental. Las observaciones formuladas por las Autoridades Ambientales y el público del Estado afectado se tendrán en consideración al emitir la Declaración Ambiental Estratégica o la Declaración de Impacto Ambiental. Finalmente, se correrá traslado al Estado afectado la resolución por la que se formula la Declaración Ambiental Estratégica del plan o programa, o la Declaración de Impacto Ambiental, del proyecto.

- Consultas de otros Estados en sus procedimientos de Evaluación Ambiental¹⁰⁷: Éstas se realizan cuando un Estado notifica al Reino de España que un plan, programa o proyecto podría afectarlo ambientalmente. Ante ello, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación, previa consulta a la Autoridad Ambiental, informará al otro Estado sobre la intención de participar en la evaluación ambiental y, a sus efectos, solicitará a sus Autoridades información pertinente sobre el mismo. Posteriormente, se realizarán las consultas a las Administraciones Públicas competentes y al público interesado para, luego, remitir sus resultados al Estado de origen. Finalmente, cuando se reciba la decisión final, ésta se hará pública.

La regulación peruana, por su parte, no ha establecido un régimen específico sobre la consulta y la participación en caso de determinar que un proyecto, plan, programa o política pública, sea susceptible de generar impactos ambientales transfronterizos. Este vacío regulatorio, a nuestro juicio, acarrea una transgresión a

¹⁰⁷ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Artículo 50. 12 de diciembre del 2013 (España).

las disposiciones de la política exterior en materia ambiental¹⁰⁸, donde se determina que el Estado se regirá, entre otros, por los siguientes lineamientos: (i) La promoción y defensa de los intereses del Estado en armonía con la Política Nacional Ambiental y los principios consagrados en la Ley General del Ambiente; (ii) el respeto a la soberanía de los Estados sobre sus respectivos territorios para conservar, administrar, poner en valor y aprovechar sosteniblemente sus recursos naturales; (iii) la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales globales, regionales y sub-regionales; y (iv) la cooperación internacional destinada al manejo sostenible de los recursos naturales manteniendo las condiciones óptimas de los ecosistemas y del ambiente a nivel transfronterizo.

A su vez, este vacío no sólo trasgrede el amparo del principio de prevención, de sostenibilidad, de precaución y de responsabilidad, sino también, ignora las disposiciones consagradas en los dos instrumentos internacionales más importantes del Derecho Ambiental, que son la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente adoptada en 1972, y la ya citada Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo adoptada en 1992: En el primero, el Principio 21 estipula que:

(...) los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados (...)".

En el segundo, el Principio 19 precisa que:

"Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que resulten afectados por

¹⁰⁸ Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente. Artículo 12. 15 de octubre del 2005. (Perú).

actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos (...)".

Es importante reiterar que este vacío genera especial preocupación, más aún, en un contexto de emergencia climática. Surgen, por lo pronto, las siguientes interrogantes: (i) ¿Bajo qué elementos y parámetros se clasificaría a una actividad o una PPP que sea susceptible de generar impactos ambientales transfronterizos?; (ii) ¿Cómo se evaluaría un proyecto de inversión o una PPP con estas características? (iii) ¿Cómo se ordenaría la aplicación de las medidas de prevención, compensación, restauración, reparación y rehabilitación de los efectos ambientales transfronterizos? (iv) ¿Cómo se efectuarían las medidas de seguimiento y control que recaerían en otro Estado?; (v) ¿Cómo se vería afectada las competencias de fiscalización ambiental?

Dicho esto, consideramos que la legislación española y los instrumentos del Derechos Internacional que han sido citados, deben ser el norte a fin de remediar esta ausencia regulatoria.

F) La Evaluación Técnica y la Resolución

Luego de la etapa de consultas, ambas regulaciones establecen los alcances del análisis técnico del expediente presentado. En esta etapa, la Autoridad podrá solicitar mayor información, o bien al titular del proyecto, o a las Autoridades cuya opinión incida en la decisión. La Autoridad evaluará los respectivos instrumentos de gestión, el resultado de las consultas públicas, los informes técnicos-jurídicos de las diversas entidades, etc.

Considerando los elementos referidos, la Autoridad emitirá, bajo las disposiciones peruanas, la Certificación Ambiental para proyectos, o el Informe Ambiental de la Evaluación Estratégica Ambiental para programas, planes o políticas públicas. Por su parte, bajo las disposiciones españolas, se dispondrá o bien: (i) la

Declaración de Impacto Ambiental para proyectos supeditados a una evaluación ordinaria; o (ii) el Informe de Impacto Ambiental para los supeditados al procedimiento simplificado; o (iii) la Declaración Ambiental Estratégica para planes o programas sometidos a una evaluación ambiental estratégica ordinaria; o (iv) el Informe Ambiental Estratégico para planes y programas sometidos al procedimiento estratégico simplificado.

A su vez, la regulación española, como se mostró en la Tabla N.^º 7, determina que ninguna de estas resoluciones serán objeto de impugnación. Por el contrario, la legislación peruana, ante la eventual denegación de la Certificación Ambiental, se tendrá la facultad de objetar la decisión.

Finalmente, es meritorio acotar los alcances publicitarios que cada marco regulatorio otorga a las resoluciones estudiadas: La legislación española establece la obligatoriedad, en todos los casos, de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La peruana, por su parte, únicamente determina el carácter público de la documentación incluida en el expediente de evaluación de impacto ambiental, mas no dispone una publicación masiva en el diario de mayor circulación de la provincia afectada o, en atención a la trascendencia nacional, en el Diario Oficial.

III. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL Y LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO REGULATORIO: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

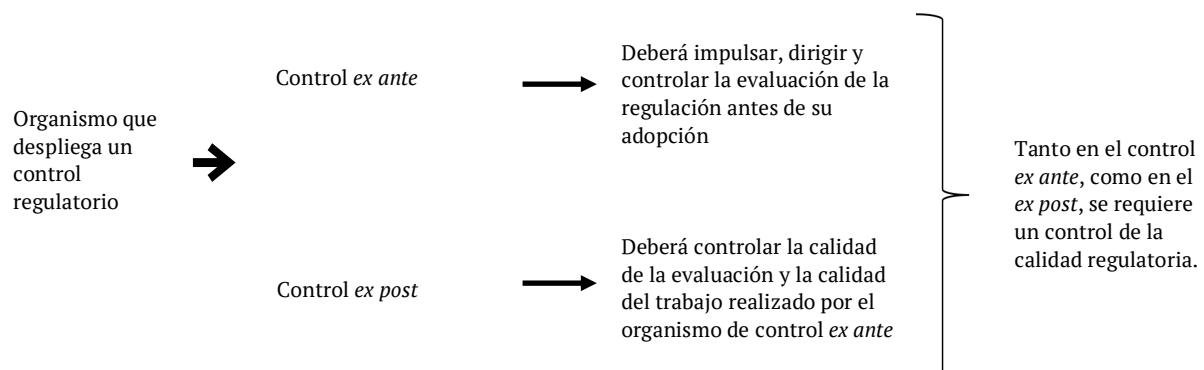
Finalmente, consideramos pertinente culminar este artículo estableciendo una analogía entre la evaluación ambiental y la del impacto regulatorio. La originalidad de esta idea no es creación nuestra, sino la del Profesor Andrés Betancor, catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Pues bien: Como se ha estudiado a lo largo del presente trabajo, la evaluación de impactos ambientales constituye una herramienta destinada, mediante la

identificación de riesgos, a prevenir aquellos impactos, negativos-significativos, que sean susceptibles de recaer en el medio ambiente. Por su parte, la Evaluación de Impacto Regulatorio (RIA) es el instrumento que evalúa el cumplimiento de los principios de la Política de Calidad Regulatoria (PQR)¹⁰⁹, los mismos que se fundan en: (i) subsidiariedad; (ii) proporcionalidad; y (iii) claridad. En ese sentido, una regulación de calidad acarrearía las siguientes características: Será estrictamente imprescindible; será proporcional; enaltecerá el principio de favor *libertatis*; y será mínima y necesaria para alcanzar los objetivos de interés público¹¹⁰.

El siguiente gráfico muestra los alcances generales que, en cada fase, son tomados en cuenta en la evaluación de impacto regulatoria:

Figura 1



Nota. Elaboración propia.

Existe similitud entre la Evaluación de Impacto Regulatorio (RIA) y la Evaluación Ambiental española, precisamente, la estratégica. La EAE, como se estudió, tiene por finalidad asegurar que los aspectos ambientales se valoren a fin de

¹⁰⁹ En el trabajo realizado por el Profesor Betancor, la Política de Calidad Regulatoria lo denomina “PQR” por sus siglas y considerando a la letra “Q”, como el símbolo universal de calidad.

¹¹⁰ Betancor, 2007, pp. 228-229.

integrarlos en los planes o programas que sean aprobados. Asimismo, los mecanismos que, respecto del plan o programa propuesto, intervienen en la aludida evaluación están dirigidos a: (i) determinar el problema cuya solución se persigue con la medida propuesta; (ii) definir sus objetivos; (iii) evaluar la idoneidad de la medida elegida; (iv) ejecutar consultas a los interesados; (v) ofrecer medios a fin de que el promotor examine los resultados; (vi) establecer los alcances de la decisión. La emisión de la Declaración Ambiental Estratégica, por lo tanto, valorará el alcance de la integración de los aspectos ambientales que, finalmente, deberán ser adoptados.

En relación a la RIA, por su parte, será el órgano competente para la aprobación de una propuesta regulatoria el que traducirá, operativamente, los juicios de mejora que sean identificados en los diversos procesos de evaluación. De esta manera, los elementos que se consideren idóneos serán insertados en la regulación definitiva. Ante ello, el autor plantea la importancia de un órgano independiente facultado para examinar, conforme las directrices de la PQR, las propuestas regulatorias y su posterior retroalimentación. Esto último, asimismo y conforme con las disposiciones españolas, tendría también una similitud con la EAE, en cuanto a la separación entre el órgano promotor y el ambiental¹¹¹.

Este esquema comparativo, consideramos, debe ser tomado en cuenta a fin de que la legislación peruana llene los vacíos referidos a la EAE que, como se ha demostrado, es débil e ineficiente. Su atención es crucial, más aún, en un contexto donde las políticas ambientales internas de los Estados son las que, de ser eficaces,

¹¹¹ Betancor, 2007, pp. 268-273.

podrán, por un lado, oponerse a los efectos de la emergencia climática; y, por el otro, dar viabilidad al aumento de la resiliencia y la disminución de la vulnerabilidad¹¹².

IV. CONCLUSIONES

Tras haber realizado un estudio general sobre la regulación de la evaluación de impacto ambiental, podemos destacar las siguientes conclusiones:

La evaluación de impacto ambiental constituye un procedimiento administrativo que se basa en la medición de riesgos. Su objetivo es proteger al medio ambiente frente a posibles impactos ambientales, negativo-significativos, derivados de los proyectos sectoriales.

El marco regulatorio materia de estudio se funda en el deber positivo del Estado. Por medio de éste y en atención al principio preventivo, las instituciones públicas están llamadas a, por un lado, abstenerse de realizar actos que afecten al medio ambiente; y, por el otro, a imponer regulaciones a fin de protegerlo.

Los primeros antecedentes en cuanto a la evaluación de impacto ambiental en Perú fueron dispuestos en el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de 1990.

El presente trabajo propone dotar los principios que abarcan el procedimiento de la evaluación de impacto ambiental con la fuerza jurídica que éste exige. En atención a ello, sugerimos consagrarlos en una norma con rango de Ley, por lo que advertimos la necesidad de modificar la Ley del SEIA.

¹¹² Al respecto, sugiero la lectura del trabajo del Profesor Antonio Fortes, en relación con el novedoso enfoque del sistema administrativo del clima, que deberá estar orientado al aumento de la resiliencia y la disminución de la vulnerabilidad. En: Fortes, Antonio. (2025). El sistema administrativo del clima. Editorial Dykinson.

En atención a las garantías que, en el marco de un procedimiento administrativo, deben ser atendidas a favor del administrado, recomendamos que la Ley del SEIA adopte también los principios pertinentes de la LPAG.

Consideramos la necesidad de adoptar el principio de “Actuación de acuerdo al mejor conocimiento posible”, a fin de dar atención al imperativo científico y a las nuevas tecnologías en el marco de la estudiada evaluación.

Exhortamos, en aras de la objetividad y la seguridad jurídica, consagrar el principio de proporcionalidad en la Ley del SEIA. En atención a él, el titular del proyecto tendrá noción de qué instrumento de gestión presentar y a cuál de los procedimientos someterse. A su vez, debe tenerse en cuenta que éste constituye una herramienta a fin de interdecir la arbitrariedad.

Sugerimos que las Fichas Técnicas Ambientales (FTA), estén, en todos los sectores, sometidas a un procedimiento administrativo de evaluación previa. Esto, a fin de enaltecer el principio preventivo y la seguridad jurídica. Asimismo, recomendamos que, en atención al carácter garante del procedimiento administrativo, estén sometidas al silencio positivo. Por último, proponemos homogeneizar los plazos máximos de aprobación en todos los sectores.

En el marco de la regulación española, las Declaraciones Responsables y las Comunicaciones previas no han estado exentas de críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia. La experiencia evidenció que la seguridad jurídica se veía amenazada.

A diferencia de la peruana, la regulación española establece dos procedimientos distintos de evaluación de proyectos, la ordinaria y la simplificada, que responden a sus características y a los posibles impactos ambientales que éstos son susceptibles de generar. El principio de proporcionalidad, en este marco, cobra protagonismo.

En relación a la Evaluación Ambiental Estratégica, sugerimos que, en aras del principio de proporcionalidad, la legislación peruana adopte, como en la evaluación de proyectos, diversos regímenes e instrumentos en función de los impactos previstos y las condiciones de cada PPP.

La regulación de la EAE peruana adolece de vacíos: Entre ellos, se destaca la indeterminación de los alcances para una modificación o una actualización de una PPP. Asimismo, omite establecer un plazo de vigencia del Informe Ambiental de la EAE.

En atención a las disposiciones de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente, de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y de la política exterior en materia ambiental, exhortamos el diseño de un pronto marco regulatorio referente a las consultas transfronterizas.

Finalmente, la Evaluación Ambiental Estratégica española, conforme la tesis planteada por el Profesor Betancor, tiene similitud con la Evaluación del Impacto Regulatorio. Estas implicancias, consideramos, deben ser tomadas en cuenta a fin de que la legislación peruana llene los vacíos referidos a la EAE.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

Betancor, Andrés (2009). Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios.

Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Black, Julia. (2010). Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt. *OECD Reviews Of Regulatory Reform RISK AND REGULATORY POLICY IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK*, pp. 187-224.
https://www.oecd.org/en/publications/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en.html

Bounds, Gregory. (2010). Challenges to Designing Regulatory Policy Frameworks to Manage Risks. *OECD Reviews Of Regulatory Reform RISK AND REGULATORY POLICY IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK*, pp. 15-38. https://www.oecd.org/en/publications/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en.html

Chinchilla, Juan Antonio (2020). ¿La declaración responsable como nuevo paradigma de control en el ámbito urbanístico? Anuario de Derecho Municipal (Número 14), pp. 135-166.

Fajardo, Teresa (2024). La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo. Dykinson S.L.

Fisher, Elizabeth. (2010). Risk Regulatory Concepts and the Law. *OECD Reviews Of Regulatory Reform RISK AND REGULATORY POLICY IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK*, pp. 47-94. https://www.oecd.org/en/publications/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en.html

IPCC, (2023). Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf

Loperena Demetrio (1998). Los principios del Derecho Ambiental. Civitas Ediciones, S.L.

Lozano, Blanca (2022). Administración y Legislación Ambiental. Actualizado y Adaptado al EEES. Dykinson S.L.

Muñoz Machado, Santiago (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo VI. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. En: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-69

Parejo, Luciano. (2015). Cambio Climático, riesgo global, innovación y Derecho. En Parejo, Luciano (Dir), *El Derecho ante la Innovación y los Riesgos Derivados del Cambio Climático*. Editorial Tirant Lo Blanch.

García Ureta, Agustín (2014). Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental. *Revista de Administración Pública*. (Número 194). Pp. 317-371.

Fortes, Antonio. (2025). El sistema administrativo del clima. Editorial Dykinson.

Huapaya, Ramón (2019). El proceso contencioso-administrativo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Huapaya, Ramón (2015). El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais*. (Número 1. Volumen 2), pp. 137-165.

Ruiz de Apodaca, Ángel María. (2018). Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos. *Ambienta: La revista del Ministerio del Ambiente*. (Número 123). pp. 84-97.

Garrido, Lidia (2014). El riesgo ambiental. Editorial Ubijus y Editorial Reus.

1. DE INSTITUCIONES Y ORGANISMOS

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2025, 21 de octubre). *Senace en cifras. Portal interactivo de certificaciones ambientales. Expedientes ingresados. Datos actualizados al 30 de setiembre de 2025*.

<https://www.senace.gob.pe/senace-en-cifras/portal-interactivo-de-certificaciones-ambientales/#certificaciones>

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2025, 21 de octubre). *Senace en cifras. Portal interactivo de certificaciones ambientales. Expedientes resueltos. Datos actualizados al 30 de setiembre de 2025.*
<https://www.senace.gob.pe/senace-en-cifras/portal-interactivo-de-certificaciones-ambientales/#certificaciones>

Ministerio de Energía y Minas (2025). Anuario Minero 2024. Reporte Estadístico.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8155729/6827926-anuario-minero-2024-minem.pdf?v=1749053631>

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2025, 20 de octubre). *Discurso del Secretario General sobre la Acción por el Clima “El momento oportuno para impulsar la era de la energía limpia” [tal y como se pronunció].*
<https://www.un.org/es/content/sg/statement/2025-07-22/secretary-generals-remarks-climate-action-moment-of-opportunity-supercharging-the-clean-energy-age-delivered-scroll-down-for-all-french>

Ministerio del Ambiente (2024). *Proyecto de Presupuesto 2025. Sector Ambiental.*
https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2024/Presupuesto/files/pagina_web/sectores/ambiente/presentación_ambiente.pdf

Banco Central de Reserva del Perú (BCR). (2025, 21 de octubre). *Series anuales. Producto Bruto Interno por sectores productivos (millones S/ de 2007).*
<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/anuales/producto-bruto-interno-por-sectores-productivos-mill-soles-del-2007>

2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 64/1982, 4 de noviembre de 1982.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 13/1998, de 22 de enero de 1998.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 50/1995, de 23 de febrero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo Español N.º 293/2023, del 8 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 113/2019, de 31 de octubre de 2019.

3. JURISPRUDENCIA PERUANA

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 4223-2006-PA/TC, 2 de junio del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 03510-2003-AA/TC, 13 de abril del 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 1206-2005-PA/TC, 20 de abril del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 012-2019-PI/TC, 16 de junio del 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 01-2012-PI/TC, 17 de abril del 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N.º 9340-2006-PA/TC, del 29 de noviembre del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N.º 1757-2007-PA/TC, del 30 de noviembre del 2009.

Marco comparativo entre la regulación de la evaluación ambiental peruana con la española:
Deficiencias, similitudes y oportunidades de cambio

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N.º 00351-
2024-PC/TC, del 12 de diciembre del 2024.

Pleno Jurisdiccional. Sentencia 88/2025, del 25 de febrero del 2025.

Resolución de Presidencia Ejecutiva N.º 00054-2019-SENACE/PE, del 14 de junio del
2019.

Por:
Washintong Luis
Bravo Montalvo *

*LA PENSIÓN VITALICIA EX-PRESIDENCIAL:
CRÍTICA DE SU APLICACIÓN EN EL PERÚ*

Resumen

La pensión o prestación económica periódica otorgada a una persona por motivos como la jubilación, es una figura pensional que corresponde a la seguridad social, empero con orígenes cercanos al derecho laboral, y propiamente, de la calidad de trabajo y trabajador. En este contexto, previa revisión de la historia y de sus antecedentes en el Perú como en el derecho comparado, que motivaron en 1995, la instauración de la pensión vitalicia para los expresidentes constitucionales, mediante Ley N° 26519, el objetivo de este trabajo, es determinar si la pensión vitalicia, como tal, constituye un derecho derivado de la actividad laboral que presta un presidente de la República a la Nación, o si, por el contrario, se trata de un simple reconocimiento a la dignidad presidencial; independientemente, de si ésta, haya sido puesta en tela de juicio o resquebrajada, como consecuencia del desempeño funcional del beneficiario durante su mandato presidencial. Nos interesa saber, cuál ha sido el derrotero que ha seguido este “derecho” o “beneficio” y si, de alguna manera, ha respondido al espíritu que orientó la ley. Así, estudiaremos la naturaleza jurídica de la pensión vitalicia, y su cercana correspondencia con el derecho laboral y abordaremos, asimismo, la figura del expresidente de la República y su relación con la calidad de trabajador, coadyuvante de la generar un derecho pensionario, pero también con la actividad, propiamente, de gobierno, en el marco de la administración pública, y, finalmente, revisaremos, si la pensión vitalicia debiera ser correspondiente con la dignidad presidencial.

* Abogado, egresado de Maestría en Derecho Empresarial UNPRG, ex. Director Regional de Trabajo.
Wluisbravo@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1254-369X>

Abstract

The pension or periodic economic benefit granted to a person for reasons such as retirement is a pension benefit that falls under social security, although its origins are closely related to labor law, and specifically to the nature of work and the worker. In this context, after reviewing its history and antecedents in Peru and in comparative law, which led to the establishment of a lifetime pension for former constitutional presidents in 1995 through Law N°. 26519, the objective of this work is to determine whether the lifetime pension, as such, constitutes a right derived from the work performed by a president of the Republic for the nation, or whether, on the contrary, it is simply a recognition of presidential dignity; regardless of whether this dignity has been called into question or undermined as a consequence of the beneficiary's performance during their presidential term. We are interested in knowing what path this "right" or "benefit" has taken and whether, in any way, it has responded to the spirit that guided the law. Thus, we will study the legal nature of the lifetime pension, and its close correspondence with labor law and we will also address the figure of the former president of the Republic and his relationship with the quality of worker, contributing to the generation of a pension right, but also with the activity, properly, of government, within the framework of public administration, and, finally, we will review whether the lifetime pension should correspond to the presidential dignity.

Palabras clave: Presidencia, derecho, pensión

Keywords: Presidency, law, pension

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. 1. APROXIMACIONES DE LA PENSIÓN EX-PRESIDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO. 2. LA PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN EX-PRESIDENCIAL A PARTIR DEL EJEMPLO NORTEAMERICANO. 3. EL ESCÁNDALO ENRIQUE MEIGGS. **II. DESARROLLO.** 1. ORIGEN DE LAS PENSIONES. LAS PENSIONES VITALICIAS. 2. LA PENSIÓN DERIVADA DEL TRABAJO. 3. LAS PRIMERAS PENSIONES VITALICIAS. LAS ACTUALES PENSIONES DE GRACIA. 4. LA PENSIÓN VITALICIA DERIVADA DE LA CONDICIÓN DE EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. NATURALEZA JURÍDICA. 5. LOS OTROS PRIVILEGIOS ADICIONALES A LA PENSIÓN DE UN EXPRESIDENTE. 6. LA LÓGICA PARA OTORGAR LA PENSIÓN VITALICIA A UN EXPRESIDENTE: LA DIGNIDAD. EL EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA CON HONESTIDAD Y HONRADEZ. A) La dignidad. 7. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PENSIONES EX-PRESIDENCIALES: LA LEY N° 26519. 8. LA LEY N° 26519: ¿VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD? LA PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN. 9. RELACIÓN ENTRE FUNCIÓN PRESIDENCIAL, DURACIÓN DEL PERÍODO PRESIDENCIAL Y PAGO DE PENSIÓN VITALICIA EX-PRESIDENCIAL. 10. MANTENIMIENTO O DEROGACIÓN DE LAS PENSIONES VITALICIAS EX-PRESIDENCIALES. A) Argumentos en contra de la pensión ex-presidencial. B) Argumentos a favor de la pensión ex-presidencial. C) La racionalidad de la supresión de la pensión ex-presidencial. D) La modificación parcial de la Ley N° 26519. E) La derogatoria de la Ley N° 26519. **III. CONCLUSIONES.** **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

1. APROXIMACIONES DE LA PENSIÓN EX-PRESIDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO

A nivel de Sudamérica, en Chile, es la misma Constitución la que establece que el expresidente tiene una asignación mensual de 9.349.851 pesos chilenos, unos US\$ 12.400 dólares; en Colombia, regulada por la Ley N° 48 de 1962, la Ley N° 83 de 1968 y la Ley N° 53 de 1978, la pensión equivale a la asignación mensual que por todo concepto corresponda a los senadores y representantes, unos US\$ 9.600 dólares; mientras que en Bolivia, merced a la Ley N° 376, de 15 de mayo de 2013, que fija el otorgar un Reconocimiento Pecuniario a Ciudadanas y Ciudadanos que ejercieron la

Presidencia y Vicepresidencia Constitucional del Estado, se paga una pensión equivalente a 10 salarios mínimos nacionales mensuales. El Ecuador, por disposición del artículo 135 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), paga una mensualidad vitalicia a todos sus mandatarios equivalente al 75% de la remuneración vigente (unos US\$ 4,000 dólares), y el Paraguay, por Ley N° 855, concede a los expresidentes de la República una pensión mensual vitalicia igual al sueldo establecido para el cargo de Presidente de la República, es decir, la suma de US\$ 4,738 dólares.

Argentina, a su vez, también pensiona a sus expresidentes, asignándoles conforme al artículo 1 de la Ley N° 24.018, un monto similar a lo que cobra un juez de la Corte Suprema, es decir, un aproximado de US\$ 4.500 dólares, beneficio que se extiende también a sus vicepresidente, mientras que el Uruguay, resulta ser uno de los países de excepción dado que desde 1996, los expresidentes se jubilan bajo el mismo régimen que cualquier persona, aunque debe citarse que, hasta antes de ese año, los presidentes se jubilaban con el 85% del salario de presidente; en Brasil también se sigue la misma línea pues, desde 1986 los expresidentes no reciben pensiones mensuales vitalicias, aunque sus viudas/os tienen derecho a una pensión vitalicia por el valor del salario estatal más alto, que es el de los jueces del Supremo Tribunal Federal (actualmente, de unos US\$ 12.200).

En Centroamérica, Costa Rica según la Ley de Pensiones para Expresidentes N° 313, otorga a sus expresidentes una pensión mensual equivalente a ₡4 millones mensuales de colones, estipulando a su vez el artículo 16 de la Ley del Régimen General de Pensiones, el derecho de éste de disfrutar de una pensión mensual igual al ingreso de un diputado (dietas y gastos de representación), a partir del mes inmediato siguiente a la finalización del período presidencial correspondiente. Nicaragua desde 1990 a través del artículo 2 de la Ley N° 83, Ley de Inmunidad, además de la inmunidad propiamente dicha, concede a sus ex mandatarios una pensión vitalicia equivalente al

salario que devengue el Presidente y VicePresidente de la República en ejercicio, respectivamente, ascendente en la actualidad a unos US\$ 3,200 dólares; mientras que en Guatemala, si bien es cierto el expresidente no tiene derecho a pensión vitalicia, al dejar el cargo y como retribución al trabajo realizado, puede desempeñarse como diputado del Parlamento Centroamericano por cuatro (04) años. Finalmente, en El Salvador, Panamá y México, no se pagan pensiones a expresidentes, aunque debe citarse que, en este último país, se hace en efectividad de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por cuanto, cuando se encontraba vigente (1976 hasta el 2018) sucedía algo similar: Cada expresidente, percibía de US\$ 10.250 mensuales.

Como se verá, en Sudamérica como en Centroamérica, otorgar pensiones a sus expresidentes, parece ser la regla general que aplican los países democráticos, siguiendo la impronta de los Estados Unidos, con arreglo a lo establecido en la Former Presidents Act de 1958 y sus modificaciones.

En cuanto a Europa, España acuña este beneficio en el llamado Estatuto de los Expresidentes del Gobierno, que se encuentra regulado en el Real Decreto 405/1992, estableciendo que tendrá derecho a recibir un sueldo de por vida, un promedio de 79.336 euros brutos al año. En Alemania, según la "Ley sobre pensiones del Presidente federal" de 1953, un jefe de Estado percibe, tras el cumplimiento de su mandato y de forma vitalicia, una pensión que actualmente asciende a 199.000 euros; en Francia, el artículo 19 de la Ley N° 55-366, del 3 de abril de 1955 dispone que el expresidente también recibe una pensión vitalicia anual igual al salario bruto de un Consejero de Estado en servicio ordinario, unos 5,200 euros; mientras en Inglaterra, sus ex primeros ministros, si bien no tienen una pensión específica, si son beneficiados con una

asignación a la que pueden acogerse para cubrir los gastos derivados de sus funciones, con un límite máximo de 115.000 libras esterlinas anuales en el ejercicio 2023/24.

2. LA PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN EX-PRESIDENCIAL A PARTIR DEL EJEMPLO NORTEAMERICANO

Pues bien, a ciencia cierta, no se puede establecer el fundamento de por qué tenga que pagarse a un expresidente, una pensión vitalicia, empero talvez una de las razones sea que quien ostentara el más alto cargo al ser primer mandatario del país, debiera tener un retiro, por lo menos, digno, lo cual pareciera ser poco mas que razonable.

Ese fue el criterio que, se entiende, motivó al presidente norteamericano Dwight D. Eisenhower quien, al ver las dificultades por las que atravesaba Harry Truman para mantenerse después de dejar la Casa Blanca, aprobase en 1958, la ley del expresidente para “mantener la dignidad de la oficina del Presidente” de los EE.UU. Reflexionando en ese sentido,

[...] la pensión vitalicia se otorgaría con el razonamiento de que tales personas han dedicado gran parte de existencia productiva al servicio público y que, terminado el período de su encargo, difícilmente podrán reincorporarse a la vida activa, pública o privada. Igualmente, se presupone que quienes han ejercido la función pública con honestidad, lealtad y rectitud, escasamente tendrán recursos suficientes para mantenerse sin trabajar, por lo que al finalizar el encargo quedarán en una situación económica y laboral difícil, mereciendo ser apoyados por el país al que sirvieron. También se cavila que es inconveniente que quien ha sido depositario de datos confidenciales (incluso secretos de Estado) se coloque al servicio de compañías privadas, que pueden utilizar información de origen público para beneficio privado. Asimismo, se

dice que como un reconocimiento del Gobierno a la labor de todos aquellos que hayan ejercido el cargo de Presidente, es necesario que cuenten con los recursos económicos, prestaciones de seguridad social y servicios de apoyo suficientes para preservar su integridad e independencia económica a que tienen derecho por haber desempeñado tan honroso y alto cargo (Licona, 2008, p. 15).

Aun cuando la relación entre la política y el dinero se ha conducido por terrenos no siempre claros, como se podrá apreciar de lo vertido, el otorgamiento de pensiones vitalicias, se sustenta en justificaciones válidas, no obstante, amarradas y cohesionadas de manera firme, unas con otras, a partir de una sola vertiente: La Honestidad, virtud bajo la cual —en teoría—, el expresidente debió llevar a cabo su labor de mandatario.

Sin embargo, la realidad en nuestro país, irradiada en el espejo que significó el pasado gobierno de la presidenta Dina Boluarte, vacada por “incapacidad moral” y sobre cuya gestión pesan graves acusaciones de corrupción; la vacancia del entonces presidente Pedro Castillo, tras su “golpe de Estado”, también por “permanente incapacidad moral”, a los que se agrega su procesamiento penal por liderar una organización criminal en el entorno de su gobierno; las secuelas del caso Odebrecht, que involucra a los expresidentes Vizcarra, Humala y Toledo, como presuntos responsables de delitos, sin contar con el expresidente García, que cometió suicidio como consecuencia del cerco de la justicia; no parece dar, en absoluto, la misma solvencia de garantía que sirva como razonamiento como el que sirve a Licona. En efecto, la honestidad presidencial —por lo menos, en el Perú—, resulta, para ser específicos, la virtud menos activada, en desmedro de la corrupción, convertida en el centro medular de un determinado gobierno, cualfuere la orientación política que éste haya tenido; e incluso, al margen de quien ocupa la presidencia de la República, se trate de un hombre o mujer. Los tentáculos de la corrupción, no distingue sexos, los

hechos lo demuestran: Hayan sido de derecha, centro o de izquierda, hombres o una mujer, los gobernantes cayeron víctimas o son acusados de actos de corrupción.

Escandaloso, ¿verdad?, pero tampoco pequemos de ingenuos: No es la primera vez que el Perú ha estado, tan sometido, a actos de corrupción del más alto nivel como muchos podrían creer.

3. EL ESCÁNDALO ENRIQUE MEIGGS

Con la natural distancia del tiempo, el caso antes referido, es decir, el de Odebrecht, es casi una réplica muy patética de lo que significó, en su momento, el Escándalo Enrique Meiggs en el Perú de finales del Siglo XIX, protagonizado por quien —curiosamente—, la mayoría de los peruanos, solo solemos identificar —conforme al derrotero de la historia enseñada en la escuela— como al gran aventurero estadounidense que construyó ferrocarriles con fondos provenientes del guano; cuyo tendido de vías férreas costó, ni más ni menos, sesenta millones de soles (unos 3,200 millones de dólares actuales). Ciertamente, no ha sido sino en época de reciente data y, de hecho, no como consecuencia de los estudios ordinarios, que hemos tomado conocimiento del verdadero rol que jugó el Sr. Meiggs en el Perú y en la clase política del país, entre 1868 y 1877, período durante el cual repartió sobornos por un valor de 205 millones de dólares del día de hoy, coimeando a ministros, congresistas, jueces y dueños de periódicos para lograr su cometido. Pero, sobre todo, coimeando a Presidentes de la República.

De hacerse un estudio riguroso solamente del desempeño de los presidentes de la República que hemos tenido, estimamos, que la mayoría o, muy pocos de ellos, saldría, malherido de imputaciones de corrupción; ello tal vez porque la corrupción en el Perú, en palabras de Contreras (2013), investigador de la PUC que hace una reseña

al libro de Alfonso Quiroz “Historia de la corrupción en el Perú”¹, ya era “[...] moneda corriente antes de la llegada del sistema de la república [...]”(p. 212), durante los cuatro siglos de historia, que abarcan los últimos doscientos años del período colonial y las primeras dos centurias de vida independiente.

Aludiendo al libro de Alfonso Quiroz, fallecido escritor peruano, de mucha valía, señala que:

[...], a lo largo de siete capítulos el autor recorre la historia política y financiera del Perú, deteniéndose en los bochornosos episodios de venta de nombramientos provechosos, sobrevaluación en compras del Estado, cohecho, contrabando, fraudes financieros y electorales, pago de favores políticos con sinecuras económicas, cargos dorados en embajadas europeas, aprovechamiento personal de los puestos de poder y compra de lealtades con amenazas y favores.

Rescata, asimismo, el concepto de corrupción que imprime Quiroz a su obra, quien lo asocia con:

todo tipo de aprovechamiento personal del paso de los hombres por los puestos de poder, incluyendo la manipulación de los resultados electorales para favorecer a aliados o a sí mismos. Desfilan en su libro presidentes de la república, congresistas, ministros, sacerdotes, embajadores y líderes políticos que asediaron algunas de estas colocaciones (p. 212)

¹ Quiróz, A. Historia de la corrupción en el Perú. Editorial Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defesa Legal, 2014.

Para Góngora, otro de los analistas del libro de Quiroz, éste deja así al descubierto las corruptas administraciones virreinales del Marqués de Castelldosrius (1707-1710) y de Manuel Amat y Junyent (1761-1776), pero también los episodios

[...] más recientes de la historia de la corrupción en el Perú como los casos de los dólares MUC en el primer gobierno de Alan García (1985-1990), la fraudulenta operación de compra de aviones Mirage para el ejército y el caso del depósito irregular de las reservas en divisas del BCR en cuentas secretas destinadas al lavado de activos en el *Bank of Credit and Commerce* (BCCI). García pudo evitar ser imputado por estos cargos gracias al pago de las costosas minutas de la firma de abogados *Arnold & Porter de Washington DC*, beneficiándose de su exilio en Colombia y Francia tras el cierre, por órdenes de Alberto Fujimori, del Congreso que lo investigaba. Por la galería de destacados gobernantes corruptos desfila casi completa la lista de apellidos de los mayorazgos criollos afincados en el Perú desde tiempos de la colonia (Paz Soldán, Barreda, De Osma, Echenique, Ortiz de Zevallos, Balta, Leguía y Prado) y de no pocos aventureros de la estirpe de los caudillos militares y sus respectivos entornos de gobierno (Gamarra, Torrico, Morales Bermúdez, Cáceres, Piérola, Sánchez Cerro, Odría y Salazar Monroe) (Góngora, 2013, párr. 8.)

La primera impresión que nos da el estudio del valioso libro de Quiroz, de profunda crítica a la corrupción y a los corruptos, parece ser que, antes que virtudes, lo más notorio de todos aquellos que pisaron la Casa de Pizarro o que tuvieron oscuras relaciones con sus inquilinos, fueron los distintos grados y connotaciones de corrupción con que se vincularon, unos y otros. Sin embargo, si esto es así, reparamos ¿Por qué entonces, premiar a un exgobernante corrupto con una pensión vitalicia?

Aún incluso, pretendiendo separar la noción de corrupción de un expresidente, es decir, solo cuestionar, de manera limpia el otorgar una pensión vitalicia a todo expresidente, sea corrupto o no, estimamos que “premiar”, resultaría un término apropiado para calificar a esta especie de concesión que se hace a esta ex autoridad, a través de la pensión vitalicia; por el solo hecho de haber desempeñado la función presidencial. En efecto, “premiar” es un término no tanto exagerado, no sólo si se tiene en cuenta que no se trata de una simple y mera pensión y que, además, tiene carácter vitalicio, sino porque dentro de la estructura del sistema pensionario que regula a todos los trabajadores en el Perú, rompe esquemas y entraña discriminación.

II. DESARROLLO

1. ORIGEN DE LAS PENSIONES. LAS PENSIONES VITALICIAS

En el Perú, en la actualidad existen hasta tres clases de pensiones, claramente diferenciadas, cada una además, con su propia normatividad legal sustentatoria: Una, que deriva de la exclusiva condición que tiene una persona, como trabajador y opera y funciona, propiamente, como pensión de jubilación típica; otra, relacionada exclusivamente con la sola condición que tiene una persona de haber sido presidente de la República, la pensión ex-presidencial; y, una última, otorgada a una determinada persona, en reconocimiento a una labor que éste haya efectuado, casi siempre de trascendencia nacional e internacional y en beneficio del país.

Aunque las tres pensiones, es decir, la pensión de un extrabajador, la que percibe un expresidente, y, la de gracia, están vinculadas en su origen inicial, por un mismo trato referencial por cuanto nacieron como “gracia” —propiamente dichas— otorgadas por el Estado; solo la primera, relacionada con la realización de una actividad de trabajo en específico —connotación que resulta ser la característica que las distingue de las demás— fue consolidándose como un derecho, y después como una

exigencia, con lo que así, solo las pensiones del expresidente como la de gracia, mantienen su originalidad, si se tiene en cuenta el antecedente legislativo previsto en la Constitución de 1823, que estipulaba en su Artículo 60, Inciso 19, “Conceder premios a los beneméritos de la Patria, y decretar honores en su memoria”. Las tres finalmente, convergen a orígenes comunes: Responden y constituyen una forma de intervención pública del Estado, aun por incipiente que éste sea en ese momento. Aunque revisaremos, muy superfluamente todas, nos interesa, sobre todo, las dos primeras, es decir, las que se derivan de la condición de trabajador y presidente de la República.

Lo reseñado es, sin embargo, el tipo de pensiones que actualmente tenemos, pero ¿Cuál fue el derrotero que siguieron las pensiones en la historia? Una de las respuestas, dado que es bastante difícil precisar un origen puntual, podemos encontrarla, pese a sus dificultades, como siempre, en la historia y doctrina del derecho.

La primera institución que se creó para implementar un sistema que asegurara ingresos regulares al Estado para subvencionar la paga de los militares, y la instalación de los veteranos o retirados del ejército romano, fue el “*Aerarium militare*”, una especie de institución financiera promovida por el Emperador Augusto; financiada incluso, con su propio peculio². Esta se proveía de fondos públicos y con otros fines diferentes, para pagar las licencias de los veteranos: “*Ex q(uo) praemia darentur militibus, qui vicena (aut plu) ra sti(pendi)a eme-ruisent*: para pagar la prima de licencia de los militares que hubieran cumplido los veinte años de servicio” (Fernández, 2003, p. 210).

² “Fue en el año del consulado de M. Lepidus y L. Arruntius, doy de mi patrimonio 178 millones de sestercios al tesoro militar, que fue fundado de proposición para pagar la prima de licencia de los militares que hubieran cumplido los veinte años de servicios”.

Sin embargo, la primera noción de pensión que se advierte, surge en Inglaterra en 1684, En ese sentido, para Quesada (2009)

[...] la palabra pensión fue aceptada por primera vez en el siglo XVII y tomada del latín “*pensio–pensionis*” que se traduce por pago. La pensión es aquella cantidad anual que se asigna a uno por méritos o servicios propios o extraños, o bien por pura gracia de que la conceda, por motivo de la incapacidad de un encargado que envejecía (p. 314).

Fue en Alemania donde se formalizó la pensión —en la época del Canciller von Bismarck— tras haberse implementado el primer sistema obligatorio de jubilación, específicamente para los obreros; se trataba de una pensión que se concedía a los 70 años, y su cuantía era proporcional al número de cotizaciones del asegurado. No obstante, esta “buena intención” en apariencia, tenía un propósito político urgente³: Al expedir la Ley 1889 (*Gesetz betreffend die Invaliditis- und Altersversicherung-IAVG*), señala un estudio de la OIT publicado en la Revista Trabajo 67, “las motivaciones del canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania fueron promover el bienestar de los trabajadores —a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia— y eludir la demanda de opciones sociales más radicales” (p.

³ El primer país donde surgen los Seguros Sociales, es en Alemania. Allí, el canciller Otto von Bismarck, líder del partido conservador, veía crecer peligrosamente, la influencia de los socialistas entre las masas obreras. Y llegó a la conclusión de que, para contrarrestarla, no bastaba ya con las meras medidas represivas, sino que era necesario poner en marcha un ambicioso programa de reformas sociales que apartaran a los trabajadores de esa influencia. Así, en el célebre Mensaje Imperial al Parlamento, leído por el Káiser Guillermo I, el 17 de noviembre de 1881, pero redactado, como es natural, por el canciller Bismarck, declaraba explícitamente que “la superación de los males sociales no puede encontrarse exclusivamente por el camino de reprimir los excesos socialistas sino mediante la búsqueda de fórmulas moderadas que permitan una mejora del bienestar de los trabajadores”, con lo que “inútilmente tocarán entonces los socialistas la flauta” —decía Bismarck, evocando al flautista de Hamelin— para atraer a los obreros.

2). De lo advertido en esta reseña última, da pie para razonar como uno de los probables orígenes del otorgamiento de pensiones vitalicias, la intervención pública, representado en el Jefe de Estado, actuando en un determinado y conveniente interés como “empleador” para con sus trabajadores.

En el Perú, si bien la entrega de una pensión, también fue una manifestación de la intervención pública, el Estado lo hizo actuando como precario empleador, pues soterradamente, utilizó la pensión para “gratificar” a sus soldados, como fue el caso de José de San Martín. En efecto, el Libertador percibió una pensión, de gracia, pero no fue el único, y, por el contrario, este tipo de pensión, fue extendida al personal que participó en la Guerra de Independencia, al igual como lo hizo Colombia. En ese sentido un Decreto del Ministerio de Guerra y Marina del Perú de fecha 06 de agosto de 1822, rezaba que:

[...] Uno de los deberes del gobierno en la época de su rejeneracion política, es la recompensa que merecen los valientes guerreros de los demás estados independientes de América, que amantes de la libertad del Perú, han contribuido á ella arrostrando grandes peligros y privaciones; y que á consecuencia de una penosa y difícil campana, resultan inhábiles para continuar en el servicio activo (p. 594).

No queda duda que el otorgamiento de pensiones por parte del Estado como modo de retribuir los servicios prestados —digámoslo, en términos actuales, de sus servidores y, en aquel momento ejercitándose como soldados de guerra—, fue sólo una de las formas de manifestación de esa intervención pública, que además lo hacía de modo permanente. No hay que olvidar que, la intervención pública en el ámbito estrictamente relacionado con el trabajo, como actividad y con independencia de cuál hubiere sido “[...], la forma de éste, en el ámbito del trabajo —con independencia de

cuál sea la forma también de éste— ha sido una realidad constante a lo largo de la historia”, refiere Boltaina (2010, p. 9). Y, lo ha hecho influenciando, de manera negativa o positiva a lo largo de los distintos períodos por lo que ha atravesado la sociedad.

2. LA PENSIÓN DERIVADA DEL TRABAJO

La figura del trabajador y del trabajo, como eje nuclear en el que se articula la sociedad, es una característica propia de la llamada modernidad, dado que: “Ni en Antigüedad ni durante la Edad Media, se utilizó el concepto trabajo para referirlo a un singular campo de la de la experiencia humana” (Durand, 2019, p. 129), que, por el contrario, estuvo relacionado, de un lado, con la esclavitud y, del otro, con la servidumbre. En este orden de ideas, las dos más grandes economías de la edad antigua —la romana y la griega—, aun cuando se sustentaban en la labor que realizaban los esclavos, contradictoriamente consideraban al trabajo que realizaban éstos: “[...], una ocupación vil, indigna de los ciudadanos” (Lastra, 2000, p. 197).

Lo primero que debe precisarse es que, fue primordial el reconocimiento de la idea de que el trabajo (asalariado y como principal fuente de ingresos de las personas) libre como derecho y como deber, es un bien jurídico, indispensable en una sociedad y en tal virtud, haya sido positivizado en las normas jurídicas; en contraposición a los tiempos antiguos en que, no existía la noción de trabajo y, por tanto, tampoco la calidad de trabajador. Fue entonces, a partir de la evolución del trabajo que recién se concibió la pensión como un mecanismo para garantizar al trabajador *“un modus vivendi económico y racional”*, consecuencia directa de haber servido un determinado tiempo y haber alcanzado cierta edad, que los imposibilita de acceder y participar en lo que se llama mercado de trabajo. En este sentido, para Ruprecht, colaborador en el Libro Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:

Cada individuo tiene una determinada época laboral en el sentido que el trabajo humano tiene un límite de duración, pasado, el cual se transforma en improductivo y después dañoso y, en fin, imposible. Pero, la vejez es solo un aspecto de la cuestión, pudiendo presentarse otras situaciones se añade que merezcan igual o mayor atención, como son la invalidez y la muerte. En estos aspectos, además del trabajador se ve involucrada la familia más acentuadamente, pues los gastos que demandan ambas situaciones se añaden a la falta de ingresos o están muy disminuidos. Surge entonces la necesidad de proveer la situación de los problemas que derivan de esos aspectos biológicos y económicos, o sea, que la colectividad debe caerse cargo de las dichas falencias, siendo estos los presupuestos jurídico económico base de las pensiones (1997, p. 704).

Tiene razón el maestro, por cuanto una de los criterios que pretenden explicar el origen de las pensiones vitalicias del trabajador, responde a necesidades tan antiguas como la propia sociedad, articulándose como una solución para hacer frente a las diversas situaciones que pueden generarse como consecuencia de la disminución o extinción de la capacidad de los hombres para trabajar, es decir; apunta a: “[...] atender la necesidad del disfrute de una sobrevivencia decorosa cuando se han perdido las facultades para el desempeño de una labor activa durante un periodo de mayor o menor intensidad de la existencia de ese ser llamado trabajador”(Barajas, 2001, p. 3).

En este contexto, es factible inferir que fueron concebidas como mecanismos para mitigar la pobreza ante la ancianidad, o la carencia, pérdida o menoscabo de ingresos económicos, ya sea por discapacidad o como consecuencia de la muerte del aportante principal dentro de las familias. Naturalmente, el criterio vigente del viejo maestro uruguayo, coexiste junto a otros que suelen explicar la generación de una pensión derivada de la calidad de trabajador; y en este sentido. la doctrina jurídica la

ha consolidado como un derecho ya adquirido por los trabajadores, compensatorio del esfuerzo laboral realizado por un determinado trabajo. Al margen de ello, lo cierto es que las pensiones vitalicias no han sido exclusividad de los trabajadores.

3. LAS PRIMERAS PENSIONES VITALICIAS. LAS ACTUALES PENSIONES DE GRACIA

Hemos visto ya, cuando hacíamos el recuento de las pensiones vitalicias expresidenciales, que éstas fueron ofrecidas como dádivas del poder político de turno y como expresión de la intervención pública, en la modalidad de gracias otorgadas por el Estado, o por el jefe de Estado, a los trabajadores oficiales. Pusimos como ejemplo, el caso del General San Martín, a quien, a semejanza de George Washington, se le asignó una pensión vitalicia⁴. Claro está, en el caso de Washington, por ser presidente electo (el primero), bajo la Constitución de los Estados Unidos.

Las pensiones vitalicias a Washington en el naciente EE.UU y a San Martín en el Perú, nos sugiere que, el otorgamiento de éstas a los expresidentes, toda vez que en ambos casos ambos personajes, se habían desempeñado como “Presidentes” —con mucha más propiedad formal Washington que San Martín—, está vinculada a la manera cómo el Estado, o quien lo gobernara, retribuía o premiaba, a través de una gracia o merced especial, a todos aquellos que le habían servido en la más alta posición de conducción y de responsabilidad, con la exprofesa finalidad de proveerles un modo de vida digno. Este, por lo menos, fue el sentido que tuvo el Congreso de Colombia cuando, por Decreto de 9 de Julio de 1825, le otorgó a Simón Bolívar el disfrute de una pensión vitalicia de 30,000 pesos anuales, en estima y gratitud por sus servicios en la

⁴ En 1822, el Congreso Constituyente del Perú, le confirió a San Martín, el título de Fundador de la Libertad del Perú, asignándole la misma pensión vitalicia que se asignó a Washington. Colección Documental de la Independencia del Perú. Tomo XV. Vol.1, p. 121.

causa de la emancipación americana, “por vía de arbitrio, para que en su vejez y en el retiro de los negocios públicos pueda mantenerse con decoro y comodidad” (Martínez, 2019, p. 126).

Aun cuando el reconocimiento de una compensación económica, fue pensado, por lo menos inicialmente, como un gesto de reconocimiento a un mérito, es factible, sin embargo, advertir que el Estado al retribuir o premiar a su exgobernante, en realidad lo que hacía era reconocer los servicios prestados en calidad de soldados; no era por tanto, un favor gratuito, sino mas bien, un estricto acto de reconocimiento al derecho ganado; con lo que así da visos de que, en realidad, actuaba como empleador retribuyendo a su trabajador, en tanto soldado de las guerras.

Siendo las pensiones que, con carácter vitalicio, se otorgaban con motivo de las guerras de la independencia, un acto de pleno reconocimiento al servicio prestado, acaso en ello puede radicar su distinción con las actuales pensiones de gracia que otorga el Estado, con notorias y sustanciales variantes⁵. Ambas sin embargo, no sólo resultan ya modalidades inconcebibles e impropias para el derecho laboral, y propiamente, del derecho pensionario, sino totalmente contraria a éste.

La razón obedece al hecho que, el derecho a percibir una pensión, en el caso de las pensiones de los trabajadores, tiene su sustento inmediato, primero, en que haya sido trabajador, es decir, desempeñado labores que lo identifiquen como trabajador; y, segundo, que haya generado y realizado aportes económicos que son los que

⁵ Aparte de la regulación especial de las pensiones de gracia, reconocidas en la Constitución de 1993, también es recogida en la Ley 27747 y su reglamento, y posee características especiales atribuidas por su naturaleza, inembargable, inalienable e intransferible.

viabilizan, en su oportunidad, el beneficio; criterio que ha dado pie a considerarla como un derecho directamente emanado de la relación laboral.

4. LA PENSIÓN VITALICIA DERIVADA DE LA CONDICIÓN DE EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. NATURALEZA JURÍDICA

La primera impresión que deja, primero el estudio del derecho laboral o del trabajo y, segundo, el derecho pensionario, en los términos, exigencias y concepción en que, hoy, están concebidos y los estudiamos, luego de haberse superado con creces la mentalidad romana o griega respecto del trabajo, es que, no todos los oficios, y no todos los trabajos, y no todos quienes los desarrollan, pueden y deben ser considerados como trabajo y por tanto, tutelados por el derecho o la ley. Uno de los casos significativos mas a la mano, es el de los abogados, que a no ser que se desempeñen como dependientes —respecto de un empleador—, las actividades que desarrollan, son una típica gráfica de que no pueden ser considerados trabajadores, aunque en realidad realicen una actividad laboral. Los abogados, cuando se ejercitan como tales, constituyen pues, una especie de rara avis: Son de manera usual, siempre “locadores de servicio”, modalidad ajena al derecho laboral y mas bien cercana al derecho civil. A partir de este entendimiento básico, sólo es considerado “trabajador”, aquél que, si bien realiza una determinada actividad de la cual va o pretende coadyuvar a su sostenimiento propio y al de su familia, localiza su esfuerzo y trabajo, valga la redundancia, en la esfera del derecho laboral.

Acorde a este marco de apreciación, en cierto modo la pensión vitalicia de un expresidente también es producto de una actividad de índole laboral de “excepción”, dado que, si algo debe quedar claro, es que el presidente de la República —cuando se ejerce como tal—, trabaja, y trabaja, naturalmente, como lo hace cualquiera, aunque no de la manera ordinaria como lo hacemos nosotros; su trabajo no es igual a cualquier

otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público. Nos explicamos, un presidente de la República trabaja, con la diferencia que su trabajo es el de ser Presidente, un cargo cuyo ejercicio y funciones, de más alta jerarquía, responden a una particular diferencia de situación; aunque no por ello el mejor remunerado⁶; es por demás, un trabajador muy especial.

Aunque no se trate de un trabajador común y corriente sino por el contrario, reiteramos, uno de excepción, es sin lugar a dudas, un trabajador al servicio de la Nación (Nuestra Constitución Política en el artículo 39 establece que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación) aunque en términos técnicos, propiamente, un funcionario público⁷ del más alto rango en el estricto sentido laboral administrativo. Empero, el problema para efectos de nuestro estudio, no es precisamente este estado en particular, es decir, como trabajador o funcionario, en ejercicio o en actividad, sino fundamentalmente, lo que viene después de dejar de serlo; es decir, cuando pasa a la condición de expresidente, ocasión a partir de la cual le espera una especie de jubilación presidencial, que la misma Ley N° 28212⁸, se encarga de cautelar. (Al concluir su mandato recibe, en forma vitalicia, una pensión igual a la remuneración de un Congresista de la República en ejercicio).

⁶ Mientras el sueldo del Jefe de Estado por disposición del Decreto Supremo 136-2025-EF, de 04 de julio de 2025, pasó de S/. 15,600.00 a S/. 35,568,00, por aprobación de la expresidenta Boluarte, los ministros ganan S/. 30,000.00; el Presidente del Poder Judicial S/. 46,717.00, el Superintendente de Banca, Seguros y AFP S/. 43,000.00, el presidente del Banco Central de Reserva, alrededor de S/. 42,000.00 y los viceministros S/ 28,000.00.

⁷ Ley 30037, Ley del Servicio Civil, Artículo 52, Clasificación de los Funcionarios Públicos. Los funcionarios públicos se clasifican en: a) Funcionarios Públicos de Elección Popular y Directa. Es el elegido mediante elección popular, directa y universal, como consecuencia de un proceso electoral conducido por la autoridad competente para tal fin. Son funcionarios públicos de elección popular, directa y universal: 1) El Presidente de la República.

⁸ Ley N° 28212, Ley que regula los ingresos de los Altos Funcionarios y Autoridades del Estado y dicta otras medidas.

La figura del presidente de la República, deja entrever el doble racero legal de su implicancia en el aspecto pensionario y por añadidura, en el laboral. Visto de la óptica que sea, con sus peculiaridades y excepcionalidad, asume características de trabajador, pero, ¿Qué pasa cuando deja de serlo? El cuestionamiento resulta totalmente válido. Si el presidente de la República es un trabajador, ¿Tiene entonces derecho a una pensión? ¿Tiene derecho a una pensión vitalicia?, ¿Tiene acaso éstas matices de pensión de jubilación?

La realidad es que, en la actualidad, el ex-presidente de la República resulta ser beneficiario de una pensión vitalicia, y que la sola vigencia de esta pensión no sólo resulta ser una excepción sino que implica además, el quebrantamiento del sistema de jubilación que rige en el Perú, si se le considere una pensión derivada de cierta condición laboral.

Por cierto, el Perú cuenta con dos regímenes pensionarios o sistemas de protección social que permite efectuar aportes a un fondo con la finalidad de obtener —a futuro e inmediatamente después de la jubilación—, de una “pensión de jubilación”; uno de carácter público (Sistema Nacional de Pensiones —SNP—) y el otro privado (Sistema Privado de Pensiones —SPP—), otorgando ambos cobertura en materia de pensiones, estando en libertad de decidir los trabajadores, dependientes o independientes, y elegir a cuál de ellos se afilia. Sin embargo, para acceder a los beneficios que prevé cualquiera de los dos regímenes pensionarios, existen requisitos y condiciones que cumplir, sin los cuales, ninguno de nosotros, tenemos acceso⁹. Un

⁹ La pensión de jubilación del SNP, es un beneficio que recibe una persona a partir de los 65 años, al concluir su vida laboral, por haber aportado, mensualmente, un porcentaje de su sueldo o ingreso (13%) al SNP, por un período no menor de 20 años; requiere, asimismo, la calificación de su derecho pensionario. A su vez, la pensión de jubilación otorgada por el SPP, concede una pensión de jubilación a partir de los 65 años de edad, sin la exigencia de períodos mínimos de aportes, sin embargo, debe considerar que el monto del beneficio de jubilación a recibirse, será calculado sobre la base de los

expresidente de la República, por el contrario, no tiene pues, que cumplir ningún requisito, a excepción de haber sido presidente. Pues bien, este no cumplir con ninguna condición a excepción de haberse desempeñado como presidente, rompe la regla y por ello, aquello que recibe por haber dejado el mando, estimamos, podría adquirir cierta connotación de Jubilación Especial o de Excepción.

En efecto, adquiere la dimensión de una pensión “especial” o de excepción, por cuanto reiteramos, difiere sustancialmente de las pensiones derivadas de la labor ejercida por el trabajador común y corriente. Y lo es, por su propia naturaleza *sui generis* que emana de su particular diferencia de situación: primero, porque el expresidente, no tiene que cumplir ninguna condición o requisito, salvo el haber sido presidente u ostentado la condición de presidente, por lo que así importa poco si haya aportado o no, a un fondo de pensiones, o si cumple la edad necesaria; y, segundo, porque —en esencia— su otorgamiento no responde a los criterios y tecnicidades que resultan aplicables a las pensiones de jubilación, comunes y corrientes. Es decir, no tienen relación alguna con ninguno de los dos regímenes pensionarios vigentes en el país.

Aunque discrepantes en lo que motiva el otorgamiento de cada una de ambas pensiones, formalmente tanto la pensión ex-presidencial como las atingentes a los trabajadores, se orientan en una sola dirección y es que ambas confluyen en proveer a sus beneficiarios de una subsistencia digna en su vejez; objetivo que, en el caso de los expresidentes, es indudable además de inobjetable; se cumple perfectamente, mientras que en lo segundo, cuesta un tanto suponer que en verdad resulte así. Pero,

aportes realizados y la rentabilidad generada en la cuenta individual de capitalización (CIC) de cada afiliado a este sistema.

un expresidente no sólo cuenta de ventaja con una pensión vitalicia, además tiene otros privilegios.

5. LOS OTROS PRIVILEGIOS ADICIONALES A LA PENSIÓN DE UN EXPRESIDENTE

Adicionalmente a una pensión vitalicia (por ahora) de S/. 15,600 mensuales, que es el equivalente al sueldo de un congresista sin los gastos de representación, un expresidente del Perú, goza de los beneficios precisados en el Acuerdo 78-2016-2017, expedido por la Mesa Directiva del Congreso, es decir, seguros, préstamo de vehículo, una persona asignada en modalidad CAS con retribución económica mensual no superior a 3700 soles y vales de combustible con un tope de 150 galones mensuales.

Como se verá, estimados lectores, se trata de fuertes gastos que realiza el Estado a costa de todos los ciudadanos, empero que, comparativamente, resultan ser inferiores a los que se pagan por estos mismos conceptos a otros expresidentes, en otros países democráticos. Veamos algunos ejemplos, ya enfatizados líneas adelante:

En Estados Unidos, por la Ley del Ex Presidente (Former Presidents Act, FPA por sus siglas en inglés), se dota a los ex mandatarios —adicionalmente a su pensión de por vida, de un salario equivalente al de un secretario nacional, similar al rango de ministro, equivalente a US\$ 221.400—, de dinero para instalar una oficina en cualquier lugar de los EE.UU., mientras que las viudas de expresidentes tienen derecho a una pensión anual de US\$ 20,000, pudiendo optar por la protección del Servicio Secreto. En España, el único miembro del gobierno que sí tiene derecho a una pensión vitalicia es el presidente, al cual se le conceden, además, otras prerrogativas; así el Real Decreto 405/1992, le asigna “una dotación para gastos de oficina, atenciones de carácter social y, en su caso, alquileres de inmuebles, en la cuantía que se consigne en los Presupuestos Generales del Estado”; también un automóvil de representación con conductores del Estado, de servicios de seguridad que las autoridades del Ministerio

del Interior estimen necesarios, así como de libre pase en las Compañías de transportes. En Francia, se le otorga una oficina, escolta, coche oficial, un equipo de siete colaboradores a los que se agregan dos choferes y dos policías y viajes gratuitos en *Air France* y en los ferrocarriles nacionales; Inglaterra además de pagar a sus ex primeros ministros una pensión vitalicia le entrega unos 120.000 euros para mantener su oficina, chofer y escolta.

En Sudamérica, Chile, cubre los gastos de traslado del expresidente, e incluye peajes, combustible y gastos del vehículo. En Colombia, reciben, además, un esquema de seguridad que garantice su protección y la de sus familias, mientras que en Brasil, aunque los presidentes no cobran una pensión, sin embargo, las viudas/os del presidente/a sí tienen derecho a una pensión vitalicia por el valor del salario estatal más alto, que es el de los jueces del Supremo Tribunal Federal; al que suman el derecho, de por vida, de ocho empleados pagados por el Estado: cuatro agentes de seguridad, dos choferes con autos y dos asesores personales. Entonces, otorgar pensiones y otros beneficios, a sus expresidentes, parece ser la regla general que aplican los países democráticos, salvo algunas excepciones como el caso de México, como ya se ha referido.

6. LA LÓGICA PARA OTORGAR LA PENSIÓN VITALICIA A UN EXPRESIDENTE: LA DIGNIDAD. EL EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA CON HONESTIDAD Y HONRADEZ

Hemos repasado que no somos el único país que otorga a sus ex gobernantes sendas pensiones con carácter vitalicio, y de seguro, tampoco somos el único país a cuyos habitantes nos incomoda el tener que asumir dicho costo con nuestros

impuestos; la incomodidad es común, se presenta casi sin excepción, en todos los países¹⁰.

Al margen de ello, nos guste o no, el criterio al que parecen obedecer las sociedades en general para, en cierto modo, retribuir el desempeño de sus ex mandatarios al frente de sus gobiernos, está en estricta relación al desempeño de éste como “Presidente”, con “honestidad” y “honradez”. Esa parece ser la lógica: Premiar con una pensión vitalicia a un expresidente por su desempeño con honestidad y honradez, y probablemente haya funcionado así, es decir, puntuizando bien, “funcionado bien”, en los países que lo instauraron inicialmente y del cual tomamos como precedente.

Cierto sustento de este criterio repasé en un comentario periodístico publicado por Carmen Mc Evoy en 2016, (Diario El Comercio) ya desactivado de la web, pero de sumo, interesante. Para esta valiosa historiadora peruana, “Un dignatario está investido de una dignidad, valga la redundancia, asociada al honor del cargo que ostenta. Pero también representa una autoridad que emana del pueblo soberano. La importancia de su investidura demanda virtudes. Entre ellas, la decencia, la nobleza, el decoro, la lealtad, la generosidad, la hidalguía e incluso el pundonor. Otro, lo encontramos en una fuente chilena, específicamente el libro “Historia de la Ley N° 19.672. Reforma Constitucional que Modifica el artículo 30 de la Carta Fundamental, con el fin de establecer el Estatuto de los expresidentes de la República, editado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, que contiene los debates de los congresistas, en franco cuestionamiento precisamente respecto de este tema, que

¹⁰ En el Senado chileno, enfatizándose en la edad que tendría el actual presidente Gabriel Boric, quien dejará el cargo a los 40 años, convirtiéndose así, en el expresidente más joven en recibir la remuneración, en 2024, se presentó un Proyecto de Ley, en el que se plantea que ésta (pensión vitalicia), sea solicitada, cumplida la edad de jubilación de 65 años.

culminaron con la expedición de la Ley N° 19.672. El libro “Historia de la Ley N° 19.672”, refería pues, que “[...], Parece de justicia que aquellos ciudadanos que hayan desempeñado la más alta magistratura de la Nación, adquieran, una vez terminado su período, una condición acorde con los esfuerzos y las responsabilidades desplegados durante su mandato” (p. 4).

También que:

[...], debemos sentirnos muy orgullosos de todos ellos, pues han ejercido el cargo con mucha honestidad y honradez. Es muy distinto de lo que sucede en otras naciones. En el caso específico de México, los expresidentes no tienen relevancia posterior, pero todo el mundo sabe que durante su mandato adquieran gran poderío económico. En Chile, por el contrario, nos sentimos orgullosos de quienes ejercieron la Primera Magistratura. Y no es propio que tras ella el día de mañana tengan dificultades para sobrevivir, e incluso, para aceptar muchas invitaciones que reciben (p. 23).

Y, que:

[...] en 1994, los diputados señores Gutenberg Martínez y Andrés Allamand presentaron al Gobierno una propuesta para otorgar ciertas prerrogativas o derechos a quienes se hayan desempeñado como Presidente de la República. Según ellos, no sólo les corresponden los honores públicos por la función que desarrollaron, sino también el reconocimiento y gratitud de la ciudadanía, asegurándoles la posibilidad de dar a conocer su correspondencia y documentos relevantes, los objetos que les han acompañado durante su mandato y los recursos necesarios para continuar desarrollando una vida compatible con la investidura que tuvieron, aportando con sus conocimientos e ideas a la solución de los problemas de interés nacional” (p. 55).

Finalmente se advierte que para un senador chileno:

[...] la idea central es establecer un estatuto especial que distinga, de por vida, a aquellos ciudadanos que hayan sido presidentes de la República, que sea el reflejo, de alguna manera, de los esfuerzos y responsabilidades que desplegaron durante su mandado. Esta idea es la que, en el artículo 30, confiere la calidad de ex Presidente de la República (p. 52).

Aunque muy difícilmente el contexto de “honestidad y honradez” y propiamente, la dignidad, hayan sido entendidos y, subsecuentemente, asimilados por los políticos peruanos de manera similar a sus pares chilenos, y en ese sentido, tales cualidades hayan sido las que motivaron la dación de la ley que en el Perú determinó la implementación de la pensión ex-presidencial; lo cierto es que la “costumbre” de otorgar pensiones vitalicias a nuestros expresidentes, tal como lo concebimos ahora, se asoma, recién, en nuestro país por el año 1995, reivindicando —al parecer— la figura del senador vitalicio que anteriormente tenían los expresidentes desde 1979 hasta 1993, y que había sido eliminada por la Constituyente de 1933¹¹, que posibilitaba que el expresidente pasase a formar parte del Senado por un período senatorial. En efecto, fue el gobierno de Alberto Fujimori quien, mediante Ley N° 26519, de fecha 04 de agosto de 1995 recogiendo como antecedente el Proyecto de Ley 02737/95-CCD¹², estatuyó que los expresidentes Constitucionales de la República gozaran de una pensión equivalente al total de los ingresos de un Congresista en actividad. Ciertamente, de la exposición de motivos del proyecto de ley, estriba que el

¹¹ El artículo 155 de la Constitución Peruana de 1933, estipulaba que “Al terminar su periodo constitucional, el Presidente de la República, pasará a formar parte del Senado por um período senatorial”.

¹² Proyecto de Ley 02737/95-CCD, presentado por el entonces congresista Carlos Ferrero Costa, en pleno rigor del Congreso Constituyente Democrático (CCD) que sobrevino al autogolpe de 1992.

merecimiento de la pensión vitalicia estaba en función al ejercicio del importante cargo de presidente, sin otra precisión alguna.

¿Interesante, verdad?, empero hay algo que rescatar en esa especie de filosofía de trato presidencial: ¿Se percataron de lo que significa para un ciudadano de Chile la figura de su presidente y, desde luego, de su expresidente?

En efecto, la pensión vitalicia no tanto está en relación al mero desempeño de la función presidencial sino mas bien. del correcto desempeño a partir de un punto inicial: La Dignidad¹³. El digno ejercicio presidencial entonces. resulta ser la justificación para “premiar” a un expresidente con una pensión vitalicia. Sin embargo, en un país como el nuestro, marcado por el flagelo de una corrupción sistemática, con todos sus ex mandatarios con procesos judiciales, investigaciones, condenas, destituciones del Congreso, e incluso un suicidio, por casos de corrupción, es muy difícil lidiar en terrenos de la dignidad.

Pues bien, ¿Qué entendemos por Dignidad?

A) *La dignidad*

Sobre este extremo, en 1975, y a través de un muy interesante discurso, Parker¹⁴, refería que en estos días en que abundan las faltas de dignidad y la desequilibrada transigencia en muchos lugares y en muchas personas, sean altas o bajas, será

¹³ La dignidad o “cualidad de dignidad” (del latín dignitis y que se traduce como “excelencia, grandeza”), hace referencia al valor inherente al ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad. No se trata de una cualidad otorgada por nadie, sino consustancial al ser humano. No depende de ningún tipo de condicionamiento, ni de diferencias étnicas, de sexo, de condición social o cualquier otro tipo. <http://www-significado.com/dignidad/>.

¹⁴ Escritor canadiense y especialista en autores del siglo de oro español. Discurso pronunciado el 30 de diciembre de 1975, en el Hotel Drake, durante el 57 congreso anual de la Asociación Americana de Maestros de Español y Portugués.

fructífera una breve meditación basada en lo que pueden ofrecernos, a nosotros y a nuestros estudiantes, los creadores literarios y sus obras acerca de lo que verdaderamente es la dignidad del ser humano (p. 5).

Para ilustrar lo que entendía por dignidad, Parker, no tuvo mejor idea que remitirnos a Pedro Calderón de la Barca, el gran autor español, citándolo así: “El honor es el patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios,” declaró con convicción Pedro Crespo, protagonista de *El Alcalde de Zalamea* de Pedro Calderón de la Barca. A través de los siglos los escritores han subrayado la dignidad del ser humano, sea en el drama, como en la novela, como en la poesía; y un ejemplo sobresaliente de esa dignidad universal es Pedro Crespo, campesino del pueblo español de Zalamea, quien está listo a entregar al mandato del rey y de sus representantes toda la hacienda y todas las potencias de su cuerpo. Pero las del espíritu, ¡no!, porque pertenecen a la dignidad del hombre y al respeto que se debe a sí mismo.

Y, agrega que,

[...] a la luz de todos los análisis, sean en pro o sean en contra, el hombre resulta siempre como Pedro Crespo, un ser maravilloso y de posibilidades infinitas. Y es así como, llámelo honor, honra, opinión o dignidad, tiene él un atributo que merece defenderse, como lo defendería Pedro Crespo: “A quien se atreviera a un átomo de mi honor, viven los cielos también, que le ahorcaría yo”.

¿Qué es la dignidad, entonces? Pues, nada menos que el respeto que uno se debe a sí mismo, que no es otra cosa que la dignidad humana, de la que se desprenden valores como la justicia, la vida, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. Allí parece radicar la esencia de la dignidad. Desde luego, podemos entenderla como el respeto y estima que, una persona, tiene de sí misma y que se pone a prueba en la relación con los demás hombres; y, algo importante, es propia y particular, a cada uno de nosotros.

El primer eslabón, por tanto, es el límite de la persona respecto de su propio albedrío y, el segundo, un correcto ejercicio de su libertad individual, todo ello en el marco de su racionalidad que es lo que nos distingue de cualquier criatura de la naturaleza. Existen, por cierto, una variada lista de conceptos de lo que significa dignidad, no obstante, nos quedamos con esta apreciación personal.

Un presidente, en tanto persona, tiene su dignidad, pero la dignidad presidencial, en cambio tiene sus propios bemoles; la importancia de su investidura demanda virtudes, entre ellas, como leí a Mc Evoy, la decencia, la nobleza, el decoro, la lealtad, la generosidad, la hidalguía e incluso el pundonor. Se trata de una dignidad especial directamente relacionada con su rol de Jefe del Estado que personifica a la nación¹⁵, a partir del cual emergen una serie de atribuciones y obligaciones¹⁶ que le impone la Constitución (art. 118)¹⁷. Como se observa, la dignidad del presidente, debe ser correspondiente con el cumplimiento correcto de sus responsabilidades, y, en lo posible, también con el compromiso asumido con los ciudadanos que depositaron su confianza en él, como con el de aquellos que no lo hicieron, pero para quienes también ejerce su presidencia.

Y es que, a diferencia de la dignidad que tenemos como persona, que es propia, muy particular del ser humano, cuando elegimos a un presidente de la República,

¹⁵ Conforme al artículo 110 de la Constitución del Estado, “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

¹⁶ Artículo 118. Atribuciones del Presidente de la República.

¹⁷ “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”, “Representar al Estado, dentro y fuera de la República”. Dirigir la política general del gobierno, administrar la hacienda pública; oficiar de “Jefe de Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional” y “Preside el Consejo de Defensa Nacional”, además de “Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales”; “Celebrar y ratificar tratados”; “Adoptar las medidas necesarias para la defensa para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado”, e, incluso, “Declarar la guerra y firmar la paz”.

adosamos automáticamente a la persona de éste, por añadidura, esta otra clase de dignidad especial, independientemente de si éste tenga en mente y como propósito de su gestión presidencial, llevar a cabo sus obligaciones y funciones de la manera que ofreció en su campaña electoral, y fundamentalmente, con total respeto a la ley y al derecho. El cheque en blanco que otorgamos al presidente de la República entrante, es un crédito de la buena fé de la colectividad, que después y solo después de haber sido investido el presidente como tal, y desarrolle su labor, aminorará o subirá en su valor según comprobemos el crecimiento del país, y el beneficio de la colectividad en general.

A través de ella, se establece una relación de respetabilidad entre elegido y sus electores que es vital para que el presidente pueda ejercer el poder, donde estos últimos, entienden y aceptan respetar al gobernante conforme fue la decisión tomada en las urnas; mientras el primero, ya como mandatario, acata —o propiamente debería acatar— el cumplimiento de los compromisos políticos que asumió para ganar los votos y que expresa cumplirlos cuando juramenta. Por tanto, el presidente, asumiendo su cargo e implícitamente, evidenciando su dignidad, en teoría, deberá ejercer su cargo con una elevada moral, un profundo sentido ético y comportamiento honroso, virtudes que deberán verse reflejadas, sobre todo, en su comportamiento. Cuando se rompe esta relación de respeto surge la pérdida de confianza, resquebrajándose así la dignidad; caldo de cultivo para las reclamaciones populares, lo cual durará toda la vida del ex mandatario, dado que la dignidad acaba junto a él, hasta el fin de sus días.

Tal vez esto último no sea el ejemplo que tienen de sus presidentes los EE.UU, y tenían en Chile —hasta antes de la elección del presidente Boric—, razón por la cual sus ciudadanos, en el caso de los norteamericanos, no osarían cuestionar por qué a los expresidentes Obama o Biden, por ejemplo, se les haya otorgado pensiones vitalicias, como tampoco lo harían otras democracias en Europa, con muy pocas excepciones,

como en España y Francia, cuyos presidentes, incluso en ejercicio fueron puestos en tela de juicio. Empero, lo cierto es que dicha lógica que funciona en algunos países, no tiene efecto en países de nuestra región que, como hemos visto en el caso del Perú, ha crecido estructuralmente al lado de la corrupción.

7. *EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PENSIONES EX-PRESIDENCIALES: LA LEY N° 26519*

Habría que precisar, primero que, la obligatoriedad y el compromiso de otorgar una pensión vitalicia a un expresidente, llegó tan de pronto y raudo al firmamento legal como lo hizo, de pronto y raudo el Presidente de la República que la promovió, Alberto Fujimori; el mismo que curiosamente, pese a ostentar tal condición, solo gozó de los beneficios de esta prerrogativa¹⁸ por muy escasos meses, debido a su posterior fallecimiento. Y es que, hasta antes de 1993 y no obstante los antecedentes que hemos referido líneas arriba, respecto a que, luego de culminar su mandato, el presidente de la República pasaba a formar parte del Senado por un período senatorial, como lo exigía la Constitución de 1933, no existía en el Perú, norma alguna que estableciese este derecho a favor de un exgobernante, salvo la que refería al senador vitalicio contemplado en el artículo 166¹⁹ de la Constitución de 1979, a mérito del cual, un expresidente asumía tal calidad, percibiendo naturalmente la remuneración de este a través de la pensión; reiteramos, lo ocurrido con San Martín y demás patriotas, eran

¹⁸ La razón estriba en que la misma norma, en su artículo 2, restringe este derecho cuando el beneficiario, esto es, el expresidente, es acusado constitucionalmente, tal y como lo fue el presidente Fujimori, por actos de corrupción y delitos de lesa humanidad.

¹⁹ Artículo 166. El Senado se elige por un período de cinco años. El número de Senadores elegidos es de sesenta. Además, son Senadores vitalicios los expresidentes Constitucionales de la República, a quienes no se considera los efectos del Artículo 169. Los candidatos a la presidencia y vicepresidencia pueden integrar las listas de candidatos a Senadores o Diputados.

por demás, solo antecedentes, aunque antes de éste, incluso desde la época del Virrey José de la Pezuela, ya existía un incipiente sistema de jubilación²⁰.

El fundamento jurídico de las pensiones ex-presidenciales, tiene su punto de inicio en la Ley 26519²¹, de fecha 04 de agosto de 1995, que estableció la pensión para expresidentes constitucionales de la República, trasladada en caso de fallecimiento, a su cónyuge e hijos menores si los hubiere, como ocurrió con el hijo del desaparecido presidente García, que recibía dicha pensión. Pero, ésta no viene sola, dado que conforme también señaláramos anteriormente, conlleva el otorgamiento de otros privilegios, aunque oficializados a través de otros mecanismos legales, los cuales han generado una serie de cuestionamientos contra la norma e, incluso, proyectos de ley, para modificarla, que no obstante no han significado mayor problema para mantenerse incólume hasta la actualidad.

8. LA LEY N° 26519: ¿VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD? LA PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN

Debiera ser solo el armazón legal que sostiene la pensión vitalicia de un expresidente, es decir, el fundamento jurídico de la Ley N° 26519, su talón de Aquiles,

²⁰ Se considera como primer antecedente de este régimen, una Real Ordenanza expedida por el rey Carlos IV de España, el 8 de febrero de 1803, con el objeto de extender una resolución de 23 de diciembre de 1773, por la que se establecía el pago de pensiones de cesantía a los empleados de la Real Hacienda. Esta Real Orden entró en vigencia en el entonces Virreinato del Perú, por comunicación del Virrey Joaquín de la Pezuela, el 8 de junio de 1820. Vidal, A. “Los sistemas de pensiones en el Perú”, en obra colectiva “Envejecimiento en América Latina”. Naciones Unidas”, CEPAL, Santiago de Chile, 2010. p. 70.

²¹ Artículo 1º. Los ex-Presidentes Constitucionales de la República gozarán de una pensión equivalente al total de los ingresos de un Congresista en actividad. En caso de fallecimiento serán beneficiarios de la pensión el cónyuge y los hijos menores de edad si los hubiera. Si resultaran beneficiarios ambos simultáneamente, la pensión se otorgará a prorrata.

pero no lo es, dado que haya otro extremo, incluso de mayor afectación: Su afinidad con la corrupción. Vamos por partes.

Se le cuestiona su rigor legal, por una sencilla razón: Su aplicación implicaría una presunta vulneración al principio de igualdad, algo del que, en apariencia, tendría visos. Por cierto, este es el primer cuestionamiento por cuanto supone el quiebre de este principio dado que su aplicación pone, frente a frente en la balanza, a un expresidente que, sin importar haga bien o mal un desempeño en el gobierno o incluso desastroso gobierno, sólo necesita trabajar cinco (05) años (en la eventualidad que acabase su mandato, u ocho meses que fue el tiempo que duró en el poder el ex presidente Valentín Paniagua; un año y ocho meses, el tiempo del expresidente Kuczynski; dos años siete meses el de Martín Vizcarra; los 06 días del Gobierno del Sr. Manuel Merino; los nueve meses que estuvo en el poder Francisco Sagasti, los casi 18 meses del nefasto gobierno de Pedro Castillo: los 2 años, 10 meses y 3 días que estuvo en el poder Dina Boluarte, o los pocos mas de 09 meses que estará José Jerí, como mandatario, para generar un derecho pensionario que, además de exclusivo, deviene en vitalicio.

Aunque desde luego, el hecho de haber tenido hasta 06 presidentes que gobernaron, muy por debajo del límite que la ley señala, supone un problema que afrontar para deslindar a cuál de los expresidentes, correspondería en última instancia, la pensión; es indudable que la pensión presidencial colisiona con el destino pensionario de un trabajador común y corriente, pero conformante del universo de millones de trabajadores que, obligatoriamente requieren tener no sólo un mínimo de aportaciones sino además un mínimo de edad, para en el mejor de los casos generar el 100% de una magrísima pensión. Desde esta óptica de apreciación, la vulneración aparece asociada al hecho de por qué, en un extremo, a quien ofició de presidente y rompiendo toda estructura en el sistema de seguridad social, tiene que otorgársele una

pensión para que pueda vivir en condiciones de dignidad con sólo cinco años de servicios, si en contraposición, se tiene a una persona común tiene que trabajar por un período no menor de 20 años y a la que accederá después de cumplir 65 años, usualmente en condiciones poco dignas.

Dejándonos entonces llevar por esta disparidad, en apariencia pues, existiría sí, cierto grado de alteración al principio de igualdad; no obstante, de la revisión de la noción que entraña este principio y de lo que representa, avistaríamos que ello no necesariamente tendría este efecto, por cuanto el status del expresidente, es diferente al de los demás trabajadores o beneficiarios de una pension. Nos explicamos, explicando, valga la redundancia, en qué caso se incurre en la violación de éste.

Se viola el principio de igualdad cuando exigiendo e imponiendo éste al Estado que las personas que son similares o iguales, sean tratadas de similar e igual forma o, nuevamente, que dos personas sean tratadas con igualdad si en otros aspectos pertinentes son iguales, la distinción que se haga sobre las mismas personas “[...], no tenga justificación objetiva y razonable” (Bayefsky, 1990, p. 11), es decir, carezca de una finalidad legítima, pero también de una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo.

La primera lectura que podemos extraer de lo enunciado es que, a pesar que el principio de igualdad “[...] impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (Figueroa, 2012, p. 5), es factible sin embargo establecer distinciones o diferencias en este trato, sin que éstas necesariamente constituyan forma alguna de discriminación. Es que, por cierto, no todas las distinciones o diferencias tienen este cariz *per se*, es decir, no necesariamente las distinciones o diferencias son discriminatorias porque para serlo, tienen que carecer tanto de la objetividad como de la razonabilidad que son

las que propician su justificación; en esta misma línea, la segunda es que, no necesariamente la igualdad significa un trato idéntico, pues si existe razón o base que justifique el trato diferente, ésta no opera.

Pues bien, ¿Cómo trata el Estado a su presidente, y después a su ex-presidente? De hecho, lo trata, de manera totalmente distinta al de cualquiera de nosotros. La investidura presidencial, de por sí, entraña su propia particularidad especial. Si esto es así, ¿Puede ser criticable este trato especial dado a un presidente de la república? Estimamos que no, pues en todo caso, es un trato especial acorde a la dignidad que conlleva, y cuya naturaleza no se sustenta en derechos hereditarios como sucede en el caso de países que tiene como gobernantes a representantes de la nobleza, o dictatoriales, sino mas bien en una elección popular, democrática.

Hasta aquí, debemos asentir que, si bien existe, en apariencia, una evidente y marcada diferencia de trato entre el que recibe un presidente y un ciudadano de a pie, ésta debe entenderse, como permitida por la ley; un presidente es una persona que desde el mismo día en que gana la elección presidencial, deja de ser una persona común y corriente y por ello tiene algunas o muchas prerrogativas o ventajas que, sin lugar a dudas, colisionan con el mar de limitaciones qué caracterizan a la mayoría de los peruanos. Pero, no por ello, se vulnera el principio de igualdad.

Ahora bien, ¿Y la pensión que recibe después de ser presidente? ¿Acaso no importaría también una vulneración al principio de igualdad en la medida que no toma en consideración las aportaciones realizadas ni el tiempo de servicio como trabajador del expresidente?

En esta línea, de dos de los extremos de una jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-989/99),²² que zanjó la acción pública de inconstitucionalidad que cuestionaba la pensión un expresidente colombiano, podemos extraer mayores luces para entender por qué dicha pensión no implica desvirtuar el principio de igualdad. Así, en cuanto a que si la pensión del expresidente resultaba contraria al régimen del Sistema de Seguridad Social Integral (vigente en Colombia, regido y controlado por la Ley N° 100 de 1993), el máximo intérprete de la ley del país vecino, enfatizó que:

[...], lo especial no necesariamente resulta ser contrario a lo general. En el caso presente, los requisitos de acceso a la pensión de expresidente constituyen normas muy especiales, referidas a una situación particular en la cual no se encuentran la generalidad de las personas afiliadas al sistema de seguridad social en salud, cual es la de haber ejercido la más alta dignidad como es la Presidencia de la República.

Refiriéndose de otro lado, al trato que derivaba de la condición de expresidente, acotó que:

[...], por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución. Así mismo, dicho trato persigue una finalidad, cual es la ya mencionada de retribuir al ex presidente y proveer a su subsistencia digna, y dichas finalidades se ajustan a la Carta, pues la axiología que la informa indica que es cometido

²² http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/c-989_1999.html

del Estado realizar la justicia. Es justo que el erario público retribuya excepcionalmente a los ciudadanos que le han prestado servicios también excepcionales, y que lo haga en forma proporcionada a sus necesidades de decoro personal. Si la justicia consiste en dar a cada cual lo que merece, la normatividad demandada justamente realiza esta noción. En este sentido, la finalidad implícita en la normatividad acusada desarrolla precisamente el principio jurídico laboral plasmado en el artículo 53 de la Carta, según el cual los trabajadores tienen derecho a una “remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”.

Para finalizar este rubro, para Bayetsky,

[...], en otras palabras, el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente. Como dijo Aristóteles, hay motivo de reclamo “[...] cuando a los iguales se les otorga o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales” (1990, p. 11).

Por nuestra parte, estimamos que la pensión vitalicia ex-presidencial, dada su peculiaridad *sui generis*, es una pensión especial, de excepción, no correspondiente con el régimen de pensiones que vincula a los trabajadores comunes y corrientes, y en este contexto, no vulnera el principio de igualdad.

Hasta aquí, todo bien, sin embargo y en las condiciones que las percibieron la mayoría de expresidentes peruanos, qué duda cabe, ella sí ha constituido un premio a la corrupción y deshonestidad.

En efecto, La Ley N° 26519, ha sido mas criticada, por la noción que perciben los ciudadanos de estar premiando a un expresidente corrupto. Las “perlas” que suponen cada uno de los delitos —suficientemente acreditados—, que se imputan a los

expresidentes peruanos son de conocimiento público, y nos exime de mayor comentario; lo cual sin embargo, no ha significado ningún impedimento para que, los que ya la obtuvieran y se encuentran siendo objeto de prosecución judicial, la sigan percibiendo, como ocurrió con el caso de los expresidentes García, Toledo, Humala y Kuczynski, mientras otros, como los expresidentes Merino, Vizcarra, Castillo, y ahora Boluarte, también la soliciten o esperen hacerlo, pese a mantenerse en el cargo por apenas seis días, en el caso del Sr. Merino.

Cabe resaltar que la ley, a excepción de disponer en su artículo 2 que el derecho queda en suspenso cuando se trate de un expresidente, sobre quien el Congreso haya formulado acusación constitucional, no refiere a qué órgano competiría zanjar estas peculiaridades, no obstante, la cual, ha sido el propio Congreso el que se ha atribuido tal función, si se tiene en cuenta que, en base a una interpretación efectuada por su propia Oficina de Recursos Humanos, se ha pronunciado, otorgando el beneficio o denegando el mismo. Por ejemplo, en el caso del expresidente Fujimori, efectivamente concedió la pensión, mientras en el caso del Sr. Merino, denegó dicha posibilidad. Como fuere, es el propio Congreso el encargado de discernir al respecto. El caso del expresidente Castillo resulta aún más complejo, pues pese a haber sido vacado por “incapacidad moral”, una resolución judicial ordenó que se le otorgue la pensión vitalicia.

9. RELACIÓN ENTRE FUNCIÓN PRESIDENCIAL, DURACIÓN DEL PERÍODO PRESIDENCIAL Y PAGO DE PENSIÓN VITALICIA EX-PRESIDENCIAL

Contrariamente a lo que se podría pensar, no existe vinculación directa entre la labor de ser presidente de la República y el percibir la pensión por el solo hecho de haber sido presidente, es decir, no necesariamente quien ejerce la presidencia tiene derecho inobjetable a percibirla una vez accedido al cargo.

El caso peruano es realmente, muy complejo, difícil por la coyuntura política, y en esta disyuntiva, la propia Ley N° 26519 ha resultado un problema mas que una solución. Ello estriba en que dicha norma no precisó la forma de acceso a la presidencia de la República como paso inicial a la futura pensión ex-presidencial, limitándose solo a indicar que otorga el derecho a la pensión vitalicia a los expresidentes constitucionales de la República. Con esta enunciación simplista, naturalmente, se dejó carta abierta para diversos supuestos de acceso a la presidencia de la República, sin perder el orden constitucionalmente. El ejemplo de las gestiones presidenciales de los Srs. Kuczynski, Merino, Vizcarra, Castillo, Boluarte, o el actual presidente Jerí, son prueba de ello, pues ninguno, cumplió, o cumpliría los 05 años al mando del país. Naturalmente, la norma legal fue concebida en tiempos totalmente distintos a los que ahora imperan en la política peruana, y en ese momento, fue suficiente.

Lo cierto es que, a partir de esa imprecisión se han ido hilvanando, en la práctica, otros supuestos extraídos como consecuencia del análisis y encauzamiento penal de cada una de las conductas ilícitas de los expresidentes. Circunscribiéndonos, por ejemplo, en el período presidencial que inició el presidente Castillo, siguió la presidente Boluarte y finalizará el Presidente Jerí, en el mejor de los casos hasta el 2026, ¿Sería acaso beneficiario de la pensión vitalicia el presidente Jerí, si se tiene en cuenta que fue quien reemplazó a la vacada Dina Boluarte? Lo mismo resultaría válido para cuestionar el período presidencial de la Sra. Boluarte que sucedió al también vacado Castillo, y así por el estilo. ¿Correspondería entonces a cualquiera o a todos estos expresidentes, recibir la pensión vitalicia?

Nuestra legislación, de manera clara, presenta serios vacíos que la inutilizan, pero no somos la excepción, dado que otras legislaciones, como la colombiana y ecuatoriana, por citarlas como ejemplos, también los presentan, en menor, o mayor grado. Así, Colombia regula el derecho pensionario ex-presidencial de manera mas

precisa que la nuestra, señalando el artículo 2 de la Ley 48 de 1962²³, que “Todo expresidente de la República tendrá derecho a disfrutar de pensión vitalicia o pensión de vejez, igual al 75 % de su último sueldo mensual, si ha permanecido al servicio del Estado durante 20 años continuos o discontinuos y si ha cumplido 50 años de edad”; Ecuador, de otro lado, a través de la Ley Orgánica de Servicio Público (Losep), en su art.135 determina que la pensión vitalicia mensual equivale al 75% de la remuneración vigente para los expresidentes y vicepresidentes que sean elegidos de manera democrática. De seguro, en los demás países que aceptan la pensión vitalicia ex-presidencial, también tendrán el mismo derrotero. Latinoamérica, sin embargo, no es la excepción, en Europa, Inglaterra, también la tiene²⁴.

Sin embargo, al margen de esta problemática y, a la luz estricta que supone la vigencia de la Ley N° 26519, la regla general que puede llegar a entenderse —aunque no se diga de manera explícita en la norma—, es que solo percibirían la pensión aquellos que permanezcan en el cargo hasta el término de la gestión presidencial, sin que importe para estos efectos, ni el tiempo o duración de su permanencia, y menos todavía, lo acertada, corrupta o funesta, que haya sido la gestión, administrativamente hablando. Reiteramos, la norma es sumamente imprecisa y ausente en este sentido, empero la lógica jurídica nos permite inferir que, por lo menos, el beneficio asistiría a la autoridad presidencial que, por lo menos, se encontrase en el cargo hasta el final de la gestión, independientemente, del periodo de tiempo de duración que se hubiere mantenido en el cargo. Una suerte, pues, de mal menor.

²³ <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1602520>

²⁴ La Primera Ministra Liza Truss, en setiembre del 2022, anunció su dimisión tras estar solo 45 días al frente del gobierno, generando el reclamo de los laboristas, para que ésta renuncie a la pensión vitalicia.

10. MANTENIMIENTO O DEROGACIÓN DE LAS PERSONAS VITALICIAS EX-PRESIDENCIALES

Si bien, desde nuestra posición, no encontramos, argumentos sólidos para estimar la pensión vitalicia como discriminatoria y, por tanto, que este extremo sea sustento del quiebre del principio de igualdad —que es uno de los baluartes que se enarbola para pretender dejarla sin efecto, al que se agrega por cierto, el entender su otorgamiento como un premio a la corrupción y deshonestidad—; no deja de ser cierto que la norma fuente para empoderar la pensión ex-presidencial, por lo menos en el Perú, es reciente, además de única, como hemos visto líneas arriba. Si esto es así, parecería ser que, técnicamente, tal como fue impuesta, tal cual, eventualmente, podría seguirse el mismo camino para derogarla, lo que deja entrever que, por lo menos, desde el punto de vista jurídico no habría dificultad alguna para regularla en ese sentido; es decir, que ya no exista pensión para un expresidente.

Es factible así, derogar la Ley N° 26519, sin embargo, creemos también que, potencialmente, existen otros aspectos tal vez más rigurosos y discutibles que la propia agresión al principio de igualdad, que bien pueden servir para discernir si en nuestro país, es realmente conveniente la continuidad del otorgamiento de este tipo de gracia. Uno de ellos, es enfrentar la corrupción y deshonestidad, contrastándola con la conducta del presidente a lo largo de su período de gobierno que es la que, finalmente determina el juzgamiento a futuro no sólo de su calidad de persona sino de “funcionario”.

Ciertamente, la incomodidad que provoca en la ciudadanía el que un expresidente goce de una pensión vitalicia —pensamos en voz alta—, no está tanto en razón al derecho mismo anclado en la Ley N° 26519, sino en el hecho que, conocida o conocidas las irregulares conductas en las que éstos han incurrido, fácilmente

lindantes con delitos, como los que hoy conocemos y sancionables como delitos de corrupción, todavía mantengan incólumes sus derechos a exigir las pensiones vitalicias que les corresponden; los hechos los demuestran. La prueba mas sutil la proporciona el expresidente Toledo que, pese a estar condenado, continuaba percibiendo su pensión, sin problema alguno.

Ahí, estimamos, radica el *quid* del asunto, de modo que, ante un marco nada halagador de tener entre los ex mandatarios en vida que han gobernado entre los años 1985 y 2025, a todos ellos bajo la lupa de actos de corrupción y con más de pie y medio en la cárcel, el otorgarles el derecho vitalicio a percibir una pensión es premiar y promover la corrupción al más alto nivel. Entonces, el por qué premiar a un expresidente corrupto con el otorgamiento de una pensión vitalicia, es del todo una pregunta válida y consistente para desarrollar nuestro razonamiento de que sea factible o no la continuidad de dicha gracia.

Hasta aquí, creemos que ya hemos encendido la mecha para inclinarnos para que ya no se continúe pagando una pensión ex-presidencial. Pero, hay todavía más ases bajo la mesa. Retrocedamos, a la época ya citada de Henry Meiggs; sí, la de Meiggs, el constructor de los trenes en el Perú, que había sido invitado al Perú por el presidente Pedro Díez-Canseco en 1868, para construir las vías ferroviarias que el país necesitaba. Refresquémonos entonces, la memoria, con las prácticas de soborno que Meiggs utilizaba para corromper a los presidentes y autoridades del Perú en ese momento y que se encuentren ampliamente documentadas. Así, refiere Vásquez, que como escribe Watt Stewart, su principal biógrafo, “no puede dudarse que Henry Meiggs recurriese al soborno para obtener sus fines. A través de ese medio manejó a los hombres que manejaban el Perú” (Stewart, 1968, p. 47). Según Márquez (1888, p. 66), “Don Enrique” repartió sobornos por un valor mayor a diez millones de soles (más de 205 millones de dólares del día de hoy). Con este dinero, Meiggs compró el patrocinio de sucesivos

presidentes, amigos presidenciales, ministros, congresistas, jueces y dueños de periódicos. El propio “Don Enrique” describió el peculiar procedimiento que desarrolló para concertar en su favor las voluntades políticas peruanas. En conversación con William Clarke, comisionado especial del Comité Internacional de Tenedores de la Deuda y autor del informe *Peru and Its Creditors*, Meiggs confesó que la única manera de tratar con los sucesivos gobiernos peruanos era dejar que cada uno de ellos fijase libremente su precio. “A continuación, [Meiggs] añadía al precio del contrato las sumas exigidas por el presidente y sus amigos” (Clarke, 1877, p. 118). Los valores agregados de esta manera por Meiggs constituyeron un verdadero *markup* de la corrupción. Fueron un componente obligatorio en el cálculo de los costos finales de sus proyectos ferroviarios y empresariales en general. (2012, párr. 3)

Antes de Meiggs, el propio Simón Bolívar en una carta dirigida al Vicepresidente Santander, daba detalles de los actos de corrupción de otros dos personajes históricos peruanos, José de la Riva Agüero y Andrés de Santa Cruz, ambos expresidentes precisaba:

El gobierno de Riva Agüero es el gobierno de un Catilina unido al de un caos; no puede Ud. Imaginarse hombres más canallas ni ladrones que lo que tiene el Perú a su cabeza. Se han comido seis millones de pesos empréstito, de un modo escandaloso. Setecientos mil pesos se han robado entre Riva Agüero, Santa Cruz y el ministro de guerra, sólo en unas contratas hechas sobre equipo y embarque de tropas (Toussaint, s.f, párr. 7).

Veinte años después de la muerte de Bolívar, ni su propia memoria se salvaría del hábito de la corrupción; sería aprovechada por Ramón Rufino Echenique —otro

Presidente peruano—, para ser cómplice de otro acto de corrupción²⁵: Habiendo renunciado el Libertador al millón de pesos, según Morote “una cantidad enorme, algo así como una tercera parte del presupuesto anual de todo el país (2007, p. 69), que le había otorgado el Congreso por el triunfo de Ayacucho —aparte de los 50,000 pesos al año que percibía²⁶—, en 1852, éste fue reclamado por Antonio Leocadio Guzmán por ser su esposa, la señora Carlota Blanco y Xerez de Aristigueta, sobrina de María Antonia Bolívar, hermana mayor del Libertador. “Todo indica que, antes de regresar a Venezuela, Guzmán, acordó partir botín con el entonces presidente del Perú, Ramón Rufino Echenique. Echenique adelantó a Guzmán bonos de la deuda pública peruana con cargo a la factura de guano[...].” (Martínez, 210, párr. 15)

Con esta introducción, ciertamente “masoquista” que no tiene nada que envidiar a lo que apreciamos ahora con el Caso Odebrecht, aunque con una connotación distinta a los actos delincuenciales del gobierno del señor Castillo, o de los que ahora se ciernen, acusatoriamente, sobre la expresidenta Boluarte, ¿Es posible estar de acuerdo con la continuidad de la existencia de la pensión vitalicia a favor de un expresidente?

Responder esta pregunta, mirando con los ojos con que hoy día miramos acuciosamente, diarios y programas periodísticos, que permiten visualizar a todos los ex-presidentes vivos, tengámoslo por seguro que, pocos darían una impresión

²⁵ Un año y medio antes de marcharse, el Primer Congreso Constituyente del Perú, presidido por José María Calderón, emitió un decreto de “Honor y Recompensas”, por el que reconocía a Bolívar, algunas compensaciones por las proezas alcanzadas en favor de la emancipación. Aquella norma fue dada el 12 de febrero de 1825, estipulaba la disposición de entregarle un millón de pesos y otra igual para que la distribuya entre los generales, jefes, oficiales y soldados”. Gaceta del Gobierno del Perú: período de gobierno de Simón Bolívar. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.d0008163131&seq=44> p. XL.

²⁶ El 10 de setiembre de 1823 el Congreso Constituyente fija en 50,000 pesos al año el haber del Libertador Don Simón Bolívar”, según se lee en el libro Reseña del Senador del Perú. Italo Sifuentes. <https://elperuano.pe/noticia/66019-los-libertadores-y-el-trabajo-de-la-independencia.independencia>

favorable para que un presidente tenga a futuro, una pensión vitalicia por haber ejercido el cargo. Sin embargo, la respuesta tiene sus aristas.

A) Argumentos a favor de la pensión ex-presidencial

Existe una variedad de argumentos y razones que podrían abonar en pro de la continuidad de la pensión expresidencial, por ejemplo, el agradecer el ejercicio de la función pública que fue ejercida con corrección y honestidad, con lealtad y rectitud; a mérito de lo cual las decisiones del presidente, fueron independientes y sin sesgos; la limitación de recursos económicos que podría sobrevenir después que el presidente deje el cargo, lo cual le impide mantenerse sin trabajar o, que no pueda, eventualmente, conseguir empleo alguno; la inconveniencia de que siendo todavía depositario de datos confidenciales (incluso secretos de Estado) se coloque al servicio de compañías privadas que pueden utilizar información de origen público para beneficio privado; en fin, otros más que resultan valederos; sin embargo, todos ellos de una manera u otra, apuntan y convergen casi uniformemente hacia un denominador común : La “Dignidad” del expresidente de la República, es decir, del respeto que el expresidente tuvo, de sí mismo, cuando fue presidente y que transmitió al país y a la población, por la manera cómo gobernó el país, a partir del cual se hace o no merecedor de ese respeto.

Como fuere, los argumentos en favor, suelen tejerse alrededor de la actuación ética del expresidente que, bien o mal conducida, dará lugar a la aceptación y respeto del gobernante o a la percepción de la “[...] gran debilidad humana que subyace tras el cargo público y transmiten la enorme vulnerabilidad institucional de la máxima autoridad del Estado” (Peña, 203, párr. 2).

Como se verá, son criterios, de rigor, válidos, pero seamos honestos la “dignidad” no es precisamente, una característica que haya acuñado siquiera alguno

de los ex mandatarios peruanos, que, de manera suficiente, respalte la continuidad de este beneficio que en todo caso quedó en el juramento de estilo; por el contrario, es uno de los que causa más desgaste a la posición. De manera personal este autor, por ejemplo, en el entorno de un país que nunca había sido gobernado por una mujer, confiaba en que la Sra. Boluarte efectuase un mandato con decoro; los hechos, sin embargo, han demostrado que para la corrupción de poco vale el sexo o condición social, en el caso del expresidente Castillo, la corrupción corroerá la persona cuando no tiene valores, el resto, es lo de menos.

En estas condiciones estimado lector, el viejo y popular refrán “A Otro perro con ese hueso” parece cada vez más vigente, como también la reflexión de Platón, respecto de que “Un pueblo ante todo debe dudar”. ¿Por qué creer ahora?

B) Argumentos en contra de la pensión ex-presidencial

El deseo de ayudar al expresidente Harry Truman, motivó al presidente Eisenhower optar por pensionarlo, ante el rechazo de éste por aceptar valiosas ofertas laborales, a las que se negaba alegando que “Nunca podría prestarme a ninguna transacción por respetable que sea, comercialice el prestigio y la dignidad de la oficina de la presidencia”. Sin embargo, en nuestro país, el derrotero ex-presidencial, de hecho, no era, ni es el mismo, y en ese sentido, Peña, en el artículo consultado, refería en 2013, el caso del expresidente García que, después de haber dejado el gobierno en el que por cierto, el grupo español de energía eléctrica y gas ENDESA, había ganado la buena pro para construir una planta térmica en Talara, fue contratado para dictar una conferencia en Madrid pagándole ENDESA el monto de US\$ 60,000. Pues bien, teniendo como sustento la declaración del citado expresidente que hizo pública el 31 de enero de 2013, de la adquisición de una valiosa vivienda de US\$ 800,000 dólares con dinero obtenido por ingresos propios, en especial por “contratos internacionales” para

el dictado de conferencias, se preguntaba ¿Cuán ético u honesto es contratar, como expresidente, con empresas privadas para dictar conferencias por un valor superior a los 2 millones de soles durante los meses siguientes de terminado su mandato?²⁷

El Observatorio Anticorrupción, una plataforma promovida por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUC (Idehpucp),²⁸ que tiene como objetivo empoderar a la sociedad civil en su rol fiscalizador de la función pública, puntuiza el historial de otros expresidentes. Así, refiriéndose al señor Toledo Manrique —en la actualidad condenado a 20 años y seis meses de cárcel por colusión y lavado de activos—, presidente durante el periodo de 2001 a 2006, y al caso “Interoceánica Perú-Brasil, Tramos II y III”, señala que éste recibió pagos ilícitos por un monto de, aproximadamente, US\$ 20'000,000, efectuados por la empresa Odebrecht. Ollanta Humala, incluyendo a Nadine Heredia, ex primera dama, fueron procesados por haber recibido dinero ilegal del gobierno de Venezuela para la campaña presidencial del 2006, dinero que se les habría entregado mediante valijas diplomáticas en la embajada venezolana; y haber recibido dinero ilícito de Odebrecht y OAS para financiar la campaña presidencial de Humala en el 2011. Actualmente, ambos han sido condenados a penas de carcelería. Kuczynski, presidente de la República entre julio de 2016 y marzo de 2018, se encuentra investigado por su presunta intervención en actos de corrupción y lavado de activos; quien le sucedió en cargo, Martín Vizcarra, presidente desde marzo del 2018 hasta noviembre del 2020, no se quedó atrás: Se le

²⁷ En los días siguientes, políticos y periodistas de investigación, lograron difundir datos y argumentos que pusieron en duda, el origen de la capacidad de pago del expresidente. La mejor prueba de esta duda se refiere al nexo entre las conferencias dictadas por el expresidente por un valor de 2'120,000 soles y los contratos celebrados con empresas privadas transnacionales que invirtieron o se vieron beneficiados de concesiones o autorizaciones del Estado bajo mandato del mismo expresidente. (Diario La República, 14 de febrero de 2013, p. 8).

²⁸ <Https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/upload/2020/02/11204014/Reporte-caso-toledo.pdf>.

investiga por la presunta comisión del delito presunta comisión del delito de colusión agravada; y le sigue. el presidente Pedro Castillo, mandatario entre julio de 2021 y diciembre de 2022, que luego que fuera vacado tras el autogolpe de Estado que perpetró el pasado 7 de diciembre, es materia de encauzamiento por la Fiscalía que lo ha acusado formalmente, a través de una denuncia constitucional, por liderar una organización criminal en el seno de su gobierno, la cual ha sido aprobada por el Congreso peruano. Y finalmente, la cereza del pastel, la pone la vacada presidenta Boluarte, vacada por incapacidad moral, pero acusada de distintos y peculiares irregularidades.

Como se ha visto, existen varias puntas del iceberg en el mar de corrupción que envuelve la función pública en nuestro país, y que ha permitido que nuestros gobernantes, se hayan convertido en ricos al amparo del poder. Otros cuestionamientos, de hecho, existen y muchos. ¿En estas condiciones, entonces, la sostenibilidad de la pensión vitalicia a un ex gobernante aparece inconsistente, o no?

C) La racionalidad de la supresión de la pensión ex-presidencial

El espejo de la historia personal de la mayoría de aquellos que alguna vez gobernarón el país antes de que existiese la pensión vitalicia ex-presidencial, demuestra que, éstos nunca se molestaron en gestionar el otorgamiento de una pensión por haberse desempeñado como presidentes de la república: No tuvieron necesidad de hacerlo, pues, daban por hecho que, se enriquecerían durante su mandato, como en efecto, solía suceder. El preciado libro de Quiróz, así nos lo enseña, pero una frase: “La plata llega sola”, vertida por el expresidente García durante una cena privada en 2010, a un presentador de televisión, también.

Es discutible, por cierto, que todo aquél que llegue a la presidencia de la República, lo haga impulsado por fines distintos a la buena gestión del país, sin embargo, no podemos vivir de espaldas a la realidad, ni cerrarnos a la idea que, en un

futuro de corto plazo, podamos tener gobernantes honestos y con valores cimentados a partir de la crianza y educación que nos den, padres y maestros, primero, en casa y después, en la escuela y universidad, que es lo básico para, a futuro, tener personas con decoro, y fundamentalmente, en la administración pública, que es la que nos interesa de primera mano. En ese orden, para lograr buenos resultados en la política y en la gestión pública se requiere contar con gobernantes y funcionarios que hayan interiorizado los valores y posean una conducta íntegra pues son éstos servidores públicos quienes marcan las directrices y operan las instituciones (Bautista, s.f, p. 1).

La conducta íntegra a la que se refiere Bautista, reiteramos, la cimentamos, estimados lectores, en casa y en la escuela, refrendados luego en la universidad; que son precisamente, las fortalezas de las que adolecemos en los hogares peruanos, y ante lo cual nos mantenemos impávidos y sin reacción, lamentablemente.

North, un Premio Nobel de Economía 1993, añade que “Las instituciones son una creación humana. Evolucionan y son alteradas por humanos; por consiguiente, nuestra teoría deberá empezar por el individuo” (1993, p. 16). Pero, ¿Qué estamos haciendo por ir por este camino?

Ante esta literal verdad, si bien nos obliga y remite a revisar el mal que siempre nos aqueja como sociedad y que nunca afrontamos con solvencia, que es el déficit de buena educación que tenemos los peruanos, no podemos ni debemos renunciar siquiera, a la idea o posibilidad de tener presidentes con dignidad; reiteramos, no podemos renunciar a la idea de tener presidentes con dignidad, aunque ello, de hecho, signifique la adopción de una nueva mentalidad. ¡No tenemos otra salida! Tenemos que aspirar a un cambio de mentalidad, empezando —aunque muy difícilmente lo aceptemos— por la de nosotros mismos, y la de nuestros niños, que debe ser la labor

capital, y, en este contexto, aspiramos también a tener un “presidente”, con nueva mentalidad.

Cerrarnos a dar continuidad a una pensión ex-presidencial sobre la base de que hay que castigar a futuro, no es otra cosa que actuar por el simple hecho de hacer frente y castigar al corrupto, no a la corrupción. Es necesario pues, contrarrestar la corrupción y así limitaremos al corrupto, no obstante, nos vemos obligados por las actuales circunstancias, a castigar a futuro, poniendo en tela de juicio a priori, a quien quiera ser presidente.

D) La modificación parcial de la Ley N° 26519

La propuesta del proyecto de Ley incorpora un nuevo artículo 2-A a la N° 26519, y nace a partir de la decisión judicial que, aprovechando el vacío legal en la que incurre la norma, ordenó al Congreso otorgar pensión al expresidente Castillo pese a su destitución como tal, y se centra sobre todo, en dejar sin beneficio, a los expresidentes que hayan sido vacados bajo cualquiera de los cinco supuestos previstos en el artículo 113 de la Constitución, que incluye la muerte, incapacidad moral o física permanente declarada por el Congreso, aceptación de renuncia, salida del país sin permiso legislativo o no retorno en el plazo fijado, y destitución tras infracciones señaladas en el artículo 117.

Reactiva y mediatizada antes que meditada, se trata en realidad de una propuesta muy al margen del aspecto de fondo de lo que se supone, motivó la dación de la ley, que es, premiar la dignidad presidencial. y que es medible con la aprobación o desaprobación de un gobierno y de los actos del gobernante.

E) La derogatoria de la Ley N° 26519

Reitero, solo un cambio de mentalidad positivo, nos hará, personas y un país, empoderados, con dignidad, distintos de lo que hoy, somos. Tomemos en serio la labor de ser mejores personas, para después, aspirar y exigir tener un presidente que se respete, y a quien respetemos en el mismo sentido, cual fuere su tinte político, raza o condición social, siempre que sea producto de una nueva mentalidad, con un nuevo trato público; ello, a su vez, nos permitirá resguardar también la figura del presidente, de modo que, con visión de futuro, la percepción positiva, acertada o correcta de una pensión ex-presidencial, caiga por su propio peso.

Hasta antes de la expresidenta Boluarte, el Perú, nunca había sido gobernada por una mujer, de modo que, ella, en este sentido, rompía el estereotipo, frente a expresidentes varones, todos ellos acusados de corrupción. Hasta qué punto la calidad de mujer representaba un plus para un gran sector de la población, era evidente, al margen de la ideología que podíamos tener, nosotros como ciudadanos, y ella como presidenta. Un viejo refrán romano, sin embargo, echaría por tierras nuestros deseos de que una mujer, hiciera mejor las cosas que los hombres: “La mujer del César, no solo debe serlo, sino parecerlo”; demostrando así, que la falta de ética, que es una señal de la falta de dignidad, puede asentarse, fácilmente, en cualquier persona, sea hombre o mujer. sin distingo alguno.

Por ahora, los vientos de cuestionamientos que asolan las arenas del mar que es nuestro país, soplan en sentido contrario, y alejan cada vez mas los barcos que traen el entendimiento, fuera, muy fuera de nuestras costas. Por ello, la racionalidad nos aconseja, que ya no es posible sostener una pensión ex-presidencial que, a lo largo de los años que viene rigiendo, solo ha servido para premiar a la corrupción. La Ley N° 26519, tiene que ser derogada. Y tiene que ser derogada, simple y llanamente, porque

aún no hemos madurado una conciencia cívica, sustentada en la dignidad, que nos hace falta a la mayoría de peruanos.

III. CONCLUSIONES

La pensión vitalicia ex-presidencial, no tiene relación con la calidad de trabajador de un presidente en ejercicio del mandato, ni con el derecho pensionario, por lo que si bien constituye una pensión especial o de excepción, no constituye una pensión de jubilación.

La pensión vitalicia no colisiona ni vulnera el principio de igualdad, debido a la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, que no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público. En este contexto, no necesariamente las distinciones o diferencias son discriminatorias porque para serlo, tienen que carecer tanto de la objetividad como de la razonabilidad que son las que propician su justificación.

La pensión vitalicia ex-presidencial, no está relacionada con la Dignidad presidencial. La política, como arte de gobernar, es una actividad que debe ser orientada por la ética, los valores, por lo que el desempeño de un presidente en ejercicio debería ser expresión del arte del buen gobierno y la pensión, el premio por ello. En la práctica, su percepción solo obedece a un solo criterio: El ejercicio del cargo.

Conforme la redacción literal de la Ley N° 26519, la pensión vitalicia ex-presidencial, podría ser percibida por varios expresidentes en un mismo periodo de cinco años, de lo que se colige que no está en correspondencia con el ejercicio presidencial completo de un gobierno constitucional. Por esa misma imprecisión legal, no necesariamente quien ejerció la presidencia tendría derecho inobjetable a percibirla una vez accedido al cargo.

Los hechos han demostrado que, el otorgamiento de la pensión vitalicia a un expresidente constitucional resulta un “premio” a un mandatario corrupto antes que un merecimiento a su dignidad presidencial. Por lo menos en el Perú, sí, siendo prueba de ello, tener, ingratamente, procesados o presos por delitos enmarcados en la corrupción, a casi todos los últimos expresidentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, C. (2024) Las pensiones vitalicias para los expresidentes. A propósito de los casos Castillo y Fujimori. En: Revista Gaceta Constitucional N° 199, Gaceta Jurídica.
- Angles, G. (2024) El derecho a una pensión vitalicia de los expresidentes de la República del Perú. Consultado el 5 de julio de 2024: <https://lpderecho.pe/derechopension-vitalicia-expresidentes-republica-breves-reflexiones-derecho-laboralconstitucional-caso-fujimori-castillo/>
- Barajas, S. (2000). Derechos del pensionado y del jubilado. Cámara de Diputados. LVV Legislatura. UNAM.
- Baralt, R. M. (2016). Resumen de la Historia de Venezuela, desde 1797 hasta 1830. Tomo II. Fondo Editorial UNERMB 2016. https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana-cm/libro_detalle_resultado.php?id_libro=1560&campo=cm&texto=495.
- Bautista, D. (2007). *Ética y política: valores para un buen gobierno*. Repositorio Institucional de la Universidad Complutense Madrid. Encuentros multidisciplinares, IX sep (27). <https://eprints.ucm.es/id/eprint/6972/1/art-%C3%A9ticaypolitica-TI.pdf>.

Bayefsky, A.F. (1990). Principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. 1990. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2000). Historia de la Ley N° 19.672. Reforma Constitucional que Modifica el artículo 30 de la Carta Fundamental, con el fin de establecer el Estatuto de los ex Presidentes de la República. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/25038/1/HL19672.pdf>.

Boltaina, X. (2010). Intervención de la administración pública en la administración de las relaciones laborales. Departament de Dret Administratiu i Dret Processal. Universitat de Barcelona. Textos docentes 359.

Castro, N. (2020) La carencia de fundamentación constitucional de la ley 26519 que otorga pensión vitalicia a los expresidentes de la República del Perú. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad César Vallejo, Trujillo. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50744/Castro_FNJ-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Colección de Leyes, Decretos y Órdenes publicadas en el Perú desde su Independencia en el año de 1821, hasta el 31 de Diciembre de 1859. 030. Tomo I. (1831), Felipe Baylli, Editor. <https://books.google.com.pe/books?id=fmKG4HvTrKAC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

Contreras, C. (2013). Quiroz, Alfonso W. Historia de la corrupción en el Perú. Traducción de Javier Flores Espinoza. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal, 2013. Economía Vol. XXXVI, N° 72, 2013. Departamento de Economía Pontificia Universidad Católica del Perú.

Constitución de 1983.

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/C0_NSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-989/99. Bogotá: 2 de diciembre de 1999. http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/c-989_1999.html.

Colección Documental de la Independencia del Perú. Tomo XV. Vol.1.

Escobar, M. T. (2022). La llave es la dignidad, señor Presidente. <https://www.primicias.ec/noticias/firmas/dignidad-poder-guillermo-lasso-llave/>.

Fernández, P. (2003). El Aerarium Militare. Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, T. 16, 197-214. <https://doi.org/10.5944/etfii.16.2003.4416>.

Figueroa, E. (2013). Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos. ¿Entre Escila y Caribdis?. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/01/dimensiones-del-derecho-a-la-igualdad-pdf1.pdf>.

Góngora, Enrique. (2013). El costo de la corrupción en el Perú: Una historia política y económica. Locus Amoenus. <http://egongora.blogspot.pe/2013/05>.

Lastra, J.M. (2000). El Trabajo en la Historia. Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Volumen XI-XII 1999-2000. pp. 195-194. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/11/cnt/cnt7.pdf>.

La OIT en la Historia (2009). De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos. TRABAJO. Revista de la OIT, N° 67.

Licona, C. (2008). Estudio en materia de pensiones, percepciones o compensaciones y demás beneficios a los ex presidentes en México. Una aproximación al derecho comparado. Serie amarilla. Temas políticos y sociales. Cámara de Diputados. Derechos Reservados.

Ley 48 de 1962. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1602520>.

Ley 28212. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28212.pdf>.

Martínez, A. (2019). El Ejecutivo frente al Congreso en las Primeras Décadas de la Experiencia Republicana Colombiana, 1821-1840. Ciencia Nueva. Vol. 3 Núm. 2. pp. 124-157.

Martínez, I. (2010). La espada de Bolívar y un millón de pesos. <https://letraslibres.com/revista-espana/la-espada-de-bolivar-y-un-millon-de-pesos/>.

Ministerio de Guerra y Marina del Perú. (1950). Gaceta del Gobierno Independiente de Lima. Tomos I a III. https://archive.org/stream/gaceta-del-gobierno-de-lima-independiente-tomos-i-a-iii-julio-1821-diciembre-182/Gaceta%20del%20Gobierno%20de%20Lima%20Independiente%20%28Tomas%20I%20a%20III%29%20%28Julio%201821-Diciembre%201822%29%20%28Universidad%20Nacional%20de%20La%20Plata%29%20%281950%29_djvu.txt.

Milla, Ch. (2021) Extinción de la pensión vitalicia de expresidentes peruanos procesados por delitos contra la administración pública. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad César Vallejo, Huaraz. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/72069/Milla_LC-C-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Morales D. y Quicaño, B. (2022) El derecho de igualdad ante la ley vulnerada por la pensión vitalicia de expresidentes del Perú. Tesis para optar el título de Abogados, Universidad José Carlos Mariátegui, Moquegua.
https://repositorio.ujcm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12819/1602/David-Betty_tesis_titulo_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Morote, H. (2009). Bolívar, Libertador y Enemigo N° 1 Del Perú. Jaime Campodónico/Editor.

<https://www.herbertmorote.com/libros/cuarta%20edicion%20bolivar%20libertador.pdf>.

North, D. (1993). Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica.
<https://teoriaeconomicahistoria2020.wordpress.com/wp-content/uploads/2019/08/douglass-north-instituciones-cambio-institucional-y-desempeno-economico-1a-parte-1.pdf>.

Parker, J. H. (1976). La dignidad del ser humano: La dignidad de nuestra profesión. *Hispania*. Vol. 59, N°. 1. pp. 1-65. <https://www.jstor.org/stable/i214694>.

Peña, A. (2013). Daño institucional por conferencias millonarias de un ex presidente. Derecho y Desastre. <https://derechoydesastre.wordpress.com/2013/02/18/>.

Quesada F.J y R. J.A. (2009). Antecedentes históricos de la previsión social. Pecvnia, 8 (2009). 307-323. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AntecedentesHistoricosDeLaPrevisionSocial-3181033%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AntecedentesHistoricosDeLaPrevisionSocial-3181033%20(1).pdf).

Quiróz, A.W. (2019). Historia de la corrupción en el Perú. (Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal. Ruprecht, Al. (2018). Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Academia Iberoamericana de

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Universidad Nacional Autónoma de México). Instituto De Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales.

Toussaint, E. (2018). Simón Bolívar en el laberinto de la deuda y de las concesiones a los acreedores. <https://www.cadtm.org/Simon-Bolivar-en-el-laberinto-de>.

Vásquez, César. (2017). Henry Meiggs: El coimero de presidentes, ministros, congresistas, jueces y dueños de periódicos. <https://cavb.blogspot.com/2012/04/henry-meiggs-el-coimero-de-presidentes.html>.

Vidal, Alvaro. (2010). Los sistemas de pensiones en el Perú, en obra colectiva “Envejecimiento en América Latina”.

Por:

Francisco Arturo

Carrasco Cabezas *

*EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS
PLENOS JURISDICCIONALES Y SU IMPACTO
EN EL DERECHO LABORAL PERUANO*

Resumen

El sistema jurídico peruano prevé que ciertos pronunciamientos, desde sentencias del Tribunal Constitucional hasta acuerdos plenarios de la Corte Suprema, cuenten con grados de vinculatoriedad diferenciados. En el ámbito laboral, estos pronunciamientos adquieren especial relevancia debido a la falta de un Código de Trabajo y la necesidad de equilibrar la protección de los trabajadores con la seguridad jurídica requerida por los empleadores. Este artículo analiza los mecanismos orientados a garantizar la uniformidad jurisprudencial: precedentes constitucionales, casatorios y plenarios. Con énfasis en las reformas introducidas por la Ley N.º 31591; se destaca cómo los acuerdos plenarios supremos han adquirido fuerza vinculante, consolidando su rol en la interpretación uniforme de las normas laborales. Se aborda también la necesidad de que jueces y abogados litigantes comprendan las diferencias entre precedentes vinculantes, doctrina jurisprudencial y acuerdos no obligatorios, resaltando la importancia de la formación continua y el análisis crítico de cada caso. Finalmente, se plantea que, aunque los plenos jurisdiccionales no vinculantes no tienen fuerza normativa, constituyen un valioso recurso para fomentar la reflexión judicial, contribuyendo al fortalecimiento de la previsibilidad jurídica y la paz social.

* Maestro en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado de la maestría en Derecho Laboral por la Universidad de San Martín de Porres. Abogado asociado en el Estudio PPU, fcarrascocabezas@gmail.com, Lima, Perú, ORCID: 0000-0002-0704-9742.

Abstract

The Peruvian legal system incorporates diverse judicial pronouncements—ranging from Constitutional Court rulings to Plenary Sessions (Plenos) of the Supreme Court—with varying degrees of binding authority. In labor law, these pronouncements become especially relevant due to the rapid evolution of employment relationships and the need to protect vulnerable workers. This paper examines the mechanisms designed to ensure jurisprudential uniformity: constitutional precedents, Supreme Court casatory precedents, and Judicial Plenary Sessions (Plenos). Particular emphasis is placed on the recent reforms introduced by Law N°. 31591, which grants binding force to Supreme Plenary Agreements, transforming them into a pivotal reference for lower courts. By exploring both the legal framework and practical challenges, the study highlights how judges and litigators must distinguish between truly binding precedents and non-binding guidelines. Furthermore, it stresses the importance of continuous legal training and critical assessment of each case to maintain consistency while allowing for necessary flexibility. Ultimately, the findings underscore that a balanced and well-informed application of precedents not only prevents contradictory decisions but also fortifies the rule of law, promoting a fair and predictable judicial environment that benefits workers, employers, and the broader community.

Palabras clave: Derecho Laboral, jurisprudencia, precedentes, Plenos Jurisdiccionales.

Keywords: Labor law, jurisprudence, precedents, Plenary Sessions.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFUSIÓN USUAL EN TORNO A LA FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES. III. FUNDAMENTOS DE LA VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES LABORALES EN EL PERÚ. IV. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CARÁCTER VINCULANTE. V. PLENOS CASATORIOS LABORALES. VI. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES. VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. VIII. LOS RETOS ACTUALES EN EL USO DE PLENOS JURISDICCIONALES NO VINCULANTES. IX. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y EL VALOR PRÁCTICO DE LOS PLENOS QUE NO SON VINCULANTES. X. SOBRE LA FALTA DE CLARIDAD SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES: COMENTARIO A LA CASACIÓN N.º 9579-2019-LIMA. XI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS. XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico peruano se caracteriza por la coexistencia de diversos pronunciamientos provenientes de distintos órganos jurisdiccionales, cada uno con su propio grado de autoridad y alcance. Desde las sentencias del Tribunal Constitucional hasta los acuerdos de los Plenos Casatorios y los Plenos Jurisdiccionales, se han diseñado diferentes mecanismos para propiciar la unificación de criterios interpretativos y, con ello, garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, este abanico de decisiones puede generar confusión acerca de la fuerza vinculante de cada uno.

La búsqueda de uniformidad y predictibilidad en la aplicación de las normas constituye un objetivo primordial para la consolidación de un sistema de justicia confiable. De manera particular, en materia laboral, la producción de criterios jurisprudenciales cobra una relevancia especial, debido a la constante evolución de las relaciones de trabajo y la necesidad de proteger a la parte más vulnerable, sin descuidar la certeza que requiere la parte empleadora que toma las decisiones operativas o financieras con impacto en la vida personal de sus dependientes.

En la doctrina y la práctica judicial, se han identificado distintos tipos de precedentes que varían en su grado de obligatoriedad, lo que ha permitido una mayor armonización en la interpretación y aplicación de las normas, buscando fortalecer el principio de igualdad ante la ley, ya que promueve una interpretación consistente de las disposiciones legales y evita decisiones arbitrarias o contradictorias.

Como destaca Taruffo (2016, p. 54), la uniformidad en la jurisprudencia no solo asegura un trato igualitario ante situaciones similares, sino que también refuerza la previsibilidad de las decisiones judiciales, aportando claridad y estabilidad al sistema legal, y además tiene el potencial de reducir la litigiosidad al ofrecer a las partes una mayor certeza sobre el desenlace probable de sus casos. En este sentido, la

consolidación de precedentes uniformes cumple una función normativa, y fomenta la confianza en el sistema de justicia. En línea con ello, Liendo (2011) identifica tres funciones del precedente vinculante:

- Función político-institucional: En una democracia constitucional, un precedente emitido por un Tribunal Supremo establece una regla de Derecho que no solo resuelve un caso concreto, sino que también interpreta y da contenido a los principios y valores constitucionales -como los derechos fundamentales o los límites al poder político-. De esta forma, el precedente se convierte en un instrumento para hacer efectivos los mandatos constitucionales frente a otras ramas del poder y actores privados.
- Función juridicista: El precedente refuerza el Estado de Derecho al ofrecer certeza sobre el significado del Derecho objetivo, promover la igualdad en su aplicación, fomentar la imparcialidad y la transparencia en las decisiones, limitar la arbitrariedad judicial y proporcionar continuidad normativa.
- Función económica: Al brindar seguridad jurídica y previsibilidad sobre la aplicación de las normas -las "reglas del juego"-, el precedente crea condiciones favorables para los intercambios comerciales, el uso eficiente de recursos y la dinamización de la economía.

El Tribunal Constitucional, por ejemplo, puede dictar sentencias con la calidad de precedente vinculante, cuya obligatoriedad no admite cuestionamientos ni apartamientos injustificados por parte de los jueces. De modo análogo, la Corte Suprema desarrolla criterios jurisprudenciales mediante las sentencias de casación ordinaria, los Plenos Casatorios y la publicación de ejecutorias que fijan doctrina vinculante. En este entramado, los Plenos Jurisdiccionales -sobre todo desde la

entrada en vigor de la Ley N.º 31591- han adquirido una renovada fuerza vinculante que fortalece la coherencia de la jurisprudencia y la seguridad jurídica.

Precisamente, este trabajo aborda la forma en que se articula la vinculatoriedad de los Plenos Jurisdiccionales en el Perú, con especial atención a su impacto en el ámbito laboral. Se presentarán definiciones claras sobre su naturaleza, se analizarán los tipos de precedentes vinculantes reconocidos por la normativa peruana y se examinará la evolución de la fuerza obligatoria que han adquirido los Plenos Jurisdiccionales Supremos, en contraste con la situación previa a la entrada en vigor de la Ley N.º 31591¹. Adicionalmente, es necesario precisar el entorno normativo y jurisprudencial que enmarca los distintos mecanismos de unificación. Las leyes procesales laborales, las disposiciones orgánicas del Poder Judicial y las directrices constitucionales convergen para delinear el modo en que los jueces deben interpretar y aplicar las normas. Esta confluencia normativa puede resultar compleja para los operadores jurídicos, especialmente cuando se entrecruzan sentencias del Tribunal Constitucional, precedentes de la Corte Suprema y acuerdos de Plenos Jurisdiccionales -algunos de los cuales poseen fuerza vinculante y otros solo un carácter orientador-. Comprender la jerarquía y la naturaleza de cada pronunciamiento es esencial para evitar decisiones contradictorias y asegurar la coherencia en el sistema de justicia.

Por último, también es importante examinar la responsabilidad compartida entre los distintos actores del sistema judicial -jueces, abogados y asesores- en la difusión y correcta aplicación de estos criterios. Si bien las reformas legales (como la Ley N.º 31591) han modificado el grado de obligatoriedad de determinados plenos, su eficacia depende en gran medida de que los operadores del derecho conozcan estos

¹ Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por el Decreto Legislativo 768, y sus modificatorias, a fin de optimizar el recurso de casación para fortalecer las funciones de la corte suprema de justicia de la república y dicta otras disposiciones.

cambios, disciernan su naturaleza y los invoquen adecuadamente en cada proceso. Solo a través de un entendimiento cabal de estas normas y de sus implicancias para la práctica judicial se podrá consolidar la uniformidad jurisprudencial y fortalecer la seguridad jurídica que demanda la sociedad.

En las secciones siguientes, se profundizará en la definición y naturaleza de los Plenos Jurisdiccionales, destacando su función de promover la reflexión de los magistrados a través del debate en torno a temas de gran relevancia jurídica. Asimismo, se examinarán los precedentes vinculantes en el Derecho Laboral, incluyendo los Plenos Casatorios y las decisiones del Tribunal Constitucional, para luego centrarnos en la fuerza vinculante de los Plenos Jurisdiccionales Laborales, evidenciando cómo este instrumento ha venido a reforzar la uniformidad jurisprudencial en beneficio de la comunidad jurídica y de la sociedad en general.

II. LA CONFUSIÓN USUAL EN TORNO A LA FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Uno de los principales motivos de incertidumbre para los operadores jurídicos -abogados, jueces y demás actores del sistema de justicia- reside en la dificultad para identificar de forma clara y precisa el grado de vinculatoriedad de cada tipo de pronunciamiento judicial. En la práctica, coexisten diversas instancias (desde el Tribunal Constitucional, pasando por la Corte Suprema y los órganos de menor jerarquía) y cada una de ellas puede emitir decisiones con efectos diferentes en cuanto a su obligatoriedad.

Por un lado, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden constituirse en precedentes vinculantes cuando así lo declaran expresamente, requiriendo el acatamiento incondicional de todo el sistema judicial. Por otro, las Salas Supremas de la Corte Suprema dictan sentencias de casación y Plenos Casatorios, y publican

ejecutorias que fijan doctrina jurisprudencial, mecanismos que, aunque comparten la finalidad de promover la uniformidad jurisprudencial, no siempre tienen el mismo grado de obligatoriedad.

A ello se suman los Plenos Jurisdiccionales, en cuyas reuniones los jueces buscan acordar criterios interpretativos para unificar la aplicación de la ley en materias específicas. Sin embargo, no todos los Plenos tienen idéntica fuerza vinculante:

- Antes de la promulgación de la Ley N.^º 31591, los acuerdos adoptados en los Plenos Jurisdiccionales Supremos no eran de cumplimiento obligatorio, lo que generaba confusiones entre los operadores jurídicos sobre si debían o no acatar dichos criterios.
- Con la entrada en vigor de la Ley N.^º 31591 (27 de octubre de 2022), se estableció un nuevo parámetro que otorga carácter vinculante a los acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales Supremos, salvo que el juez que decida apartarse de ellos justifique su posición de manera fundamentada.

Este panorama se torna especialmente complejo en el ámbito laboral, donde coexisten precedentes derivados de distintas fuentes. La confusión más frecuente proviene de:

- Creer que todos los Plenos Jurisdiccionales tienen la misma obligatoriedad. Muchos litigantes y juzgadores no distinguen entre los Plenos emitidos antes y después de la entrada en vigencia de la Ley N.^º 31591, siendo así que solo los últimos generan un verdadero efecto vinculante.
- Desconocer la jerarquía entre las distintas instancias y tipos de plenos. Existen importantes diferencias entre los Plenos Casatorios de la Corte Suprema y los Plenos Jurisdiccionales Supremos, Nacionales, Regionales o Distritales. Los

Plenos Casatorios ostentan el máximo nivel de vinculatoriedad, por lo que ningún juez puede apartarse de estas sin incurrir en una motivación defectuosa. En cambio, los demás plenos adquieren diferente fuerza obligatoria, siendo los Plenos Jurisdiccionales Supremos -emitidos de conformidad con la Ley N.º 31591- aquellos que tienen un carácter vinculante, siempre que el juzgador no justifique debidamente su apartamiento.

- Confundir la “doctrina jurisprudencial” con cualquier dictada por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Aunque ambos colegiados pueden generar reglas interpretativas de gran relevancia, no todas sus resoluciones constituyen precedente vinculante ni se equiparan necesariamente a la doctrina jurisprudencial. Esta última exige reiteración y uniformidad de criterios, mientras que el precedente vinculante del Tribunal Constitucional requiere su declaración expresa. En tal sentido, no basta con invocar una sola sentencia para sostener una doctrina jurisprudencial, ni todas las decisiones del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema producen, de por sí, un efecto obligatorio general.

En nuestro ordenamiento, la regla general es que los jueces no pueden apartarse de un precedente que ostente fuerza vinculante. No obstante, la práctica judicial reconoce dos técnicas que, bajo ciertos supuestos, permiten no seguir el criterio obligatorio fijado en un precedente: *el overruling y el distinguishing*.

- El *overruling* es la técnica mediante la cual un tribunal de igual o mayor jerarquía que aquel que estableció el precedente decide invalidar o “superar” dicho precedente. En otras palabras, se deja de aplicar la regla anterior para casos futuros, por considerarla inaplicable, desfasada o errónea en su razonamiento jurídico. Al hacerlo, se crea un nuevo criterio jurisprudencial o

se suprime el anterior, marcando un punto de quiebre en la línea interpretativa seguida hasta el momento. Este proceso requiere un análisis especialmente riguroso, pues implica tensionar valores como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la consistencia del sistema judicial.

- El *distinguishing*, por su parte, ofrece una salida más flexible. Si bien el precedente sigue siendo válido en términos generales, el juez considera que las circunstancias de hecho o de derecho del caso concreto difieren de tal manera de las contempladas por el precedente, que resultaría inadecuado aplicarlo. Así, el precedente no se anula ni se sustituye, sino que se señala su no correspondencia al supuesto específico, manteniendo su vigencia para los demás casos que sí coincidan con sus supuestos fácticos y jurídicos.

En ese sentido, podemos decir que el *overruling* “cambia las reglas del juego” declarando que la regla antigua ya no es aplicable en el futuro. Por ejemplo en la Casación N°. 4442-2015-Moquegua, emitida por los magistrados integrantes de las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República), en la que los jueces supremos, modificaron el precedente vinculante contenido en el punto 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N°. 2195-2011-Ucayali) y plantearon que si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la nulidad absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes; declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia.

Por otra parte, el *distinguishing* “encuentra una excusa válida” para no usarla en el caso presente, sin modificar su validez para casos análogos. Por ejemplo, en el expediente N.º 26310-2019-0-1801-JR-LA-08, la Sala Superior aplicó la técnica del *distinguishing* para apartarse de una doctrina jurisprudencial previamente establecida

por la Corte Suprema en la Casación N.º 17821-2019-Moquegua, sustentada en el hecho de que las circunstancias del nuevo caso no eran comparables con las del precedente. Mientras que la casación anterior se refería al acceso de un trabajador CAS a un régimen laboral público, el nuevo caso involucraba a un auxiliar de limpieza que solicitaba el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado bajo el régimen privado (Decreto Legislativo N.º 728), dentro de una entidad con régimen mixto. Por lo tanto, dado que se trataban de situaciones claramente diferenciables, la Sala consideró que no correspondía aplicar de manera automática la doctrina jurisprudencial previa.

Por tanto, aun cuando estas dos técnicas justifican, en circunstancias muy específicas, el apartamiento de un precedente vinculante, en el ordenamiento peruano se debe tener presente que la regla general es cumplir con dicho precedente. Solo procede un cambio (*overruling*) o una no aplicación (*distinguishing*) cuando se cumplan exigentes estándares de motivación y se preserve la coherencia del sistema, evitando caer en la arbitrariedad. De esta forma, el respeto a la vinculatoriedad no excluye la posibilidad de corrección o matización de criterios jurisprudenciales, siempre y cuando se realice mediante fórmulas reconocidas y fundamentadas en derecho.

Como consecuencia de lo anterior, resulta cada vez más frecuente que, al momento de formular argumentos o emitir sentencias, los profesionales del derecho se pregunten cuál de los múltiples pronunciamientos debe prevalecer y hasta qué punto están obligados a someterse a cada criterio fijado. Dada la coexistencia de pronunciamientos provenientes de diversas fuentes y la distinta fuerza vinculante que cada uno puede tener, las siguientes secciones pretenden clarificar estas dudas. Se abordará de manera sistemática el alcance, la fundamentación normativa y la obligatoriedad de los diversos pronunciamientos, con especial atención a su aplicación en el ámbito laboral. A través de un examen detallado de las diferencias

entre estos pronunciamientos y de las reformas legislativas que han influido en su eficacia práctica, se busca atenuar la confusión que deriva de la multiplicidad de criterios judiciales en el Perú y de administradores de justicia que los expiden.

En el capítulo siguiente, en el que se analizarán los fundamentos que dotan de obligatoriedad a ciertas decisiones ofreciendo una visión más profunda de cómo dichos mecanismos fortalecen la previsibilidad y la uniformidad en el sistema judicial peruano.

III. FUNDAMENTOS DE LA VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES LABORALES EN EL PERÚ

La predictibilidad y la uniformidad jurisprudencial constituyen pilares esenciales para el fortalecimiento del sistema de justicia peruano. En este capítulo, se examinarán los principios que sustentan la obligatoriedad de ciertos pronunciamientos judiciales, desde su fundamento constitucional hasta las disposiciones procesales que confieren eficacia a los precedentes y demás mecanismos de unificación de criterios.

En el ámbito del Derecho Laboral, se reconocen tres tipos de precedentes vinculantes que regulan la interpretación y aplicación de las normas: el Pleno Casatorio, las decisiones del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos. A continuación, se desarrolla cada uno de ellos:

- Decisiones del Tribunal Constitucional: Las sentencias del Tribunal Constitucional que alcanzan la calidad de cosa juzgada pueden constituir precedentes vinculantes si la propia sentencia así lo dispone. Estas decisiones establecen una regla jurídica y un efecto normativo claro. Para modificar, apartarse de, o anular un precedente vinculante, es necesario el consenso del

Pleno del Tribunal Constitucional, lo cual requiere el voto favorable de al menos cinco magistrados.

- Pleno Casatorio: De acuerdo con el artículo 40 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República tiene la potestad de convocar a un pleno de jueces supremos de otras salas especializadas en materia constitucional y social. El propósito de esta convocatoria es deliberar y emitir sentencias que establezcan o modifiquen precedentes judiciales. La decisión adoptada por mayoría absoluta en este pleno adquiere carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del país, salvo que sea sustituida por un nuevo precedente.
- Plenos Jurisdiccionales Supremos: Desde la entrada en vigor de la Ley N.º 31591, el 27 de octubre de 2022, los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema tienen la facultad de aprobar reglas interpretativas mediante acuerdo de mayoría absoluta. Estas reglas son de cumplimiento obligatorio para todos los magistrados del sistema judicial. Si un juez decide apartarse de dichas reglas, debe justificar su decisión mediante una resolución motivada, señalando los fundamentos que lo llevaron a desechar las interpretaciones previamente establecidas.

En conjunto, estos mecanismos garantizan uniformidad y coherencia en la interpretación de las normas laborales, fortaleciendo la seguridad jurídica en este ámbito.

Este reconocimiento también ha sido reafirmado en la jurisprudencia, como lo evidencia la Casación N.º 9579-2019, la cual, en su fundamento sexto, destaca un cambio en el carácter vinculante de los plenos jurisdiccionales, producto de las modificaciones normativas introducidas por la Ley N.º 31591 y la Ley N.º 31699. Según

el análisis realizado, estas modificaciones establecen que solo aquellos plenos jurisdiccionales emitidos posteriormente a dichas reformas tendrán carácter vinculante.

En ese sentido, la Casación concluye que, hasta la fecha, únicamente el X Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional, celebrado el 19 de diciembre de 2022, posee carácter vinculante, debido a que es el primero y único pleno emitido conforme a las disposiciones de las leyes mencionadas, lo que lo convierte en un referente normativo obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales del país. Además, en su fundamento noveno, la Casación señala que los plenos jurisdiccionales que no tienen carácter vinculante constituyen acuerdos orientados a generar tendencias y unificar criterios jurisprudenciales. Sin embargo, aclara que, desde el punto de vista jurídico, carecen de fuerza obligatoria y solo poseen un valor persuasivo.

Por ese motivo, la casación termina apartándose del III acuerdo del V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. En relación con este tema, Carrera Hurtado resalta la importancia de la casación comentada como un mecanismo importante en el ámbito jurídico, pues cuando una sentencia se aparta de los criterios establecidos en los Plenos Jurisdiccionales Supremos, se configura una de las causales específicas para interponer un recurso de casación, tal como lo establece la Ley N.º 31699. Cabe precisar que la aplicación de esta causal está limitada a los plenos emitidos a partir del 27 de octubre de 2022, lo que delimita su alcance temporal y otorga un marco concreto a su aplicación (Carrera, 2024).

La autora subraya que, frente a esto, resulta fundamental analizar cuidadosamente los recursos de casación presentados por motivos de discrepancia con los mencionados plenos. De igual manera, recomienda evaluar las estrategias de defensa en los procesos judiciales en curso, tanto en primera como en segunda

instancia, para asegurar que estén alineadas con los criterios jurisprudenciales pertinentes (Carrera, 2024).

Finalmente, si bien es cierto que la casación establece que solo algunos de estos plenos poseen carácter vinculante, es importante no subestimar la relevancia de todos ellos en el desarrollo de una defensa legal efectiva ya que reflejan los criterios y las decisiones adoptadas por los magistrados de la Corte Suprema, proporcionando una base sólida para interpretar y argumentar en el marco de los procesos judiciales. Por tanto, incluso aquellos plenos que no son estrictamente vinculantes pueden ofrecer valiosas orientaciones para una estrategia jurídica robusta y bien fundamentada.

Tabla 1

Sobre el contenido de los plenos y su carácter.

Pleno	Temas abordados	Carácter
I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral	Procedencia de reposición laboral por despido incausado o fraudulento; indemnización por enfermedades profesionales; tratamiento de horas extras en sectores público y privado.	No vinculante
II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral	Tutela procesal para trabajadores públicos; desnaturalización de contratos (CAS); despido incausado y fraudulento; remuneraciones computables para CTS y pensiones; competencias judiciales; plazos procesales; y pensiones mínimas.	No vinculante
III Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Aplicación del artículo 29 del Reglamento de Relaciones Colectivas; exoneración de vía administrativa; derechos pensionarios planteados por herederos.	No vinculante
IV Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Actuación de pruebas documentales; prórroga automática de contratos CAS; prescripción de derechos previsionales; bonificaciones para pensionistas del FONAFE.	No vinculante
V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Nulidad de laudos arbitrales; interpretación del artículo 3 de la Ley N°. 28449; indemnización y remuneraciones por despido incausado y fraudulento.	No vinculante
VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Responsabilidad civil por accidentes laborales; categoría laboral de policías municipales y serenazgo; prescripción de deudas previsionales; régimen laboral especial en construcción civil; bonificaciones para pensionistas; derechos pensionarios de herederos.	No vinculante

Pleno	Temas abordados	Carácter
VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Vía procesal para prestaciones de salud y pensiones privadas; régimen de inspectores municipales; bonificaciones del Decreto de Urgencia N°. 037-94; indemnización por despido arbitrario de confianza.	No vinculante
VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Protección del fuero sindical; efectos de convenios colectivos de sindicatos minoritarios.	No vinculante
IX Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Competencia de Juzgados de Paz en materia laboral; aplicación del precedente vinculante (caso Huatuco); caducidad para impugnación de sanciones disciplinarias no relacionadas con despido.	No vinculante
X Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	Pensión de viudez para viudos varones; reposición en el sector público por despido nulo; normas de remuneraciones máximas del FONAFE; procedimiento disciplinario para sanciones distintas al despido.	Vinculante

Nota. Elaboración del autor.

En este panorama, resulta fundamental distinguir con nitidez los diferentes tipos de pronunciamientos y su grado de obligatoriedad para evitar equívocos al momento de argumentar y resolver un caso. Como se ha visto, las sentencias del Tribunal Constitucional, los Plenos Casatorios y los Plenos Jurisdiccionales cumplen funciones diversas y poseen alcances diferenciados.

La recién promulgada Ley N.º 31591 ha introducido cambios decisivos para los acuerdos adoptados en los Plenos Jurisdiccionales Supremos, lo que exige a los operadores jurídicos un conocimiento actualizado y un ejercicio interpretativo responsable.

A continuación, se profundizará en la importancia que reviste el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y en la fuerza vinculante que adquieren sus sentencias cuando expresamente son declaradas precedentes, marcando así un punto de referencia ineludible para la uniformidad y coherencia en el sistema jurídico peruano.

IV. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CARÁCTER VINCULANTE

El Tribunal Constitucional (TC) del Perú, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, desempeña un rol central en la garantía de la uniformidad y coherencia en la aplicación de los derechos fundamentales y principios constitucionales. Sus sentencias, cuando adquieren la calidad de precedente vinculante, se convierten en una herramienta normativa, cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los operadores jurídicos y órganos jurisdiccionales del país. Esta capacidad de emitir decisiones vinculantes busca reforzar la predictibilidad y la seguridad jurídica, pilares fundamentales de cualquier sistema democrático.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado el TC en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC-LIMA al establecer en su fundamento 36 lo siguiente:

(...) el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.

Así, el Tribunal no solo actúa como un órgano que resuelve casos particulares, sino que también tiene la potestad de establecer precedentes vinculantes con fuerza normativa que orientan y condicionan la actuación de los jueces del Poder Judicial en casos futuros. Esta dimensión normativa se expresa cuando el Tribunal identifica una problemática jurídica que excede el caso individual y que requiere uniformar criterios

de interpretación del derecho, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia del sistema legal y la igualdad ante la ley.

Pero ¿Qué entendemos por vinculante? Al respecto, Pedro Grandez en el prólogo de la publicación denominada “Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional” nos ofrece una perspectiva clara y enriquecedora. Según él, las decisiones vinculantes son aquellas que, en principio, imponen obligaciones a quienes están dirigidas, ya sea a través del fallo en sí mismo o de los argumentos que lo sustentan. Sin embargo, el carácter vinculante no implica que estas decisiones sean mandatos absolutos e inalterables. Más bien, tales vínculos pueden ser objeto de análisis crítico, lo que permite evaluar su pertinencia y relevancia antes de aceptarlos plenamente como obligatorios o definitivos. En algunos casos, incluso, pueden llegar a ser desplazados si existen razones suficientemente justificadas (Ministerio de la Cultura y Derechos Humanos, 2016).

Además, indica que el alcance de los destinatarios de estas decisiones varía según el contexto, pues en ciertas ocasiones, el Tribunal Constitucional emite resoluciones con efectos generales, conocidas como efectos *erga omnes*, que aplican a toda la sociedad. Por otro lado, hay situaciones en las que las decisiones están dirigidas a personas o entidades concretas, identificables y claramente delimitadas (Ministerio de la Cultura y Derechos Humanos, 2016). Lo que refleja la flexibilidad y la adaptabilidad del derecho constitucional, que puede operar tanto en términos generales como particulares, dependiendo de las necesidades del caso.

El sustento normativo del carácter vinculante de ciertas sentencias del TC se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (aprobado por la Ley N° 31307): “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así

lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo y la regla jurisprudencial que constituye el precedente”.

Esta disposición subraya que la declaratoria de precedente vinculante debe ser explícita y precisa, indicando los aspectos de la sentencia que serán de obligatorio cumplimiento. De esta forma, se garantiza que los operadores del derecho comprendan el alcance exacto de las decisiones del TC y que estas sean aplicadas en casos similares.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0024-2003-AI/TC ha establecido que para la emisión de un precedente vinculante deben concurrir ciertos presupuestos que justifiquen su adopción como criterio obligatorio para la interpretación y aplicación del derecho. En este sentido, se identifican cinco escenarios fundamentales en los que resulta pertinente establecer un precedente con carácter vinculante:

En primer lugar, cuando al analizar una determinada figura jurídica o al resolver casos similares se advierte la existencia de interpretaciones divergentes o contradictorias entre distintas resoluciones previas. Esta falta de uniformidad puede generar inseguridad jurídica y una aplicación desigual del derecho, por lo que el Tribunal considera necesario unificar criterios a través de un precedente.

Asimismo, cuando los órganos jurisdiccionales o administrativos están aplicando una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad de manera errónea, lo cual genera consecuencias indebidas o contrarias al contenido constitucional de dicha norma. En estos casos, el precedente busca corregir esa distorsión interpretativa y restablecer el sentido correcto de la disposición normativa.

También se justifica la adopción de un precedente vinculante cuando se identifica un vacío normativo, es decir, cuando no existe una regulación clara sobre un

tema determinado. En tales situaciones, el precedente contribuye a llenar ese vacío y proporciona una guía interpretativa frente a la ausencia de legislación.

Otro supuesto ocurre cuando existe una norma que no ha sido interpretada judicialmente de manera clara y uniforme, y que presenta varias posibles interpretaciones. Frente a esta ambigüedad, el Tribunal puede fijar un precedente que delimita el alcance de la norma y determine cuál de las interpretaciones resulta compatible con el orden constitucional.

Finalmente, se contempla la necesidad de modificar un precedente vinculante ya existente. En tal caso, conforme a lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal debe explicar de manera expresa los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, así como las razones que justifican el cambio de criterio respecto del precedente anterior.

En conjunto, estos supuestos responden a la finalidad de garantizar coherencia, seguridad jurídica y respeto por la supremacía constitucional en la aplicación del derecho, permitiendo que el precedente vinculante se constituya en una herramienta eficaz para orientar la actuación de los operadores jurídicos.

Por otra parte, para que una sentencia del TC sea considerada vinculante, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Autoridad de cosa juzgada: La sentencia debe ser definitiva y no susceptible de revisión por ninguna otra instancia.
- Declaratoria expresa de precedente vinculante: La vinculatoriedad debe ser declarada explícitamente en la sentencia, incluyendo los fundamentos que adquieran esta calidad.

- Delimitación del efecto normativo: El TC debe identificar de manera clara la regla jurisprudencial que constituye el precedente vinculante.

Estos requisitos aseguran que la aplicación de las sentencias vinculantes del TC sea predecible, evitando interpretaciones arbitrarias o ambiguas.

Las sentencias declaradas vinculantes por el Tribunal Constitucional tienen carácter obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, abarcando desde los jueces de primera instancia hasta las salas superiores y la Corte Suprema. Asimismo, estas disposiciones son de cumplimiento imperativo para las autoridades administrativas y demás entidades públicas encargadas de aplicar derechos o principios constitucionales en el ejercicio de sus funciones.

A diferencia de otros mecanismos de unificación de criterios, como los Plenos Jurisdiccionales Supremos, las sentencias vinculantes del TC no admiten apartamientos injustificados. Los jueces están obligados a seguir estas disposiciones y a aplicarlas de manera uniforme en casos similares. La omisión o el desconocimiento de un precedente vinculante puede generar la nulidad de la resolución judicial y la responsabilidad disciplinaria del magistrado.

De acuerdo con las disposiciones normativas que regulan al Tribunal Constitucional, únicamente este órgano tiene la facultad de modificar o apartarse de un precedente vinculante previamente establecido. Para llevar a cabo este proceso, es necesario cumplir con dos requisitos fundamentales: primero, se debe convocar al Pleno del Tribunal Constitucional; segundo, se requiere el voto conforme de al menos cinco magistrados. Este mecanismo de revisión interna permite que los precedentes vinculantes del Tribunal evolucionen en armonía con los cambios sociales, jurídicos y políticos, asegurando que mantengan su relevancia y actualidad en el contexto del sistema jurídico peruano.

De acuerdo con el carácter vinculante de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, este mecanismo ha transformado la dinámica del sistema jurídico peruano, logrando importantes avances en diversos aspectos clave.

En primer lugar, asegura la uniformidad jurisprudencial, ya que la aplicación obligatoria de los precedentes evita contradicciones en la interpretación de los derechos fundamentales. Además, refuerza la seguridad jurídica, brindando a los ciudadanos la certeza de que los principios constitucionales serán aplicados de manera uniforme y predecible. Finalmente, fortalece el Estado de derecho, consolidando el rol del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y garantizando su primacía dentro del sistema legal.

En suma, las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional constituyen un pilar esencial para la uniformidad y la coherencia en la interpretación de los principios constitucionales en el Perú. Sin embargo, el sistema jurídico cuenta con otros mecanismos complementarios que también buscan unificar criterios y garantizar la seguridad jurídica, como los Plenos Casatorios y los Plenos Jurisdiccionales.

A continuación, se analizará la naturaleza y el impacto de estos mecanismos en la consolidación de una jurisprudencia uniforme.

V. PLENOS CASATORIOS LABORALES

La Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), contempla en su artículo 40 la figura del Pleno Casatorio como un importante mecanismo de unificación jurisprudencial. De acuerdo con esta disposición:

Artículo 40. Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los

jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

En virtud de esta norma, la Sala Constitucional y Social adquiere la potestad de reunir a todos los jueces supremos de su misma competencia -o incluso de otras salas constitucionales y sociales, de existir- para fijar o modificar un precedente vinculante. Esta modalidad de reunión en “pleno casatorio” permite que la Corte Suprema resuelva con carácter definitivo aquellas controversias que, debido a sus matices normativos o a la disparidad de criterios, requieran un criterio unificado.

Así, la sentencia que se emite adquiere fuerza vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de la República, garantizando la uniformidad en la interpretación de las disposiciones legales en materia laboral.

La trascendencia práctica de este instrumento radica en que, al establecer un precedente judicial, la Corte Suprema sienta las bases para la resolución de futuros casos similares, evitando pronunciamientos contradictorios y brindando mayor seguridad jurídica a los justiciables.

Asimismo, la norma faculta a los abogados para que expongan oralmente sus argumentos en la vista de la causa llevada ante el pleno casatorio, reforzando el carácter participativo y deliberativo del proceso.

En la práctica, el Pleno Casatorio se diferencia de otros mecanismos de unificación jurisprudencial, como los Plenos Jurisdiccionales, porque la decisión

adoptada en aquel asume la calidad de precedente vinculante, lo que obliga a los jueces a aplicar el mismo criterio en casos análogos. Solo un posterior pleno casatorio -o una reforma legislativa o constitucional, según corresponda- podría modificar ese precedente. De este modo, el artículo 40 de la NLPT consagra al Pleno Casatorio como un pilar central para preservar la coherencia interpretativa en materia laboral, brindando certeza tanto a trabajadores como a empleadores sobre el alcance y significado de las normas del trabajo.

VI. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES

De acuerdo con el Poder Judicial, los Plenos Jurisdiccionales son foros concebidos para fomentar el análisis y el debate de los problemas más relevantes vinculados con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Su objetivo principal es incentivar la reflexión crítica de los magistrados respecto a los temas abordados, los cuales son discutidos y fundamentados tras la exposición de expertos en la materia. Estos foros se constituyen como espacios de intercambio intelectual que buscan mejorar la calidad de la labor judicial y dotarla de mayor uniformidad y coherencia.

Según Fernando Liendo, los Plenos Jurisdiccionales tienen su origen en el fracaso de los plenos casatorios, diseñados inicialmente para uniformizar criterios jurisprudenciales; sin embargo, en diecisiete años, la implementación de los plenos casatorios fue prácticamente inexistente, lo que contribuyó al caos y a la falta de claridad en la jurisprudencia por lo que la necesidad de certeza y claridad, elementos esenciales en cualquier sistema judicial, llevó al establecimiento de los Plenos Jurisdiccionales como una alternativa para tratar de suplir esta carencia. Sin embargo, Liendo considera que estos foros representan un "especímen extraño" en el cruce entre

doctrina, norma administrativa y opinión judicial, sin llegar a constituirse como precedentes jurídicos ni asimilarse al instituto del *stare decisis* (Liendo, 2012).

Al respecto, el artículo 112 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los integrantes de las salas especializadas tienen la facultad de reunirse en plenos jurisdiccionales, los cuales pueden ser de carácter nacional, regional o distrital, teniendo como propósito principal la unificación de criterios jurisprudenciales en materias específicas, promoviendo una interpretación coherente y uniforme de las normas legales. Dichos plenos se realizan a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial, quienes coordinan y facilitan la organización de estos espacios de deliberación.

Por otra parte, este artículo también reconoce que los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema tienen la facultad de reunirse para deliberar y aprobar, mediante mayoría absoluta, reglas interpretativas, las cuales adquieren carácter vinculante y deben ser obligatoriamente aplicadas e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales.

Sin embargo, si un magistrado decide apartarse de estos lineamientos, está obligado a justificar su resolución de manera fundamentada. En tal caso, debe indicar explícitamente las reglas interpretativas que no sigue y exponer los argumentos que respaldan su decisión.

Al respecto, el documento denominado Plan Nacional de Plenos Jurisdiccionales Superiores 2021 establece lo siguiente:

Si bien los plenos jurisdiccionales superiores no tienen la fuerza vinculante de los plenos supremos, su relevancia como mecanismos para armonizar la jurisprudencia no puede ponerse en duda, pues cumplen una función legal clara y específica, vinculada a la tutela de los mencionados derechos fundamentales.

Por tanto, si son invocados por las partes en los procesos judiciales, no pueden ser ignorados sin más, sino que, atendiendo también al deber de la debida motivación del juzgador que se consagra en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política, debe fundamentarse la decisión de prescindir de su aplicación en un caso concreto. La plena libertad para ignorarlos u omitirlos implicaría aceptar una interpretación del artículo 116 citado que no toma en cuenta la seguridad jurídica y la igualdad [énfasis agregado] (p. 8).

En suma, el marco normativo reconoce la existencia de cuatro tipos de plenos jurisdiccionales en el Perú, clasificados según su ámbito de aplicación geográfica:

- Plenos Nacionales: Abarcan a todas las salas especializadas del país, con el objetivo de abordar y resolver temas de relevancia nacional.
- Plenos Regionales: Involucran a magistrados de una región específica, permitiendo atender problemáticas legales con características propias de dicha región.
- Plenos Distritales: Reúnen a los magistrados de un distrito judicial determinado, enfocándose en temas relevantes para esa jurisdicción en particular.
- Plenos Supremos: Estas reuniones se limitan a los jueces supremos y están orientadas a emitir lineamientos interpretativos que sean de cumplimiento obligatorio para todas las instancias judiciales del país.

Tabla 2

Sobre el contenido de los plenos y su carácter.

Tipo de Pleno	Definición	Carácter Vinculante
Pleno Jurisdiccional Supremo	Encuentro de jueces que conforman las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia.	Sí, pero solo si los jueces deciden apartarse del criterio establecido, motivando su resolución.
Pleno Jurisdiccional Nacional	Reunión de jueces de la misma especialidad pertenecientes a diversas Cortes Superiores del país.	No, tiene carácter de doctrina judicial, pero no es vinculante.
Pleno Jurisdiccional Regional	Asamblea de jueces de una misma especialidad de varias Cortes Superiores dentro de una región.	No, tiene carácter de doctrina judicial, pero no es vinculante.
Pleno Jurisdiccional Distrital	Reunión de jueces de una especialidad específica dentro de una Corte Superior.	No, tiene carácter de doctrina judicial, pero no es vinculante.

Nota. Elaboración del autor.

Un aspecto interesante y debatible señalado por Liendo respecto a esta división es que, si bien la existencia de estos cónclaves judiciales para tratar conflictos jurídicos y reunir a los integrantes de los distritos judiciales en cada región del país no es reprochable per se, el verdadero problema radica en la estructura unitaria de nuestro sistema de gobierno. En un sistema unitario, los criterios interpretativos deberían ser uniformes a nivel nacional, pero la descentralización de los debates en los Plenos Jurisdiccionales podría dar lugar a discrepancias regionales que, en lugar de aportar claridad y uniformidad, podrían profundizar las divergencias jurisprudenciales (Liendo, 2012).

Esto plantea un reto: cómo equilibrar la necesidad de fomentar el debate local y la reflexión de los magistrados con el objetivo de garantizar coherencia y predictibilidad en el sistema judicial. En un contexto en el que las decisiones judiciales deben ser claras, consistentes y alineadas con los principios de un estado unitario,

resulta crucial determinar si los Plenos Jurisdiccionales son la herramienta adecuada para responder a estas necesidades o si es necesario desarrollar mecanismos complementarios que fortalezcan su eficacia.

En cuanto a los temas que deben ser abordados en los Plenos Jurisdiccionales Supremos, el Acuerdo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, emitido el 24 de junio de 2015, establece un procedimiento específico para su selección. Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República, al momento de evaluar y determinar los asuntos a tratar en un Pleno Jurisdiccional Supremo, deben tomar en cuenta los temas y conclusiones previamente discutidos en los Plenos Jurisdiccionales Superiores Nacionales y Regionales.

Para facilitar este proceso, el Centro de Investigaciones Judiciales tiene la responsabilidad de remitir toda la documentación pertinente a los jueces supremos involucrados y a los coordinadores designados para cada pleno. Este mecanismo busca garantizar que los temas seleccionados respondan a problemáticas relevantes y previamente identificadas en las instancias jurisdiccionales inferiores, promoviendo así una continuidad y coherencia en la evolución de los criterios jurisprudenciales.

El análisis de los Plenos Jurisdiccionales destaca su relevancia como espacios de deliberación orientados a unificar criterios interpretativos en temas jurídicos específicos. Sin embargo, su carácter no siempre vinculante, salvo en los Plenos Jurisdiccionales Supremos posteriores a la Ley N.º 31591, refleja una limitación en su capacidad para consolidar de manera uniforme la interpretación normativa en todo el país. Frente a esta realidad, la doctrina jurisprudencial emerge como un complemento indispensable en el sistema jurídico peruano. Esta figura, construida sobre la base de la reiteración, uniformidad y autoridad de los pronunciamientos judiciales, trasciende las particularidades de los plenos y proporciona un marco interpretativo constante y

predecible. Así, se convierte en un mecanismo crucial para guiar a los operadores de justicia, promover la coherencia en las decisiones y facilitar la resolución de conflictos jurídicos con un enfoque uniforme a nivel nacional.

VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La "doctrina jurisprudencial" emerge como una herramienta, que busca consolidar criterios interpretativos que orienten de manera predecible y sistemática a los operadores de justicia en todos los niveles. Antes de profundizar en este concepto, es esencial comprender qué se entiende por jurisprudencia. Según Ledesma (2015), la jurisprudencia puede definirse como el conjunto de fallos emitidos por los tribunales; sin embargo, este concepto implica un análisis más detallado sobre el momento en que dichas decisiones adquieren relevancia como fuente del Derecho². En este punto, las opiniones doctrinarias divergen.

Para algunos autores, basta con que una sola resolución judicial aborde un caso específico para que esta se considere una fuente del Derecho, siempre y cuando contenga un razonamiento sólido y una interpretación aplicable a casos futuros. Por otro lado, otros consideran que la jurisprudencia requiere la reiteración de criterios en múltiples decisiones sobre cuestiones similares, argumentando que la repetición otorga mayor fuerza y validez a la interpretación judicial. Asimismo, existen posturas intermedias que sostienen que los fallos judiciales, siempre que sigan un enfoque uniforme y orientado en torno a un mismo punto, constituyen una fuente principal

² La noción formal de “fuente del Derecho” hace referencia a dónde y cómo nace el Derecho dentro de un determinado sistema jurídico. No se trata simplemente de identificar qué elementos influyen en la creación del Derecho (como la costumbre o la jurisprudencia), sino de remitirnos a las reglas internas del propio ordenamiento jurídico que establecen quiénes pueden crear normas, cómo deben hacerlo y con qué procedimiento. Estas reglas son conocidas como “normas de producción de normas”, una expresión utilizada por el jurista Gregorio Peces-Barba para señalar que, dentro de cada sistema jurídico, existe un conjunto de normas que regula la creación de otras normas.

del Derecho. Sin embargo, hay quienes asignan a la jurisprudencia un valor supletorio, limitándola a una función complementaria que se activa cuando las leyes o normas no ofrecen respuestas claras a un conflicto específico (Ledesma, 2015).

Al respecto, Indacochea Prevost (2015) sobre la doctrina jurisprudencial señala lo siguiente:

Ello aproxima la “doctrina jurisprudencial” a las llamadas fuentes-hecho, pues la producción del resultado institucional no se encuentra -del todo- bajo el control del propio Tribunal, no sólo porque su composición va variando a través del tiempo, sino porque sus decisiones son adoptadas por diversas secciones o “salas”, cuyos criterios podrían no coincidir entre sí, o coincidir solo parcialmente. Esto quiere decir que, aun cuando su voluntad sea relevante para la adopción de cada una de las decisiones individuales que contribuyen a conformar la “línea jurisprudencial”, esto último es el resultado de la sola reiteración de decisiones en un mismo sentido, de las cuales se desprendería una interpretación común que vincula a los jueces ordinarios (p. 317).

En ese sentido, nosotros consideramos que la doctrina jurisprudencial no se refiere a una única sentencia -aunque existan algunas resoluciones judiciales que se autodenominan doctrina jurisprudencial, indicando incluso considerandos supuestamente vinculantes-, sino al conjunto consolidado de interpretaciones reiteradas y consistentes emitidas a lo largo del tiempo por tribunales competentes. En línea con lo señalado por Indacochea Prevost (2015), la doctrina jurisprudencial no nace únicamente de la voluntad expresa o inmediata de un solo tribunal en un caso particular, sino que surge progresivamente a partir de decisiones múltiples, sostenidas y congruentes adoptadas por distintos colegiados o salas, incluso cuando su composición puede variar en el tiempo. Esto implica que la doctrina jurisprudencial

se configura como una fuente interpretativa con autoridad no por imposición directa, sino precisamente por la estabilidad y uniformidad práctica demostrada en la reiteración constante de criterios judiciales frente a situaciones análogas, lo que la convierte en una herramienta idónea para promover seguridad jurídica, previsibilidad y coherencia en la administración de justicia.

El propósito central de la doctrina jurisprudencial es actuar como un parámetro interpretativo confiable en situaciones normativas o fácticas ambiguas, especialmente aquellas que han generado pronunciamientos contradictorios en instancias inferiores. Su publicación oficial facilita que los operadores del derecho conozcan las reglas fijadas, promoviendo una mayor coherencia jurisprudencial y reduciendo la incertidumbre.

La relevancia práctica de la doctrina jurisprudencial cobra especial fuerza en el ámbito laboral, donde las modificaciones introducidas en la Ley N.º 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo) han profundizado su impacto. Estas nuevas reglas procesales exigen que los litigantes y operadores jurídicos se mantengan al tanto de las variaciones o consolidaciones en la doctrina jurisprudencial, pues su desconocimiento podría significar la pérdida de oportunidades para interponer recursos de casación.

En efecto, cuando una sala superior emite un fallo que se aparta de manera injustificada de la doctrina jurisprudencial ya establecida, el litigante perjudicado puede invocar dicha contravención como fundamento para impugnar la resolución. De esta manera, la doctrina jurisprudencial no solo orienta la interpretación uniforme de las normas laborales, sino que también constituye un factor determinante en la estrategia procesal de las partes y en la exigencia de motivaciones consistentes por parte de los órganos jurisdiccionales.

En los sistemas de *Common Law* los precedentes judiciales tienen fuerza normativa primaria, en los sistemas de *Civil Law*, como el peruano, predominan las normas codificadas. No obstante, la doctrina jurisprudencial sigue siendo una herramienta esencial para interpretar dichas normas y asegurar la predictibilidad de las decisiones judiciales.

En conclusión, la doctrina jurisprudencial constituye un puente indispensable entre los criterios interpretativos de los órganos de justicia y los litigantes que requieren predictibilidad y seguridad jurídica. Aunque se distingue del "precedente vinculante" -que no admite apartamientos injustificados-, su observancia garantiza la coherencia del sistema jurídico y refuerza la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Este mecanismo no solo consolida el ordenamiento legal, sino que también fomenta una cultura jurídica que valora la uniformidad y la estabilidad en la resolución de conflictos.

VIII. LOS RETOS ACTUALES EN EL USO DE PLENOS JURISDICCIONALES NO VINCULANTES

Algunos administradores de justicia, probablemente con la intención de sentencias con fundamentos aparentemente sólidos, suelen aplicar los acuerdos de Plenos Jurisdiccionales no vinculantes como si fuesen auténticas leyes o precedentes obligatorios. Esta práctica no solo ignora el hecho de que dichos plenos carecen de fuerza normativa formal, sino que también menoscaba la función esencial del juez de analizar el caso concreto y ejercer su independencia interpretativa.

La aplicación acrítica de reglas que no tienen carácter imperativo puede derivar en resoluciones poco fundamentadas, con escasa atención a las peculiaridades de cada controversia y a la doctrina vinculante o a la legislación vigente.

A esta problemática se suma el riesgo de la “autoindulgencia jurisprudencial”, es decir, que un magistrado decida remitirse de manera irreflexiva a un plenario no obligatorio, dejando de cuestionar la idoneidad de su propio razonamiento. Bajo la aparente seguridad que brinda un criterio colectivo.

De este modo el juzgador podría limitarse a reproducir sin mayor análisis un acuerdo que, por su naturaleza, no fue concebido para tener eficacia universal ni para suplir la ausencia de normas claras. De esta forma, se desaprovecha la oportunidad de profundizar en la reflexión jurídica, y se merma la calidad de las decisiones judiciales al no explorar soluciones más apropiadas.

Más allá de estos riesgos evidentes, existe un fenómeno menos advertido que podríamos denominar “paradoja de la saturación interpretativa”: a medida que proliferan plenos jurisdiccionales y criterios no vinculantes, algunos operadores jurídicos, en su afán de dotarse de “seguridad”, empiezan a invocarlos todos a la vez - incluso cuando resultan contradictorios- o a aplicar mecánicamente el criterio más reciente, sin verificar su adecuación al caso. Paradójicamente, esta sobreabundancia de criterios puede bloquear la evolución natural del derecho y la discusión judicial, generando un estancamiento en la interpretación. Así, lejos de promover la coherencia, la multiplicación acrítica de plenos no vinculantes puede terminar rigidizando el sistema y obstaculizando la adaptación jurisprudencial a los cambios sociales y tecnológicos que surgen en la realidad.

La necesidad de una aplicación equilibrada obliga a armonizar la consulta y consideración de plenos no vinculantes con la obligación del juez de interpretar y aplicar las normas, los principios constitucionales y la jurisprudencia que sí ostenta fuerza imperativa. Si se concede a acuerdos carentes de obligatoriedad el mismo valor que a la ley o a un precedente vinculante, se corre el peligro de convertir la tarea

interpretativa en un mero ejercicio de reproducción de lineamientos ajenos, sin el debido examen de las particularidades fácticas ni la debida contextualización jurídica.

En conclusión, la remisión indiscriminada a plenos jurisdiccionales no vinculantes desconoce la función esencial de la judicatura: resolver cada conflicto con criterios de legalidad, razonabilidad y justicia, atendiendo a las singularidades del caso. El verdadero desafío radica en que cada juez asuma con rigor su responsabilidad interpretativa, sin convertir en leyes aquellos acuerdos que no han sido concebidos como vinculantes. Solo así se garantiza un desarrollo jurisprudencial sólido, capaz de incorporar las distintas fuentes del derecho de manera crítica y contextualizada, manteniendo la flexibilidad necesaria para responder a las transformaciones sociales y tecnológicas que el futuro impone.

En este contexto, resulta igualmente necesario reconocer el aporte que realizan los jueces al reunirse en plenos jurisdiccionales no vinculantes, pues más allá de no ostentar fuerza imperativa, permiten reflexionar y debatir sobre problemáticas jurídicas complejas. Estas instancias, aunque no sustituyan la ley ni los precedentes obligatorios, favorecen el intercambio de ideas y la construcción de criterios interpretativos que pueden servir como referencia. Lo importante es no desvirtuar su naturaleza, sino comprenderlos en su justa dimensión: un recurso de orientación para el juzgador, que debe analizar caso por caso y ejercer su independencia interpretativa, siempre dentro del marco normativo vigente y los precedentes jurídicos debidamente establecidos.

IX. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y EL VALOR PRÁCTICO DE LOS PLENOS QUE NO SON VINCULANTES

Los jueces, además de su obligación de resolver los casos concretos que llegan a su despacho, realizan un aporte trascendental a la comunidad jurídica cuando se

congregan en plenos jurisdiccionales para debatir sobre criterios interpretativos en materias complejas o controvertidas. Este esfuerzo excede las exigencias mínimas de su labor, y cumple con el deber de afianzar la seguridad jurídica y contribuir a la paz social. Aun cuando muchos de estos acuerdos no tengan carácter vinculante, brindan pautas útiles para la interpretación de las normas y promueven la coherencia en las decisiones judiciales.

Para los operadores del derecho resulta de gran importancia reconocer que la función jurisdiccional va más allá de dictar sentencias en un caso particular. Implica, además, el compromiso de aportar a la evolución del sistema jurídico a través de la reflexión conjunta y el diálogo institucional. En estos encuentros, los magistrados debaten y contrastan interpretaciones, con miras a proporcionar elementos que, aun sin ser obligatorios, pueden servir como guías.

El objetivo es reducir la incertidumbre y promover una toma de decisiones más uniforme, sin que ello sustituya la autonomía judicial o la obligación de aplicar las leyes y precedentes vinculantes que sí ostentan fuerza legal.

No debe olvidarse, sin embargo, que en la práctica los plenos jurisdiccionales no vinculantes pueden arrojar conclusiones distintas -o incluso abiertamente contradictorias- en distintos momentos o regiones, en parte porque los grupos de jueces se van reagrupando y modificando con el tiempo. Tal diversidad de criterios también sucede cuando se comparan pronunciamientos de diversas salas supremas, o incluso en el seno de una misma sala a través de los años. Esta variabilidad pone en evidencia la necesidad de distinguir, con claridad, cuándo se constituye doctrina jurisprudencial (que exige reiteración, uniformidad y autoridad de un órgano competente), cuándo un pronunciamiento es formalmente vinculante (por ejemplo, un precedente emitido por el Tribunal Constitucional o un Pleno Casatorio), cuándo

existe posibilidad de apartarse de él (como en los Plenos Jurisdiccionales Supremos posteriores a la Ley N.º 31591), y cuándo, sencillamente, se está ante un acuerdo no vinculante.

Para que este sistema funcione adecuadamente, tanto jueces como abogados litigantes deben mantenerse en formación continua y familiarizarse con las normas vigentes, los principios del derecho y la producción jurisprudencial de sus órganos superiores. Solo así podrán comprender cuáles son las reglas efectivamente obligatorias y cuáles, aun sin serlo, pueden iluminar la interpretación de las normas en situaciones análogas. Además, deben revisar cuidadosamente no solo las conclusiones, sino también las motivaciones de los acuerdos plenarios, a fin de determinar si su contenido es idóneo para resolver el caso concreto. En último término, cada caso puede presentar particularidades fácticas o jurídicas que requieran un análisis propio, irrepetible y no necesariamente abarcado por la lógica de un pleno no vinculante.

En este sentido, la realización de plenarios y la emisión de conclusiones sirven como un punto de partida para la discusión, fomentan la cultura del debate jurídico y estimulan la colaboración entre magistrados en la búsqueda de soluciones más previsibles y justas. Sin embargo, ello no debe conllevar la asimilación errónea de los acuerdos no obligatorios como si se tratara de leyes propiamente dichas, pues lo que se pretende es orientar y no subrogar la potestad del legislador ni la fuerza de los precedentes vinculantes.

En conclusión, el valor de los plenos jurisdiccionales no vinculantes radica en su potencial para enriquecer la función jurisdiccional y, de manera accesoria, orientar la praxis judicial. Pero es responsabilidad de todos los operadores jurídicos (incluidos quienes recién inician su formación) discernir cuándo un pronunciamiento ostenta

fuerza obligatoria y cuándo constituye tan solo un criterio de referencia. Solo mediante la conjunción de rigor académico y actualización permanente se logrará una adecuada distinción entre leyes, precedentes vinculantes, doctrina jurisprudencial y acuerdos que, sin ser obligatorios, pueden servir como importantes pautas interpretativas. De esta forma, se asegura que la actividad jurisdiccional cumpla su fin supremo: brindar soluciones justas y eficaces en la dinámica evolución de las relaciones sociales.

X. *SOBRE LA FALTA DE CLARIDAD SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES: COMENTARIO A LA CASACIÓN N.º 9579-2019-LIMA*

En la práctica persiste una confusión respecto a la fuerza vinculante de ciertos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, especialmente sobre los plenos jurisdiccionales supremos. Un caso que ilustra claramente esta situación es el que se aborda en el fundamento noveno de la Casación N.º 9579-2019-Lima, relacionado con la indemnización por daños y perjuicios en casos de despido incausado o fraudulento.

En dicha sentencia, la propia Corte Suprema se ve en la necesidad de precisar expresamente que el denominado “V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional” no tiene fuerza vinculante, pese a que dicho pleno fue concebido como una herramienta orientada a generar tendencias jurisprudenciales y promover la uniformidad de criterios. Esta necesidad de aclaración, proveniente de la máxima instancia judicial, revela un problema práctico importante: la falta de certeza sobre el carácter jurídico de los acuerdos plenarios, lo cual puede inducir a error a jueces, litigantes y demás operadores del derecho respecto a su real peso normativo.

La Corte Suprema enfatizó que los acuerdos adoptados en tales plenos tienen únicamente un propósito orientador, "orientados a generar tendencias o unificar

criterios jurisprudenciales", aclarando que desde el punto de vista jurídico, estos acuerdos "no tienen fuerza obligatoria, sino tan solo persuasiva" (Cas. N.º 9579-2019-Lima, Fundamento Noveno).

Asimismo, la sentencia distinguió claramente entre los plenos jurisdiccionales anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley N.º 31591, señalando explícitamente que solo los plenos posteriores tienen fuerza obligatoria, salvo que el juez justifique apartarse de ellos.

Finalmente, la Corte Suprema resaltó que el X Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional, celebrado el 19 de diciembre de 2022, es el primero y único pleno con auténtico carácter vinculante conforme a las disposiciones introducidas por las Leyes N.º 31591 y N.º 31699 (Cas. N.º 9579-2019-Lima, Fundamento Sexto).

Este caso emblemático no solo confirma la problemática identificada en este trabajo respecto a la aplicación práctica incorrecta de estos acuerdos plenarios no vinculantes, sino que además subraya la necesidad urgente de aclarar y difundir adecuadamente los alcances reales de estos instrumentos jurisprudenciales, preparando así el camino para las conclusiones y recomendaciones que se desarrollarán a continuación.

XI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A partir del análisis realizado, es posible concluir que el sistema jurídico peruano ha dado pasos significativos hacia una consolidación efectiva de la uniformidad jurisprudencial, especialmente mediante el fortalecimiento del precedente vinculante. Sin embargo, todavía persisten importantes desafíos operativos y conceptuales que deben superarse para que dicho avance se refleje plenamente en la realidad práctica de la justicia nacional.

Un primer hallazgo relevante es que la coexistencia de distintos pronunciamientos jurisprudenciales -como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, los Plenos Casatorios de la Corte Suprema y, más recientemente, los Plenos Jurisdiccionales Supremos regulados por la Ley N.º 31591- constituye un avance significativo, pero simultáneamente puede generar confusión si no existe una clara delimitación del alcance de cada uno. El caso paradigmático analizado (Casación N.º 9579-2019-Lima) ejemplifica precisamente cómo una insuficiente comprensión sobre el grado de obligatoriedad de los acuerdos plenarios no solo afecta la coherencia interpretativa, sino que también genera incertidumbre y potenciales errores judiciales. Esta situación evidencia que la existencia de normas o criterios no basta, por sí sola, para garantizar la seguridad jurídica, sino que es indispensable una adecuada difusión y comprensión de estos instrumentos entre los operadores judiciales.

Por otro lado, se observa una notable relevancia en el papel que desempeña la doctrina jurisprudencial como mecanismo complementario. Si bien la doctrina jurisprudencial no goza de la misma obligatoriedad rígida del precedente vinculante, su fuerza reside precisamente en su estabilidad interpretativa, producto de criterios consistentemente reiterados en el tiempo. De este modo, la doctrina jurisprudencial se consolida como un instrumento clave que, correctamente aplicada, potencia la calidad de las decisiones judiciales y facilita a los operadores jurídicos criterios de actuación claros y previsibles.

Además, es necesario destacar que la efectividad real de estos mecanismos depende en gran medida del nivel argumentativo y motivacional de las resoluciones judiciales. La obligatoriedad formal del precedente no exime a los jueces del deber de analizar cada caso concreto y motivar debidamente sus decisiones, especialmente

cuando decidan apartarse de un criterio establecido mediante técnicas como el *overruling* o el *distinguishing*.

En síntesis, la unificación jurisprudencial en el Perú ha avanzado significativamente, pero requiere todavía esfuerzos adicionales para superar las confusiones conceptuales y prácticas detectadas. Solo mediante un compromiso institucional renovado hacia la claridad normativa, la formación continua de los operadores jurídicos y una sólida cultura argumentativa, el sistema judicial peruano podrá consolidarse como una estructura plenamente confiable, coherente y eficaz en la protección de derechos fundamentales y en la solución justa y oportuna de controversias jurídicas.

XII. BIBLIOGRAFÍA

Arévalo Vela, J (2010). “Antecedentes de la reforma del proceso laboral en el Perú”. En Doctrina y análisis sobre la nueva Ley Procesal del Trabajo. Academia de la Magistratura del Perú.

Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f0fe228040a1275b85d5b56976768c74/Nueva+Gu%C3%ADa+Metodol%C3%B3gica+%28Plenos+Jurisdiccionales+Superores%29-3-35.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f0fe228040a1275b85d5b56976768c74> en octubre de 2023.

Carrera Hurtado, B. (2024). Agenda corporativa: *¿Todos los Plenos Jurisdiccionales son obligatorios?* El Peruano.

Ferro Delgado, V. (1988). Los principios generales del derecho y los principios particulares del derecho laboral. Derecho PUCP, (42), 45-71.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.002>.

Ledesma Narváez, M. (2015) *La doctrina jurisprudencial en el proceso civil ¿una espera sin fin?*

Liendo Tagle, F. (2012). *Los Precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas.* ARA EDITORES.

Indacochea Prevost, U. (2015). *La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho.* THĒMIS-Revista de Derecho.

Plan Nacional de Plenos Jurisdiccionales Superiores (2021). Poder Judicial.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016). *Precedentes vinculados emitidos por el Tribunal Constitucional (Tomo I).* Colección Jurídica BCP.

Neves Mujica, J. (1990). Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral. Derecho PUCP, (43-44), 283-309.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199001.009>

Peces-Barba, G. (1983). *La creación judicial del Derecho desde el ordenamiento jurídico.* En Poder Judicial, (6), 21.

Quispe, Carlos. (2024). El adiós a los “daños punitivos” y la carencia de vinculatoriedad de los plenos supremos laborales. Soluciones Laborales, 26-35.

Taruffo, M. (2016). *Consideraciones sobre el Precedente.* Revista Ius Et Veritas, N° 53, diciembre.

Por:

Valter Geronimo

Camilo Junior *

*DE LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA A LA
AUTOCRATIZACIÓN: PATRONES Y
TENDENCIAS EN EL SIGLO XXI*

Resumen

La erosión democrática surge como un fenómeno global complejo que exige un análisis crítico sobre su relación con el ascenso de regímenes autocráticos. Este artículo investiga cómo este declive democrático favorece la autocratización, cuestionando si existen democracias inmunes y cómo las instituciones pueden mantener su resiliencia frente a las crisis. A través de una revisión bibliográfica cualitativa, se analizan patrones contemporáneos —como el retroceso en Hungría y la polarización en Estados Unidos— que revelan vulnerabilidades estructurales: debilidad institucional, desigualdades socioeconómicas y la instrumentalización del sistema político. El estudio se organiza en cuatro ejes: (1) el alcance de la erosión, demostrando que incluso democracias consolidadas no están exentas; (2) sus raíces históricas y económicas; (3) el punto de inflexión en que la erosión se convierte en un proyecto autocrático deliberado, analizando el “salto cualitativo” que transforma el deterioro institucional en una estrategia de captura del poder; y (4) las estrategias de resistencia, donde se propone una “arquitectura de la resiliencia democrática” basada en la vigilancia cívica proactiva. Se concluye que la erosión surge de factores interrelacionados, desde legados de exclusión hasta dinámicas actuales de polarización, y que la autocratización representa un riesgo contingente, no inevitable, en la medida en que las respuestas institucionales y la movilización ciudadana resulten efectivas. Así, el artículo sistematiza las amenazas contemporáneas a la democracia y articula un modelo de resiliencia activa para su sostenibilidad.

* Abogado. Maestrando en Derecho por la Universidad de Brasília (UnB - Brasil). Licenciado en Derecho por la Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Trabajo realizado con el apoyo del Programa de Excelencia Académica (PROEX), instituido por la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior - Brasil (CAPES). Correo electrónico: valter.junior@aluno.unb.br

Abstract

Democratic erosion emerges as a complex global phenomenon that demands a critical analysis of its relationship with the rise of autocratic regimes. This article investigates how this democratic decline fosters autocratization, questioning whether immune democracies exist and how institutions can maintain their resilience in the face of crises. Through a qualitative literature review, contemporary patterns are analyzed, such as the backsliding in Hungary and polarization in the United States, which reveal structural vulnerabilities: institutional weakness, socioeconomic inequalities, and the instrumentalization of the political system. The study is organized into four axes: (1) the scope of erosion, demonstrating that even consolidated democracies are not exempt; (2) its historical and economic roots; (3) the turning point at which erosion becomes a deliberate autocratic project, analyzing the “qualitative leap” that transforms institutional decay into a strategy of power capture; and (4) resistance strategies, where an “architecture of democratic resilience” based on proactive civic vigilance is proposed. It is concluded that erosion arises from interrelated factors, from legacies of exclusion to current dynamics of polarization, and that autocratization represents a contingent risk, not an inevitable one, to the extent that institutional responses and citizen mobilization are effective. Thus, the article systematizes contemporary threats to democracy and articulates a model of active resilience for its sustainability.

Palabras clave: Erosión democrática, autocratización, resiliencia institucional, polarización política

Keywords: Democratic erosion, autocratization, institutional resilience, political polarization

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCESO DE EROSIÓN DEMOCRÁTICA Y SU ALCANCE GLOBAL: ¿EXISTEN DEMOCRACIAS INMUNES? III. LAS BASES DE LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA: DE LA FRAGILIDAD ESTRUCTURAL DE LAS DEMOCRACIAS MODERNAS AL (VIEJO) DESAFÍO DEL CAPITAL. IV. ¿TENDENCIA A LA AUTOCRATIZACIÓN? PANORAMA DEL DECLIVE DEMOCRÁTICO EN EL SIGLO XXI. V. RESILIENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EN ESCENARIOS DE CRISIS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de erosión democrática ha generado intensos debates a escala global, revelándose como un fenómeno complejo que exige análisis profundos. Si bien la literatura académica ha avanzado en la identificación de patrones y causas, persisten brechas significativas, especialmente en lo que respecta a la relación entre el declive democrático y el ascenso de régimenes autocráticos.

Evidencias recientes apuntan a un escenario preocupante: el siglo XXI se ha caracterizado no solo por el debilitamiento de democracias consolidadas, sino también por el surgimiento de autocracias que aprovechan vacíos institucionales para consolidarse. Frente a esto, este artículo busca responder a la siguiente pregunta central: ¿de qué manera y en qué medida la erosión democrática contribuye a la autocratización? Se parte de la tesis de que esta transición no es un mero continuo, sino que implica un salto cualitativo, en el que el deterioro institucional se convierte en un proyecto político deliberado. A partir de este problema, se desprenden dos interrogantes complementarios: ¿existen democracias inmunes a este proceso? y ¿cómo pueden las instituciones democráticas mantener su resiliencia en contextos de crisis?

Para abordar estas cuestiones, el estudio adopta una metodología cualitativa basada en una revisión bibliográfica crítica, examinando trabajos académicos e informes especializados que discuten las dinámicas de la erosión democrática y la autocratización. La justificación de este enfoque radica en la necesidad de mapear los factores estructurales y coyunturales que vuelven vulnerables a las democracias, así como identificar estrategias de resistencia. Además, el análisis se centra en ejemplos contemporáneos, como la regresión democrática en Hungría, la polarización en Estados Unidos y el avance de liderazgos autoritarios en diversas regiones, destacando la naturaleza global del fenómeno.

El artículo se organiza en cuatro secciones interconectadas que avanzan progresivamente en el análisis del tema: 1. El alcance de la erosión democrática, cuestionando si existen regímenes verdaderamente inmunes a este proceso, con base en casos de democracias anteriormente consideradas estables; 2. Las bases estructurales de la crisis, incluyendo la fragilidad institucional, las desigualdades socioeconómicas y el papel del capital en la desestabilización de sistemas políticos; 3. La tendencia hacia la autocratización, demostrando el punto de inflexión en que la erosión se convierte en un proyecto autocrático deliberado, donde líderes electos subvieren instituciones de forma gradual y aparentemente legal; y 4. La resiliencia democrática, proponiendo una arquitectura de la resiliencia basada en la vigilancia cívica proactiva y el papel de la sociedad civil en la defensa de la democracia.

Los resultados indican que la erosión democrática no es un fenómeno aislado, sino un proceso alimentado por múltiples factores, desde vulnerabilidades históricas hasta dinámicas contemporáneas de polarización y desigualdad. La autocratización, a su vez, emerge como un desenlace posible pero no inevitable, dependiendo de la capacidad de respuesta de las instituciones y de la movilización ciudadana. Al sintetizar estos hallazgos, el artículo contribuye a una comprensión más clara de los

riesgos que enfrentan las democracias en el siglo XXI y propone un marco de resiliencia activa como vía para su preservación.

II. EL PROCESO DE EROSIÓN DEMOCRÁTICA Y SU ALCANCE GLOBAL: ¿EXISTEN DEMOCRACIAS INMUNES?

Muchos han sido los conceptos empleados por la comunidad académica para describir los déficits de las democracias modernas. Kneuer (2023, pp. 838-839) señala que “el término regresión democrática es uno de los primeros utilizados”, dotado de mayor alcance. Sin embargo, la autora prefiere la expresión “erosión democrática”, que también nos parece más apropiada, por reflejar con precisión los componentes conformadores del proceso: “la fuerza de un agente (como el agua o el viento) y una estructura existente que es excavada y, en consecuencia, se deteriora”.

Cabe destacar, además, que el propio concepto de democracia sigue siendo objeto de intenso debate teórico y práctico, con divergencias sobre su interpretación a lo largo de las tradiciones política clásica, moderna y contemporánea. Las crisis democráticas contemporáneas frecuentemente se refieren al modelo liberal-representativo, que estructura sistemas políticos basados en la representación pluralista y en instituciones electorales. Este paradigma específico, aunque hegemónico en el discurso occidental, no agota las posibilidades conceptuales y prácticas de la gobernanza democrática (Paulino, 2021, p. 277).

Desde la perspectiva de Croissant & Lott (2024, p. 7), los instrumentos de medición democrática varían según los presupuestos teóricos adoptados y los criterios empíricos seleccionados, revelando divergencias fundamentales sobre la propia naturaleza de la democracia. La investigación empírica contemporánea tiende a privilegiar enfoques procedimentales, centrados en mecanismos electorales y competitividad política. No obstante, persiste el debate académico sobre la necesidad

de incorporar dimensiones sustantivas, como Estado de Derecho, protección de minorías y mecanismos de control horizontal del poder.

La selección de un concepto específico de democracia determina no solo los parámetros de evaluación institucional, sino también los criterios para el análisis de la resiliencia democrática. Enfoques minimalistas, centrados en procedimientos electorales, producen diagnósticos distintos a los de modelos que incorporan exigencias sustantivas de calidad democrática. Esta variación conceptual afecta directamente la identificación de riesgos y las capacidades de adaptación del sistema político (Croissant & Lott, 2024, p. 5).

No se pretende aquí profundizar en los detalles del debate sobre la existencia o no de un proceso de erosión democrática, lo cual se asume como válido para fines investigativos, ni sobre los parámetros empleados para clasificar la salud democrática de un país. Se parte de la idea de que la erosión democrática, incluso si se discute la terminología, representa un concepto estándar en la doctrina especializada. Para reforzar este supuesto, resultan pertinentes las palabras de Tormey (2021, p. 13), para quien:

La constatación de que la democracia está en crisis ha dejado de ser una proposición ligeramente controvertida para convertirse, en los últimos años, en una verdad. Ya sea que se esté interesado en la política cotidiana, en las elecciones y los acontecimientos de parlamentos y asambleas, o en la evolución estructural y sistémica a largo plazo de los Estados democráticos avanzados, la conclusión parece ser la misma: las democracias nunca habían estado bajo tanto estrés como en la actualidad. La elección de figuras como Trump y Duterte, el resultado del referéndum del Brexit, el ascenso constante de movimientos y partidos de extrema derecha y nativistas en toda Europa y en

otras regiones, todo contribuye a la sensación de que algo está cambiando fundamentalmente en las coordenadas de la vida democrática — y no para bien.

Planteadas estas advertencias, cabe preguntarse, en primer lugar, sobre la existencia de democracias inmunes al proceso de erosión democrática. Respecto a esta cuestión, Rau & Stokes (2025, p. 5) señalan que el desgaste democrático observado globalmente en el siglo XXI ha afectado no solo a democracias recientes e históricamente deficientes, sino también a “democracias ricas y largamente consolidadas, como Estados Unidos”.

Esta constatación, que desafía la visión tradicional de la estabilidad democrática, ha sido objeto de reflexión en nuestros trabajos previos, donde se ha argumentado que “Parece evidente que incluso los sistemas políticos tradicionalmente considerados paradigmas de estabilidad democrática han experimentado presiones erosivas, revelando que la consolidación democrática puede ser más frágil de lo que se suponía” (Camilo Junior, 2025, p. 7).

El caso estadounidense es, en este sentido, paradigmático, pues ilustra con crudeza cómo la polarización perniciosa puede minar las bases de una democracia no a través de un golpe de Estado clásico, sino mediante la sistemática deslegitimación de sus pilares. El proceso se evidenció en el cuestionamiento infundado de los resultados electorales, la presión sobre funcionarios y autoridades judiciales, y la erosión de las convenciones de traspaso pacífico del poder. Este fenómeno alcanzó su punto más álgido y visible con el asalto al Capitolio en enero de 2021, un evento que fue la culminación lógica de un discurso que transformó al adversario político en un enemigo ilegítimo, fracturando la confianza social en el propio sistema. En la misma línea, Bugarić (2015, pp. 224-225) señala la regresión democrática en Europa, tomando como ejemplos los casos de Hungría y Eslovenia. En un breve lapso temporal, ambos

países retrocedieron hacia modelos autoritarios, aunque puedan identificarse diferencias en los modos en que se produjo la erosión democrática.

Los casos de Hungría y Eslovenia ejemplifican una vía de erosión distinta, caracterizada por lo que se ha denominado un "desmantelamiento por dentro" o "autocratización por la vía legal". En estos regímenes, líderes democráticamente electos han utilizado las mayorías parlamentarias para ejecutar reformas constitucionales y legales que, bajo una apariencia de legitimidad, concentran el poder en el Ejecutivo, capturan el poder judicial mediante la designación de jueces afines, silencian a los medios de comunicación independientes y limitan la actuación de la sociedad civil. El resultado es la creación de un "Estado iliberal" que mantiene la fachada de las elecciones, pero vacía de contenido la competencia política y los contrapesos, demostrando que la erosión no siempre es ruidosa, sino que puede ser un proceso metódico y gradual de asfixia institucional.

Los ejemplos mencionados, si bien ilustran distintas vías de retroceso democrático, no constituyen fenómenos aislados, sino la manifestación de vulnerabilidades más profundas. Partiendo de esta constatación, es preciso analizar los factores que explican el alcance global del proceso de erosión democrática, que parece afectar tanto a democracias debilitadas como a aquellas históricamente resilientes. A nuestro juicio, tres de ellos son centrales y se encuentran interconectados: uno de orden estructural, otro económico y un tercero político. El primero, de carácter estructural, remite a las bases históricas sobre las cuales se construyeron los Estados-nación liberales, que a menudo ocultan legados no resueltos de exclusión y jerarquías sociales, funcionando como una vulnerabilidad latente.

El segundo factor, económico, se evidencia en la creciente disparidad de ingresos. Desde nuestra perspectiva, la desigualdad no es solo una métrica económica,

sino un potente disolvente del pacto social democrático. Al concentrar la riqueza y el poder, corroe la confianza en las instituciones, que pasan a ser percibidas como instrumentos al servicio de una élite, y no como árbitros imparciales del bien común. Este escenario alimenta un profundo malestar social y vuelve a la ciudadanía más receptiva a discursos populistas que prometen soluciones drásticas al margen de las reglas democráticas.

Finalmente, el factor político se materializa en la polarización perniciosa. Consideramos que esta va más allá de un disenso saludable, convirtiéndose en una fractura identitaria que transforma al adversario en un enemigo existencial. Esta dinámica anula la posibilidad de consenso y compromiso, paralizando la gobernabilidad y fomentando el desprecio por las normas de tolerancia mutua. En un ambiente de hostilidad irreconciliable, las propias herramientas de la democracia son instrumentalizadas como armas para aniquilar al oponente, justificando así la erosión de los contrapesos institucionales.

Las tres dimensiones explicitadas conforman el marco analítico desde el cual proponemos interpretar la crisis democrática global. En el apartado siguiente, se presentarán los aportes teóricos de la doctrina especializada que corroboran y dialogan con las tesis aquí propuestas, a fin de evidenciar cómo la confluencia de dichos elementos ha contribuido no solo a la erosión democrática, sino también al surgimiento de regímenes autocráticos, conforme será delineado.

III. LAS BASES DE LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA: DE LA FRAGILIDAD ESTRUCTURAL DE LAS DEMOCRACIAS MODERNAS AL (VIEJO) DESAFÍO DEL CAPITAL

En lo que se refiere al aspecto estructural, Yabancı, Akkoyunlu & Öktem (2025, p. 100) señalan que el proceso de erosión democrática —y la consecuente

autocratización, que será analizada en el apartado siguiente— puede interpretarse como síntoma de la estructura de la democracia liberal, que fomenta sentimientos tendentes a socavar la propia democracia. Según los autores, aunque el Estado liberal promueva “el Estado de Derecho, elecciones libres y justas y la separación de poderes”, cabe destacar que “la mayoría de los regímenes democráticos liberales son producto de proyectos destructivos de construcción de Estados-nación”.

Esta percepción se corrobora al analizar el proceso histórico de consolidación de derechos y garantías fundamentales. Inicialmente, la teoría se centraba casi exclusivamente en cuestiones relativas a violaciones de derechos humanos básicos. Sin embargo, el paradigma de los derechos parece estar siendo gradualmente sustituido por otro: el paradigma de la crisis democrática. Como señala Gargarella (2022, p. 4): “Esto no significa que la crisis de derechos haya terminado: los derechos siguen siendo gravemente violados en una amplia gama de contextos”. No obstante, resulta innegable el surgimiento de nuevas preocupaciones, entre ellas el declive democrático.

Otro factor que fundamenta la inexistencia de democracias inmunes es de orden económico, quizás el menos explorado. Basándose en un estudio estadístico, Rau & Stokes (2025, p. 5) argumentan que "las democracias se erosionan con mayor frecuencia en países con distribuciones desiguales de ingresos". Esta constatación es relevante en cuanto confronta el mito de la estabilidad democrática basada en la antigüedad de una democracia y en el desarrollo económico nacional, factores que deben analizarse conjuntamente con otros, como la forma en que se distribuye internamente la riqueza.

El elemento económico, en nuestra perspectiva, resulta fundamental para comprender el proceso de erosión democrática global. Tormey (2021, p. 16) parece

identificar este mismo elemento como relevante, indicando incluso que superar la crisis actual exige una reestructuración sustantiva de las relaciones capital-trabajo, con el fin de corregir las asimetrías de poder y riqueza que caracterizan las democracias contemporáneas. En este sentido, las alternativas incluyen desde mecanismos redistributivos hasta transformaciones estructurales en el sistema productivo que atenúen los antagonismos de clase.

Aquí, la cuestión del capital dialoga directamente con la cuestión estructural, evidenciando que ambos factores analizados – la fragilidad de los cimientos sobre los que se erigieron las democracias liberales y la configuración económica de estas democracias – son interdependientes. Según Tormey (2021, p. 16), de ello se desprende que “no puede haber solución a la crisis de la democracia mediante ajustes superficiales al propio sistema de representación”, requiriendo, en última instancia, una radicalización de la democracia, es decir, su “extensión a todas las esferas de la vida económica y social”.

Es importante mencionar también la polarización como denominador común en diversos países que han enfrentado o enfrentan crisis democráticas más acentuadas en los últimos años. Sobre este punto, resulta pertinente el panorama elaborado por McCoy, Rahman & Somer (2018, p. 17), quienes señalan que:

Las sociedades polarizadas vuelven vulnerables a las democracias. Ejemplos notorios de las consecuencias negativas de la polarización severa para la gobernabilidad y la democracia abundan en el mundo actual: desde la creciente concentración de poder y erosión democrática en Turquía, Venezuela, Polonia y Hungría; hasta la parálisis y el estancamiento político que condujeron a la elección de un populista inexperto en Estados Unidos; o incluso el colapso y derrumbe de la democracia en Tailandia y Egipto. Las sorpresas reflejadas en la

victoria del voto por el Brexit, en el rechazo al referendo de paz en Colombia y en el auge de candidatos populistas en recientes elecciones en Francia y Austria también son reflejo de sociedades polarizadas.

En el mismo sentido, Somer & McCoy (2018, p. 5) sostienen que la intensificación de la polarización política genera la percepción de que grupos antagónicos constituyen barreras infranqueables para la realización de agendas políticas divergentes. Esta dinámica alimenta narrativas de obstrucción sistemática, en las que el ejercicio de derechos democráticos por el grupo opuesto es interpretado como abuso de prerrogativas. Paralelamente, se observa la erosión progresiva de los mecanismos de diálogo intergrupal, resultante del debilitamiento de los vínculos sociales, de la capacidad de acción colectiva y de los niveles de confianza mutua. Dicho proceso reduce significativamente la disposición y la aptitud para construir consensos entre facciones políticas antagónicas.

IV. ¿TENDENCIA A LA AUTOCRATIZACIÓN? PANORAMA DEL DECLIVE DEMOCRÁTICO EN EL SIGLO XXI

Entre los diversos efectos nocivos del proceso de erosión democrática, la tendencia a la autocratización figura como uno de los escenarios más alarmantes. Parece evidente que el declive de los fundamentos democráticos de un país abre espacio para la aparición de regímenes autoritarios, frecuentemente dictatoriales.

No cabe duda de que la democracia siempre está sujeta a fuerzas contrarias y presiones propias del régimen democrático, que permite —e incluso fomenta— la disidencia. El verdadero problema surge cuando la presión corroe las estructuras democráticas, llevando al colapso de las instituciones y al surgimiento de autocracias. Sobre este tema, Kneuer (2023, p. 837) destaca que “los estudios coinciden en señalar

un declive global de los procesos de democratización en contraste con la tendencia hacia la autocratización”.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, es fundamental precisar que la transición de la erosión a la autocratización no es un mero continuo, sino que implica un salto cualitativo. La erosión prepara el terreno: debilita las defensas institucionales, corroe la confianza social y normaliza las transgresiones a las normas. La autocratización, en cambio, comienza en el punto de inflexión en que este deterioro deja de ser un subproducto de la crisis para convertirse en un proyecto político deliberado: una estrategia consciente por parte de actores con poder para capturar las instituciones y reconfigurar las reglas del juego a su favor, con el objetivo de eliminar la posibilidad real de alternancia en el poder.

El caso de Hungría, ya mencionado, sirve como el ejemplo paradigmático de esta transición consumada. Allí, la erosión sistemática del poder judicial y de la libertad de prensa no fue un fin en sí mismo, sino la herramienta precisa que permitió al gobierno dar el paso hacia la autocratización: la consolidación de un “Estado iliberal” donde, si bien se mantienen las elecciones, la competencia real ha sido neutralizada. La erosión fue la fase instrumental, y la autocratización el resultado estratégico y consolidado.

En contraste, el caso de Estados Unidos ilustra un escenario donde la erosión creó las condiciones y probó los límites para este salto cualitativo. El asalto al Capitolio no fue solo un síntoma extremo de la erosión de la confianza y las normas, sino una tentativa de transición: un intento de subvertir un resultado electoral para reconfigurar el poder. Queda así demostrado cómo un ambiente de profunda erosión democrática puede servir de plataforma para tentativas autocráticas.

La autocratización, como proceso, es tan real como la erosión democrática, representando aquella un efecto directo de esta. Y el momento para debatir esta cuestión no podría ser más oportuno: el mundo experimenta actualmente una prevalencia de regímenes autocráticos (91 autocracias en 2024 frente a 88 democracias), una situación que no ocurría desde 2002, como señala el Democracy Report 2025 (Nord *et al.*, 2025, p. 12).

Los regímenes autocráticos se caracterizan por la sistemática limitación de las libertades civiles y la represión a la oposición política, combinadas con diversas formas de control estatal sobre la economía. Un elemento definitorio de estos sistemas radica en la inexistencia de procesos electorales competitivos o en su realización meramente simbólica, patrón observable tanto en Estados autocráticos consolidados como en procesos de autocratización (Bendlin & Witt, 2024, p. 234).

El concomitante debilitamiento de las instituciones democráticas suele acompañar el avance de estructuras autoritarias, proceso que puede desarrollarse de forma gradual durante períodos significativos. Esta transformación ocurre mediante cambios incrementales en las normas y prácticas políticas que redefinen progresivamente el equilibrio de poder (Bendlin & Witt, 2024, p. 234).

Esta dinámica de transición, donde la erosión se convierte en una estrategia deliberada, es precisamente el modus operandi que la doctrina contemporánea ha identificado. Resulta interesante observar que, en no pocas ocasiones, el surgimiento de regímenes autoritarios no está vinculado a golpes de Estado o intervenciones radicales, sino a la deterioración –y distorsión– de las reglas del juego democrático. En este sentido, Brito *et al.* (2023, p. 18) señalan que:

Los principales ejemplos de autocratización en el siglo XXI han surgido de gobiernos democráticamente electos cuyos líderes implementaron proyectos

autoritarios. El actual proceso de erosión democrática se desarrolla al interior de los sistemas políticos y judiciales, en un proceso que frecuentemente se prolonga durante años. Cambios institucionales se implementan gradualmente mediante reformas legales que reconfiguran la estructura burocrática, fortalecen el Poder Ejecutivo mediante la expansión de sus competencias, reducen los mecanismos de contrapesos ejercidos por otras instituciones políticas y debilitan las herramientas de rendición de cuentas (accountability), entre otras estrategias.

En el mismo sentido, Dean (2024) destaca que la erosión democrática contemporánea frecuentemente deriva de la instrumentalización de instituciones legítimas, como órganos electorales, parlamentos, tribunales y medios de comunicación, por parte de liderazgos autoritarios que buscan la concentración progresiva de poder. A diferencia de rupturas institucionales abruptas, este fenómeno se caracteriza por dinámicas graduales y de difícil identificación inmediata, las cuales potencian la polarización social y corroen la confianza en los sistemas democráticos.

Resulta evidente que el declive democrático en la era contemporánea frecuentemente proviene de la acción paulatina de líderes electos, que subvierten las instituciones mediante medidas aparentemente legítimas, distanciándose del paradigma tradicional de rupturas bruscas. Dos pilares no codificados sostienen los regímenes democráticos: la tolerancia mutua, que presupone el reconocimiento recíproco entre adversarios políticos, y la contención institucional, que limita el uso oportunista de los mecanismos de poder. La erosión de estos principios abre espacio a prácticas autoritarias, donde las propias estructuras democráticas son instrumentalizadas con fines antidemocráticos (Mussoi & De Quadros, 2022, p. 592).

Mussoi & De Quadros (2022, p. 592) subrayan que gobernantes con tendencias autoritarias adoptan estrategias de desmantelamiento institucional gradual, sustituyendo la independencia de los órganos por lealtades personales y reinterpretando normas para concentrar poder. Este proceso ocurre de manera insidiosa, bajo justificaciones de eficiencia o representación popular, enmascarando el carácter antidemocrático de las medidas. La combinación entre desprecio a las convenciones políticas y manipulación de instrumentos legales representa una amenaza más compleja que los golpes clásicos, pues explota las fisuras del propio sistema que pretende destruir.

En el contexto latinoamericano, Borsani, Vieira & Troiano (2025, p. 2) explican que, aunque varias naciones lograron superar crisis políticas agudas (casos de Chile, Ecuador y Perú) o contener amenazas directas al orden democrático (como ocurrió en Bolivia y Brasil), dichas superaciones no representaron la solución permanente de sus fragilidades institucionales. Frecuentemente, los principales desafíos al pleno funcionamiento democrático emergieron de acciones promovidas por líderes electos que, paradójicamente, minaron los mismos sistemas que los llevaron al poder.

Este fenómeno revela una característica peculiar de las crisis contemporáneas: el riesgo de retroceso democrático muchas veces se origina dentro del sistema político, no solo en fuerzas externas. La experiencia regional demuestra que la mera preservación formal de las instituciones no garantiza la solidez democrática, exigiendo mecanismos adicionales de control y equilibrio de poder (Borsani, Vieira & Troiano, 2025, p. 2).

Desde la perspectiva de Yabancı, Akkoyunlu & Öktem (2025, p. 101), la autocratización comparte las mismas raíces que la erosión democrática, evidenciando las correlaciones entre ambos fenómenos. Explican, en este sentido, que

“globalmente, la persistente exclusión racial y étnica, las desigualdades prolongadas y las consecuencias ecológicas de políticas de crecimiento implacable han vuelto a las democracias cada vez más vulnerables a ataques”, perpetrados, en esencia, por movimientos populistas autoritarios.

Los factores antes mencionados se refieren a la estructura de las democracias modernas, construidas sobre bases muy frágiles. De ahí se desprende que la autocratización no es algo que simplemente aparece, sino que se construye de manera progresiva. Puede afirmarse que la autocratización “está marcada por fases que reflejan un flujo y reflujo en las tácticas del régimen, las estrategias de oposición y el apoyo social”. El gran salto teórico consiste en comprender que, en sus fases iniciales, el proceso es mucho más sutil, involucrando “métodos de control más blandos, como la cooptación de la sociedad civil, los medios e instituciones judiciales bajo el pretexto de reformas” (Yabancı, Akkoyunlu & Öktem, 2025, p. 104).

Al mismo tiempo, dada la amplitud global de los procesos de erosión democrática y autocratización, la diferenciación entre regímenes democráticos y autocráticos resulta cada vez más difícil. Para Abels *et al.* (2024, p. 2), el surgimiento de zonas grises puede explicarse porque “la mayoría de los Estados realizan elecciones y han aprendido a imitar diversos atributos de las democracias liberales”. Los regímenes abiertamente autoritarios, como Corea del Norte y Rusia, son cada vez menos numerosos.

Sobre el particular, Paulino (2021, p. 281) sostiene que los regímenes autoritarios consolidados se distinguen por la supresión sistemática de la competencia política efectiva y la eliminación del pluralismo partidario. Aunque eventualmente realizan procesos electorales, dichos mecanismos funcionan como meras formalidades en sistemas de partido único o dominante, donde la alternancia

en el poder deviene imposible. Estos regímenes suelen mantener estructuras constitucionales aparentemente democráticas, con previsión formal de derechos fundamentales e instituciones de control. Sin embargo, tales dispositivos operan como instrumentos de legitimación superficial, sirviendo exclusivamente a la perpetuación del grupo en el poder.

El panorama aquí delineado revela la complejidad de la amenaza autocrática contemporánea, que ya no se presenta como una ruptura violenta, sino como una metódica subversión desde dentro del propio sistema. Ante este escenario, surge la pregunta fundamental: ¿están las democracias condenadas a sucumbir a este proceso gradual, o existen mecanismos de defensa capaces de contenerlo y revertirlo? Es precisamente para responder a esta interrogante que se vuelve indispensable analizar el concepto de resiliencia democrática, como se hará en el siguiente apartado.

V. RESILIENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EN ESCENARIOS DE CRISIS

Teniendo en cuenta la constatación de que las democracias globales enfrentan procesos de erosión, muchos de ellos tendentes a la autocratización, resulta necesario pensar estrategias de enfrentamiento. Que la democracia esté amenazada no implica necesariamente su colapso.

Conviene, de forma preliminar y en términos generales, destacar que el concepto de resiliencia tiene amplia tradición académica en diversas áreas del conocimiento, incluyendo ecología, ingeniería, psicología y gestión de riesgos, entre otras. En la ciencia política, sin embargo, la aplicación de esta perspectiva para analizar sistemas democráticos constituye un enfoque reciente, desarrollado principalmente en el contexto de los estudios sobre autocratización y retroceso democrático (Croissant & Lott, 2024, p. 5).

Pese al creciente interés académico, la noción de resiliencia democrática aún carece de una definición consensuada y parámetros operacionales claros. Se observa una variación significativa tanto en su conceptualización teórica como en sus manifestaciones prácticas en distintos contextos nacionales. Esta pluralidad interpretativa refleja tanto la complejidad inherente al objeto de estudio como la relativa novedad del enfoque analítico (Croissant & Lott, 2024, p. 5).

Para el presente estudio, se parte de la tesis de que solo cobra sentido hablar de resiliencia democrática en escenarios de crisis. Walz *et al.* (2025, p. 10) destacan que la capacidad de resistencia de un régimen democrático solo puede evaluarse adecuadamente cuando este se ve sometido a presiones externas o internas que pongan a prueba sus fundamentos constitucionales. Se infiere que el análisis presupone una relación dialéctica entre la solidez institucional del sistema y la magnitud de los desafíos enfrentados. El desenlace de este proceso interactivo está determinado no solo por la estructura normativa existente, sino también por la eficacia de sus mecanismos de adaptación.

Entre los analistas de la crisis democrática global, destacan aquellos que señalan la relevancia de las instituciones, en especial el poder judicial, encarnado en los Tribunales Supremos y Constitucionales, para la resiliencia frente a procesos de crisis. En este sentido, Roznai (2020, p. 327) explica que “los tribunales desempeñan un papel central en este proceso [de erosión democrática], ya sea como principal blanco de líderes populistas, ya sea por su capacidad para obstruir cambios administrativos, legales y constitucionales”.

Con todo, es imperativo matizar la confianza depositada en las instituciones judiciales como principal barrera de contención. Su rol, aunque fundamental, es inherentemente reactivo y se circumscribe al marco de la legalidad. Atribuirles la

responsabilidad exclusiva de resolver crisis de naturaleza eminentemente política no solo excede su mandato constitucional, sino que arriesga su propia legitimidad al arrastrarlas al centro de la disputa partidista. Como bien advierten Gaspardo & Oliveira (2025, p. 3), no se puede “apostar en exceso por las instituciones judiciales como barrera contra el colapso democrático, pues no fueron forjadas ni están equipadas para tal fin”.

Cabe aclarar, sin embargo, que el objetivo de esta investigación no es poner en tela de juicio las contribuciones que el poder judicial puede ofrecer a la preservación de la democracia. Un análisis de tal envergadura demandaría estudios más profundos, preferiblemente anclados en la realidad particular de cada sistema político, toda vez que la conformación institucional, las competencias y la cultura judicial varían de un país a otro.

Superada la discusión sobre el andamiaje institucional, emerge otro elemento que consideramos decisivo para la resiliencia democrática y sobre el cual es pertinente profundizar: el componente humano. Según Bugarić (2015, p. 244), los ciudadanos “son esenciales para impulsar el proceso de democratización, como representantes de la sociedad civil que apoyan y participan en diversas iniciativas, grupos y actividades políticas”. La participación ciudadana impacta profundamente en los niveles de confianza hacia las instituciones públicas –incluyendo el sistema político–, lo que se refleja en los índices democráticos de un país.

Desde nuestra perspectiva, esta participación es el verdadero sustrato de la resiliencia democrática, que depende fundamentalmente de la voluntad popular de conservar las bases del régimen. Sin embargo, es crucial superar una visión meramente formal de dicha participación, a menudo reducida al ejercicio periódico del voto. En contextos de erosión, donde las instituciones son instrumentalizadas desde dentro, la

resiliencia no depende de una ciudadanía pasiva, sino de una que asume un rol proactivo de fiscalización y vigilancia cívica constante.

Para que sea efectiva, la vigilancia cívica no puede depender únicamente de acciones espontáneas. Exige la construcción de lo que podríamos denominar una arquitectura de la resiliencia democrática. Dicha arquitectura debe articular, por un lado, a la población directamente interesada a través de nuevos canales de participación y, por otro, a una densa red de actores no estatales, como observatorios académicos, consorcios de periodismo independiente y organizaciones de la sociedad civil, dedicados al monitoreo constante de la salud institucional. El objetivo es crear un ecosistema de rendición de cuentas que detecte y exponga las maniobras de erosión en sus fases iniciales, transformando la indignación social en presión política efectiva.

En definitiva, la resiliencia no debe ser concebida como un atributo estático de las instituciones, sino como el resultado de una interacción dinámica y virtuosa entre un andamiaje legal robusto y una ciudadanía políticamente activa y vigilante. Es en el fortalecimiento de este vínculo donde reside la estrategia más prometedora para que las democracias contemporáneas no solo resistan las presiones autoritarias, sino que emerjan de sus crisis con una legitimidad renovada y una capacidad cívica fortalecida. La construcción de esta resiliencia activa se presenta, por tanto, como la tarea fundamental para enfrentar el avance de la autocratización en el siglo XXI.

VI. CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo como objetivo analizar los procesos contemporáneos de erosión democrática y su relación con la tendencia a la autocratización, destacando patrones globales y estrategias de resistencia. Fue posible identificar algunas tesis centrales, como la inexistencia de democracias inmunes a este fenómeno, evidenciada por los casos de regresión en países como Hungría y Estados Unidos, que desafían la

noción de que las democracias consolidadas son intrínsecamente estables. El análisis reveló que la fragilidad estructural de las democracias modernas, sumada a desigualdades socioeconómicas y polarización política, crea un terreno fértil para crisis institucionales.

Se demostró, además, que la transición de la erosión a la autocratización no es un mero continuo, sino que implica un salto cualitativo. Este punto de inflexión ocurre cuando el deterioro institucional deja de ser un subproducto de la crisis para convertirse en un proyecto político deliberado, en el que actores con poder instrumentalizan las reglas del juego con el fin de consolidar un poder que elimine la alternancia. Como se demostró, este proceso no depende de rupturas violentas, sino de la subversión gradual de normas e instituciones, bajo una apariencia de legalidad.

Frente a este escenario, la investigación identificó que la resiliencia democrática trasciende la mera solidez institucional. La contención de los avances autoritarios, si bien apoyada en tribunales y mecanismos de rendición de cuentas, depende fundamentalmente de una ciudadanía activa. La principal vía de resistencia propuesta es, por tanto, la construcción de una arquitectura de la resiliencia democrática, basada en la vigilancia cívica proactiva y en la articulación de una densa red de actores no estatales capaces de fiscalizar el poder y defender el espacio público.

En síntesis, los resultados sugieren que la erosión democrática y la autocratización son fenómenos interconectados, aunque no inevitables. Su dinámica está anclada en vulnerabilidades históricas y contemporáneas, pero la respuesta a estos desafíos puede determinar el desenlace institucional. La experiencia de países que lograron revertir crisis apunta a la importancia de combinar reformas estructurales con el fortalecimiento de la cultura política democrática, evitando

soluciones superficiales que ignoren raíces profundas como la desigualdad y la exclusión.

Finalmente, este artículo refuerza la urgencia de enfoques multidisciplinarios para comprender y enfrentar la crisis democrática global. Como reflexión final, se entiende que la preservación de la democracia en el siglo XXI exigirá no solo la adaptación institucional, sino también un compromiso renovado con valores democráticos capaces de trascender divisiones y reconstruir pactos sociales inclusivos. Las lecciones extraídas de los casos analizados sirven tanto de advertencia como de guía para acciones futuras.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abels, C., et al. (2024). Dodging the autocratic bullet: Enlisting behavioral science to arrest democratic backsliding. *Behavioral Public Policy*, pp. 1–28. <https://doi.org/10.1017/bpp.2024.43>
- Bendlin, R. W., & Witt, C. (2024). Autocratização e enfraquecimento da democracia no Brasil: 2019-2022. *Interfaces Científicas-Direito*, 9(3), pp. 230-246. <http://doi.org/10.17564/2316-381X.2024v9n3p230-246>
- Borsani, H., Vieira, S. M., & Troiano, M. (2025). Resiliência democrática na América Latina: analisando crises e superações. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, e123038hb. <https://doi.org/10.1590/0102-123038hb/123>
- Brito, A. S., et al. (2023). *O caminho da autocracia: Estratégias atuais de erosão democrática*. Tinta-da-China Brasil.
- Bugarič, B. (2015). A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism. *International Journal of Constitutional Law*, 13(1), pp. 219-245. <https://doi.org/10.1093/icon/mov010>

Camilo Junior, V. G. (2025). Panorama da erosão democrática no século XXI.

Contribuciones a las Ciencias Sociales, 18(9), e20816.

<https://doi.org/10.55905/revconv.18n.9-169>

Croissant, A., & Lott, L. (2024). Democratic resilience in the twenty-first century:

Search for an analytical framework and explorative analysis (Working Paper No.

149). Varieties of Democracy Institute, University of Gothenburg.

<https://doi.org/10.2139/ssrn.4932497>

Dean, J. (2024, 17 de enero). *Democratic decline a global phenomenon, even in wealthy nations*. Cornell

Chronicle. <https://news.cornell.edu/stories/2024/01/democratic-decline-global-phenomenon-even-wealthy-nations>

Gargarella, R. (2022). From "democratic erosion" to "a conversation among equals." *Revus*, 47, pp. 1-17. <https://doi.org/10.4000/revus.8079>

Gaspardo, M., & Oliveira, A. R. S. M. de. (2025). Autocratização e resiliência democrática no Brasil (2019–2023). *Revista Direito GV*, 21, e2515.

<https://doi.org/10.1590/2317-6172202515>

Kneuer, M. (2023). Trends on Democratic Erosion: The Role Of Agency And Sequencing. *International Political Science Abstracts*, 73(6), pp. 837-847. <https://doi.org/10.1177/00208345231218076>

McCoy, J., Rahman, T., & Somer, M. (2018). Polarization and the Global Crisis of Democracy: Common Patterns, Dynamics, and Pernicious Consequences for Democratic Polities. *American Behavioral Scientist*, 62(1), pp. 16-42. <https://doi.org/10.1177/0002764218759576>

- Mussoi, H. G., & De Quadros, D. G. (2022). Erosão democrática e legalismo autocrático: o caso dos conselhos gestores no governo Bolsonaro. *Rei-revista Estudos Institucionais*, 8(3), pp. 582-606. <https://doi.org/10.21783/rei.v8i3.680>
- Nord, M., Altman, D., Angiolillo, F., Fernandes, T., God, A. G., & Lindberg, S. I. (2025). *Democracy report 2025: 25 years of autocratization – Democracy trumped?* V-Dem Institute, University of Gothenburg.
- Paulino, L. A. (2021). Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, (58). <https://doi.org/10.17808/des.58.1209>
- Rau, E. G., & Stokes, S. (2025). Income inequality and the erosion of democracy in the twenty-first century. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 122(1), e2422543121. <https://doi.org/10.1073/pnas.2422543121>
- Roznai, Y. (2020). Who will save the redheads? Towards an anti-bully theory of judicial review and protection of democracy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 29(2), p. 327.
- Somer, M., & McCoy, J. (2018). Déjà vu? Polarization and Endangered Democracies in the 21st Century. *American Behavioral Scientist*, 62(1), pp. 3-15. <https://doi.org/10.1177/0002764218760371>
- Tormey, S. (2021). Stresses and Strains: Will We Ever Agree on What's Going Wrong with Democracy? *Representation*, 58(1), pp. 13-26. <https://doi.org/10.1080/00344893.2021.2005674>
- Walz, K., Merten, L., Rosenthal, M., et al. (2025). From latest buzzword to conceptual framework: Unraveling the complexities of democratic resilience. *Zeitschrift für*

Vergleichende Politikwissenschaft (ZfVP). Advance online publication. <https://doi.org/10.1007/s12286-024-00618-7>

Yabancı, B., Akkoyunlu, K., & Öktem, K. (2025). Limits of autocratisation: actors and institutions of democratic resistance and opposition. *Third World Quarterly*, 46(2), pp. 97-116. <https://doi.org/10.1080/01436597.2025.2462248>

Por:
Edgar Fernando
Cosio Jara *

*LA REFORMA DE LOS REGÍMENES
ADUANEROS Y EL MEGAPUERTO DE
CHANCAY- NUEVO HUB LOGÍSTICO DEL
PACÍFICO: UN CASO DE REINGENIERÍA LEGAL*

Resumen

A fines del 2024 se inauguró con participación del presidente de la China Xi Jing Ping el Terminal Portuario Multipropósito de Chancay (en adelante TPMP Chancay) administrado por la empresa Cosco Shipping con capitales chinos y peruanos, este mega puerto se estableció como destino final de la denominada “Nueva Ruta de la Seda” que sería recorrida por barcos postpanamax que saldrían principalmente del mega puerto de Shanghái en China, reduciendo en más de 10 días el recorrido entre el Asia y América, convirtiendo Chancay en un puerto hub donde la mayoría de la carga arribada sería distribuida al resto de América y el Mundo. Esta mega obra no sólo trajo consigo efectos comerciales y económicos sino también jurídicos, en la medida que los controles aduaneros en Chancay no se limitarían a los regímenes aduaneros tradicionales de importación y exportación sino principalmente a los de almacenamiento y tránsito, para la distribución de la carga hacia el resto de América Latina y a los regímenes promotores de la exportación, a fin que el Perú se beneficie de esta mega obra como plataforma para la mejora de su oferta exportable. En este artículo el autor analiza el tratamiento legal de los Regímenes Aduaneros ante el nuevo escenario creado por el TPMP Chancay y las modificaciones que debieron realizarse a la legislación aduanera para crear el marco jurídico adecuado para hacer viable el control aduanero sin afectar la operatividad comercial y económica de esta obra, en concordancia con el principio de facilitación.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en aduanas. Magister en Política Tributaria. Docente de Derecho Aduanero en SUNAT. edgar.cosio@udep.edu.pe

Abstract

At the end of 2024, the Chancay Multipurpose Port Terminal (hereinafter TPMP Chancay) was inaugurated with the participation of Chinese President Xi Jing Ping, managed by the company Cosco Shipping with Chinese and Peruvian capital. This megaport was established as the final destination of the so-called "New Silk Road" which would be traveled by post-Panamax ships that would leave mainly from the megaport of Shanghai in China, reducing the journey between Asia and America more than 10 days, turning Chancay into a hub port where most of the arrived cargo would be distributed to the rest of America and the world. This mega-project not only brought commercial and economic effects but also legal ones, insofar as customs controls in Chancay would not be limited to the traditional customs regimes of import and export but mainly to those of storage and transit, for the distribution of cargo to the rest of Latin America and to the export promotion regimes, so that Peru can benefit from this mega-project as a platform for the improvement of its exportable supply.

In this article, the author analyzes the legal treatment of Customs Regimes in the face of the new scenario created by the Chancay TPMP and the modifications that had to be made to customs legislation to create the appropriate legal framework to make customs control viable without affecting the commercial and economic operation of this work, in accordance with the principle of facilitation.

Palabras clave: Chancay, regímenes aduaneros, tránsito, depósito, exportación

Keywords: Chancay, customs regimes, transit, warehouse, export

Sumario

I. LA NUEVA RUTA DE LA SEDA Y EL TPMP CHANCAY. 1. LA OPERATIVIDAD DEL TPMP CHANCAY. 2. FINALIDADES COMERCIALES Y ECONÓMICAS. A) Ventajas comerciales. B) Ventajas económicas. 3. EL MARCO LEGAL E INICIO DE OPERACIONES.

II. MARCO LEGAL: EL CONTROL ADUANERO DE LAS MERCANCÍAS Y LOS REGÍMENES ADUANEROS. 1. LA LEGISLACIÓN ADUANERA. 2. ADMINISTRACIÓN ADUANERA. 3. CONTROL ADUANERO. 4. LOS REGÍMENES ADUANEROS.

III. LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA AL INICIO DE OPERACIONES DEL TPMP CHANCAY. 1. EL NUEVO CONTROL ADUANERO EN EL MEGAPUERTO DE CHANCAY. A) La Administración Aduanera de Chancay. B) El despacho aduanero anticipado y electrónico.

2. LAS MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO DE LOS REGÍMENES ADUANEROS. A) Modificaciones al proceso de importación para consumo. B) Modificaciones al proceso de tránsito. C) Modificaciones al régimen de transbordo. D) Otras modificaciones.

IV. CONCLUSIONES. **V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. LA NUEVA RUTA DE LA SEDA Y EL TPMP CHANCAY

La denominada “Nueva ruta de la seda” (en honor al viajero italiano Marco Polo que realiza la primera ruta de la seda entre Europa y la China en 1271) forma parte del proyecto BRI (Iniciativa de la franja y la ruta) que fuera impulsado por China en 2013 para expandir sus rutas comerciales y que cuenta con la adhesión de 22 países de América Latina.

Fruto de dicho proyecto, se recogió la iniciativa de la construcción de un megapuerto en Chancay, que por su profundidad permite albergar buques modelo “pospanamax”¹, con capacidad de llevar más de 18 mil TEUs².

Cuyo proyecto empezó el año 2011 cuando la empresa peruana Volcán iniciara los estudios de impacto ambiental, vendiéndole el año 2019 el 60% de sus acciones a

¹ Denominación dada a las naves cuyo calado es superior al permitido para cruzar el Canal de Panamá.

² TEU es la unidad de medida que equivale a un contenedor de 20 pies.

la empresa de capitales chinos Cosco Shipping quien inicia la construcción de la obra³ dos años después, cuando recibe la habilitación portuaria en un área de 157 hectáreas dividida en tres componentes principales: Zona Operativa Portuaria (ZOP), Zona de Complejo de Ingreso (CI) y el Túnel que une a dichas zonas.

El TPMP Chancay fue finalmente inaugurado en noviembre del 2024 durante el foro de la Asociación Asia Pacífico (APEC) y su objetivo es reducir los tiempos de tránsito y los costos logísticos para importadores y exportadores de la región en su comercio con el Asia.

1. LA OPERATIVIDAD DEL TPMP CHANCAY

El TPMP de Chancay tiene como objetivo convertirse en el gran *hub* portuario del Pacífico sudamericano⁴, tomando en cuenta que por su ubicación estratégica reduce en mas de 10 días el tránsito de naves entre China y América, lo que dada la máxima que el tiempo es dinero, *time is money*, ello representa una reducción de costos logísticos significativa.

Adicionalmente, la importancia de Chancay radica en su capacidad de recibir los buques contenedores de mayor capacidad dados los 17.4 metros de profundidad de

³ Véase: <https://puntoedu.pucp.edu.pe/coyuntura/megapuerto-de-chancay-china-oportunidades-y-desafios/#:~:text=El%20puerto%20de%20Chancay%20es,empresa%20naviera%20china%20COSCO%20SHIPPING>

⁴ Un puerto *hub* es un puerto concentrador de carga para transbordos, sirve para conectar diversas rutas marítimas y facilita el transporte de mercancías entre múltiples orígenes y destinos. Se caracterizan por su extensa infraestructura, instalaciones de vanguardia y capacidades logísticas avanzadas, lo que les permite gestionar eficientemente grandes volúmenes de envíos y recibir una variedad de buques, incluyendo graneleros, petroleros y portacontenedores. Sobre el particular ver:

<https://worldcraftlogistics.com/what-is-a-hub-port-the-benefit-and-role-of-hub-port-in-shipping>

sus aguas que le permiten albergar naves con capacidad de hasta 24,000 TEUs, cantidad superior a lo que pueden recibir los dos terminales del Callao.

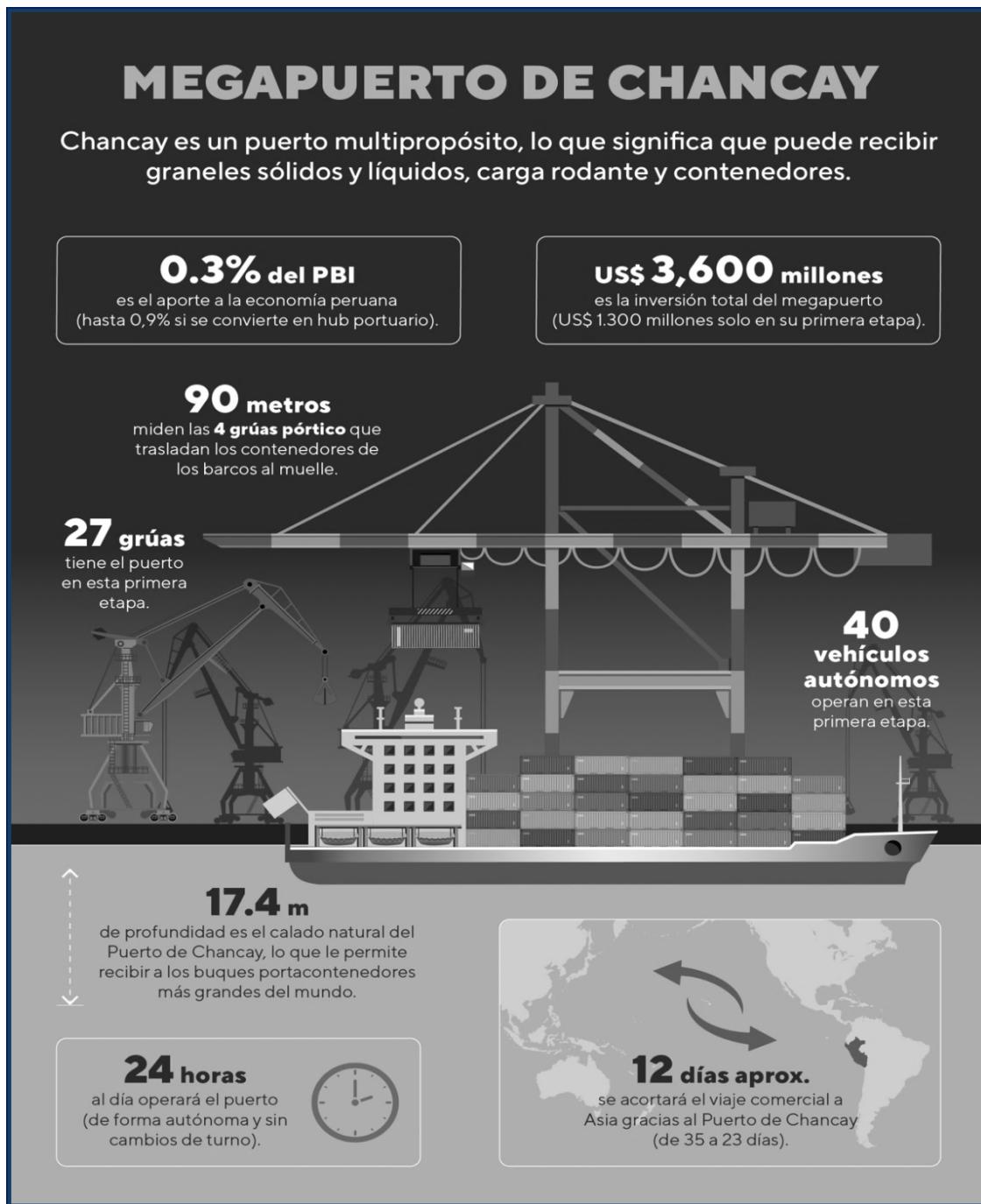
En ese contexto, para aprovechar esta ventaja comparativa previa a su inauguración era necesario dotarlo de mayor competitividad, y en ese sentido el TPMP Chancay funciona de manera integrada con otros puertos del país (Callao principalmente) y el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez como un nodo logístico de la región, los cuales en el futuro estarán vinculados a nuevos proyectos como la Zona Económica Especial (ZEE), el Complejo Logístico e Industrial de Chancay “Chancay Park” y el Parque Industrial de Ancón⁵, todos ellos con mecanismos legales que permitan el desplazamiento de la carga de importación, tránsito y exportación bajo control aduanero.

Para que dicho control sea posible operativamente se le dio al TPMP de Chancay la forma de un “puerto inteligente” (Smart-port), para lo cual se encuentra dotado de vehículos eléctricos no tripulados para la movilización de los contenedores, un sistema inteligente para optimizar el acceso a bahía, grúas pórtico y de patio automatizadas encargadas del servicio de carga y descarga, reconocimiento facial de seguridad para la identificación de los sujetos intervenientes en la zona portuaria garantizando su seguridad, y protocolos 5G para sus redes de comunicación, entre otras tecnologías (ver figura 1).

⁵ Como señala el informe de Prospectiva-Perú de la CEPLAN el Parque Industrial de Ancón, ubicado estratégicamente al norte de Lima Metropolitana, busca impulsar el crecimiento económico y la modernización industrial del Perú. Con una extensión de 1338 hectáreas, busca convertirse en el epicentro de innovación, modernidad y desarrollo para el país, por su parte el proyecto del Complejo Logístico e Industrial de Chancay (Chancay Park) ligado directamente al TPMP Chancay busca impulsar el almacenamiento y la distribución de empresas importadoras y exportadoras, tanto nacionales como internacionales, posicionando a Chancay como un importante *Hub* portuario en la costa del Pacífico Sur e impulsando el crecimiento económico y tecnológico de la región.

Figura 1

Características del TPMP Chancay



Nota. Recuperado de <https://puntoedu.pucp.edu.pe/coyuntura/megapuerto-de-chancay-china-oportunidades-y-desafios/>

2. FINALIDADES COMERCIALES Y ECONÓMICAS

Antes de analizar el marco jurídico para la entrada en operaciones del Puerto de Chancay de manera general y luego el marco jurídico aduanero específico para su adecuado control, corresponde evaluar las ventajas que otorga este mega puerto y que amerita el uso del Derecho como herramienta para favorecer su operatividad.

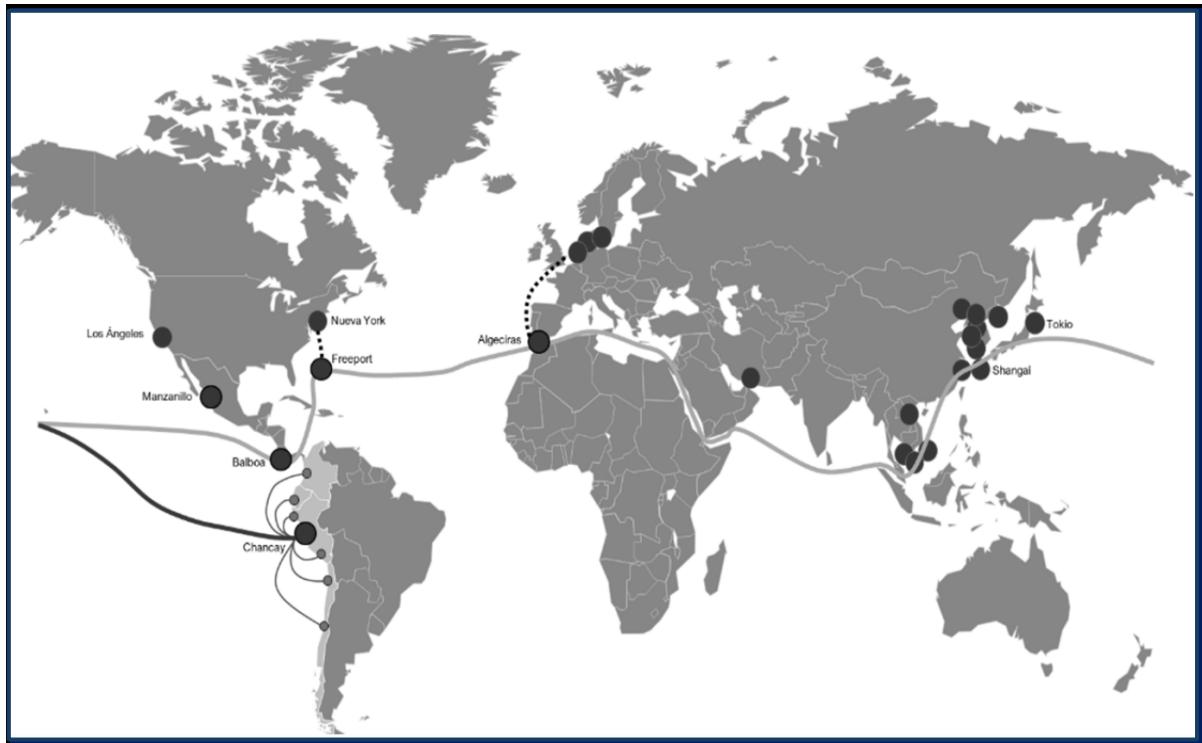
A) Ventajas comerciales

Como señalamos *supra* una de las ventajas del TPMP Chancay es el establecimiento de una ruta directa entre el Perú y Asia que significa reducir el transporte de carga de 35 a 40 días a sólo 23, ello representa una disminución de los costos logísticos para los exportadores e importadores, el cual se ha estimado en un 15% lo cual responde a los siguientes factores:

- a. Establecimiento de una ruta directa: Anteriormente las mercancías provenientes del Asia llegaban al país previa recalada en los puertos de Estados Unidos, México o Panamá e inclusive Chile, y desde ahí se transbordaban o continuaban itinerario hacia el Perú, con el sobrecosto que ello demandaba. Con la inauguración de la ruta Shanghái-Chancay, las importaciones y exportaciones entre Asia y el Perú serán directas.
- b. Nueva frecuencia de rutas: Como consecuencia de la capacidad del puerto para recibir los buques portacontenedores de mayor capacidad y en el menor tiempo, se produce una reconfiguración de las rutas marítimas con Chancay como eje del comercio no sólo entre China y Perú sino de Asia con el Pacífico sudoccidental. De esta manera, las principales líneas navieras modifican sus rutas en la región teniendo como nuevo eje Chancay.

Figura 2

Reconfiguración de las principales líneas marítimas de Asia – América del Sur



Nota. Recuperado de MEF-CEPLAN

- c. Posicionamiento del Perú como *hub* regional: La apertura de la Nueva Ruta de la Seda convierte a Chancay en una zona estratégica para la concentración, almacenamiento, consolidación y redistribución de carga procedente del Asia al resto del país y del mundo. Su puesta en funcionamiento e integración al puerto del Callao permitirá consolidar al eje Chancay-Callao como el *Hub* para la costa del Pacífico Sur. De esta manera, las principales líneas marítimas llegarán a estos puertos, desde donde la carga arribada en los más grandes buques se podrá transbordar en buques menores hacia otros puertos de la región, reduciendo costos y tiempos de tránsito. Lo cual tiene influencia inclusive sobre la otra parte del continente, en la medida que la carga procedente del Brasil podría arribar a través de los corredores bioceánicos o un

eventual futuro tren transcontinental (Santos-Callao) lo cual permite nuevas oportunidades para el comercio y la integración económica en esta parte del mundo (Muñiz, p. 99). Asimismo, al conectar otras regiones del país facilitará el acceso al mercado asiático para productos de la sierra y la selva peruana, promoviendo un desarrollo más equitativo y sostenible en gran parte del país⁶

- d. Diversificación de mercados para exportadores peruanos: Con la apertura de la ruta directa al Asia los productos peruanos tendrán ventajas competitivas en relación a sus competidores regionales con acceso directo a los principales mercados como China, Japón y Corea del Sur sino también nuevos mercados como Australia, Indonesia y Singapur.

B) Ventajas económicas

EL TPMP Chancay no solo ofrece ventajas comerciales para los sujetos intervinientes en el comercio internacional sino también repercute en otros sectores de la economía nacional. En ese sentido, al convertirse en un *hub* logístico en la costa del Pacífico Sur y mejorar la conectividad de Perú con el mundo, fomenta el desarrollo económico y el empleo. Lo que se estima originará un crecimiento de 1.3% del PBI.

Sin embargo, como señala la CEPLAN, “para alcanzar su máximo potencial operativo, el puerto de Chancay requerirá mejoras significativas en la conectividad vial, ferroviaria y de servicios”. En ese contexto, las ventajas económicas previstas en el corto, mediano y largo plazo son:

- a. Promoción del Turismo: Convertido en un nodo logístico Chancay generará oportunidades al sector turismo, no sólo por la afluencia de inversionistas y

⁶ Un eventual desarrollo del tren biceánico que conectará Perú y Brasil potenciará las ventajas competitivas por menores costos y tiempo en los centros de producción alrededor de la ruta (Plataforma Digital Única del Estado Peruano, 2024).

empresas vinculadas al comercio internacional que visitarán el puerto sino por la necesidad de contar con una infraestructura hotelera y servicios complementarios para abastecer esa población flotante.

- b. Incorporación del Perú a las principales cadenas de valor: En la medida que por su condición de *hub* logístico, el TPMP Chancay permitirá recibir a las principales líneas marítimas y con ello se incorporará al movimiento comercial de las grandes transnacionales en esta parte del Pacífico sudoccidental.
- c. Creación de empleo: Splo en la etapa de construcción se estima que el puerto de Chancay generó 7,500 empleos directos e indirectos (MTC), además se estima que la implementación del Parque Industrial de Ancón y Chancaypark generarán otros 70,000 empleos.
- d. Impacto social: Se estima que la entrada en funcionamiento del puerto traerá consigo proyectos de inversión pública y privada. La migración laboral a la zona ya trajo un crecimiento del mercado inmobiliario (se estima que el metro portuario en la zona adyacente se elevó de \$1 el metro cuadrado a \$ 1 000,00) y se tiene previsto en paralelo mejorar en temas de infraestructura social, servicios de salud y educación. En cuanto a la provisión de servicios básicos, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento tiene proyectos de mejora en los servicios de agua potable y alcantarillado en Chancay, que beneficiará a 111 mil habitantes, así como la construcción de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) en la región. Además, se tiene prevista la ampliación del Hospital Regional de Chancay y el Instituto Educativo Superior Tecnológico Público Chancay (las universidades también buscan establecer filiales en la zona, vinculadas a carreras como Ingeniería Naval y Negocios internacionales).

Con ello, se busca cerrar brechas de acceso a servicios básicos y atender la nueva demanda que surgirá con la entrada en operaciones del TPMP Chancay.

3. EL MARCO LEGAL E INICIO DE OPERACIONES

Para hacer viable la operatividad del TPMP Chancay antes de su inauguración se aprobaron una serie de dispositivos con rango de Ley: El Decreto Legislativo N° 1659, que establece disposiciones que permiten a la Autoridad Nacional de Infraestructura identificar, formular y ejecutar inversiones ubicadas en las zonas de influencia del corredor logístico asociado al *Hub* Portuario de Chancay.

El Decreto Legislativo N° 1689, que declara de necesidad pública e interés nacional la intervención estratégica e integral en las zonas de influencia del TPMP Chancay y aprueba disposiciones especiales por su construcción y funcionamiento.

Y finalmente, con Ley N° 32278, el Estado ha creado un fondo social que destinará el 20 % de la renta aduanera recaudada en Huaral (provincia donde se ubica el megapuerto) a proyectos que reduzcan brechas de infraestructura y mejoren servicios públicos en las zonas de influencia del puerto.

Adicionalmente, se modificaron dos leyes de importancia en la operatividad marítima, la Ley N° 32048 que modifica la Ley del Sistema Portuario Nacional permitiendo al terminal portuario, en su condición de puerto privado de uso público, brindar servicios portuarios de manera exclusiva⁷ y la Ley N° 32049 que modifica la Ley de Cabotaje que habilita a las empresas extranjeras a realizar dicha modalidad de

⁷ Algunos mercados relevantes vinculados a la atención de naves portacontenedores y carga en contenedores en el TPMCH son: Servicio general de embarque o descarga de contenedores llenos, servicio de amarre y desamarre de naves portacontenedores, servicios en función a la nave y el servicio a la carga de contenedores vacíos, servicio en función a la nave y el servicio de transbordo de contenedores.

transporte de carga, vale decir el traslado de mercancías entre puertos peruanos, regulado el funcionamiento del puerto el siguiente paso fue establecer el marco legal en materia aduanera para controlar y facilitar el tráfico por la nueva ruta de la seda.

Recientemente se aprobó la Ley N° 32449 que crea las denominadas Zonas Económicas Especiales Privadas (en adelante ZEEP) otorgando facilidades tributarias y aduaneras en la zonas adyacentes a puertos, como Chancay, y que busca atraer nueva inversión privada, el desarrollo de actividades industriales que generen valor agregado, la investigación científica y el desarrollo tecnológico (I+D).

Lo cual también debe generar empleo directo e indirecto, así como potenciales encadenamientos productivos; además contribuir al “incremento y la diversificación de las exportaciones no tradicionales, el desarrollo de la exportación de servicios, la diversificación productiva y la promoción del desarrollo industrial y tecnológico”.

II. MARCO LEGAL: EL CONTROL ADUANERO DE LAS MERCANCÍAS Y LOS REGÍMENES ADUANEROS

Desde que el proyecto de construcción del TPMP Chancay empezó a hacerse realidad la administración aduanera fue asumiendo un rol cada vez más protagónico, después de todo, las funciones de la Aduana pueden resumirse en un solo término “el control del tráfico internacional de mercancías” (Cosio, 2024, p. 57) y si por Chancay se tenía previsto un movimiento de 666,000 TEUs para el primer año de operaciones (SUNAT, Memoria anual 2024), la intervención aduanera era primordial, no sólo para controlar su ingreso sino para su tránsito o salida.

Como quiera que el control aduanero es el control del ingreso y salida de mercancías del territorio nacional, y que dicha función está a cargo de la administración aduanera —encargada de verificar el tratamiento legal aplicado a las mercancías en el tráfico internacional, es decir, el cumplimiento de los regímenes

aduaneros—, pasaremos a analizar estas instituciones a la luz de la legislación aduanera.

1. LA LEGISLACIÓN ADUANERA

Antes de analizar la legislación aduanera nacional, debemos partir de una premisa, a nivel mundial se manejan en esta área normativa las denominadas normas técnicas globales, emanadas de los dos organismos supranacionales que regulan la materia: la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización Mundial de Aduanas (OMA). Estas normas son aplicables como tratados obligatorios o *soft law* por la mayoría de países del orbe.

En ese sentido, los Estados determinan la base imponible de los tributos aduaneros con las Reglas del Valor OMC, clasifican las mercancías en un código de seis dígitos llamado subpartida, según el Sistema Armonizado de la OMA y asignan a las mercancías los tratamientos legales conforme al régimen aduanero al que se destinan, de acuerdo al Convenio de Kyoto de la OMA. Sobre esa base se emiten las normas regionales⁸ y nacionales.

Adicionalmente, en consonancia con la preponderancia del modelo liberal en el mundo y, con él, de sus políticas de libre comercio, la política aduanera tuvo como tendencia, en una primera etapa, el desmantelamiento arancelario (entre 1990 y el

⁸ Sobre el carácter de las normas comunitarias el Tribunal Fiscal ha señalado “que tienen los siguientes atributos: i) se emiten como consecuencia del ejercicio de competencias asignadas a organismos supranacionales, ii) son de aplicación inmediata y de efecto directo, ya que ingresan automáticamente en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de su entrada en vigencia, aplicándose tanto a sus nacionales como al Estado mismo, siendo necesario precisar que en el interior de cada Estado miembro coexisten el derecho comunitario y el Derecho interno, cada uno con su propia autonomía y iii) goza de primacía es decir tiene jerarquía superior a cualquier norma de orden interno” (RTF N° 07798-A-2016).

2015 el arancel en el Perú se redujo de 60% a 2%) y la simplificación y automatización de los procedimientos⁹.

Esto se consolidó en el Acuerdo de Facilitación de Comercio (AFC) de la OMC. Sin embargo, como señala Rohde (p. 243), los ataques terroristas del 11-S y la infiltración del crimen organizado en los flujos comerciales internacionales para traficar armas, drogas, explosivos, dinero ilegal y piratería forzaron a las naciones a acordar y establecer medidas de seguridad contenidas en el Marco de Seguridad y Facilitación aduanera, conocido como el Marco SAFE de la OMA (2005).

En esa línea, a manera de una moneda de Jano, la aduana cumple una función dual: por un lado, el control del tráfico internacional de mercancías y, por otro, la facilitación del comercio exterior del país, correspondiendo a la legislación establecer este *checks and balances* en materia aduanera.

De esta manera, la legislación aduanera nacional para el control del tráfico internacional de mercancías tiene como norma fundamental la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo 1053 del año 2008) —en adelante, LGA—, la cual se desarrolla a nivel ejecutivo por su Reglamento (Decreto Supremo N° 010-2009-EF y sus modificatorias, en adelante, RLGA) y por los procedimientos regulados por la SUNAT, siendo los principales los de despacho aduanero, tales como el DESPA.PG.01 Importación para consumo, DESPA.PG.02 Exportación para consumo, DESPA.PG.09 Manifiesto de carga, además de otros previstos para cada uno de los regímenes aduaneros establecidos en la Ley

En ese sentido, si bien a nivel legal se definen los principios e instituciones de la normatividad aduanera, es a nivel de los reglamentos y procedimientos donde se

⁹ Así, por ejemplo, en el Perú el tiempo total de liberación de la mercancía se reduce de 15 días a 32 horas en la importación (SUNAT, Informe de Gestión 2024).

regula la operatividad; y es en ese marco donde fue posible, sin recurrir a debates parlamentarios, modificar la normatividad para no afectar la operatividad del nuevo puerto. Complementariamente a estas normas, la administración aduanera se encarga de aplicar los demás dispositivos legales que determinan los tributos (Arancel de Aduanas) o establecer otras imposiciones al comercio exterior, como los derechos antidumping, derechos compensatorios y las salvaguardias establecidos por INDECOPI.

Asimismo, aplica las normas ministeriales que regulan las restricciones a la importación o exportación, estableciendo los requisitos y condiciones para el ingreso, tránsito o salida. Finalmente, los incumplimientos a esta normatividad aduanera son sancionados administrativamente conforme a la Tabla de Sanciones Aduaneras, aprobada por Decreto Supremo N° 418-2019-EF, y penalmente conforme a la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 20008).

Respecto a dicho marco legal, en el año 2024 se hicieron las reformas pertinentes para garantizar la operatividad del TPMP Chancay. La principal fue la emisión del Decreto Supremo N° 198-2024-EF, que modifica el RLGA y la Tabla de sanciones aplicables a las infracciones previstas en la Ley General de Aduanas.

Adicionalmente, se modificaron los procedimientos que regulan los regímenes y tratamientos aduaneros que tendrían mayor incidencia en el megapuerto¹⁰. Para efectuar dicho control, se debieron modificar las normas que regulan la materia en

¹⁰ En el segundo semestre del 2024 se aprobaron la Resolución de Superintendencia N.º 000217-2024, que aprobó la versión 5 del “Procedimiento General de Transbordo” (DESPA-PG.11); la Resolución de Superintendencia N° 000286-2024/SUNAT, que modifica el procedimiento “Manifiesto de carga” DESPA-PG.09 (versión 7); y la Resolución de Superintendencia N° 000275-2024/SUNAT, que modifica el procedimiento general “Tránsito aduanero internacional de mercancías CAN - ALADI” DESPA-PG.27 (versión 4), con el fin de regular el paso de la mercancía arribada a Chancay con destino al resto del continente.

tres temas fundamentales: la administración aduanera, el control aduanero y los regímenes aduaneros.

2. ADMINISTRACIÓN ADUANERA

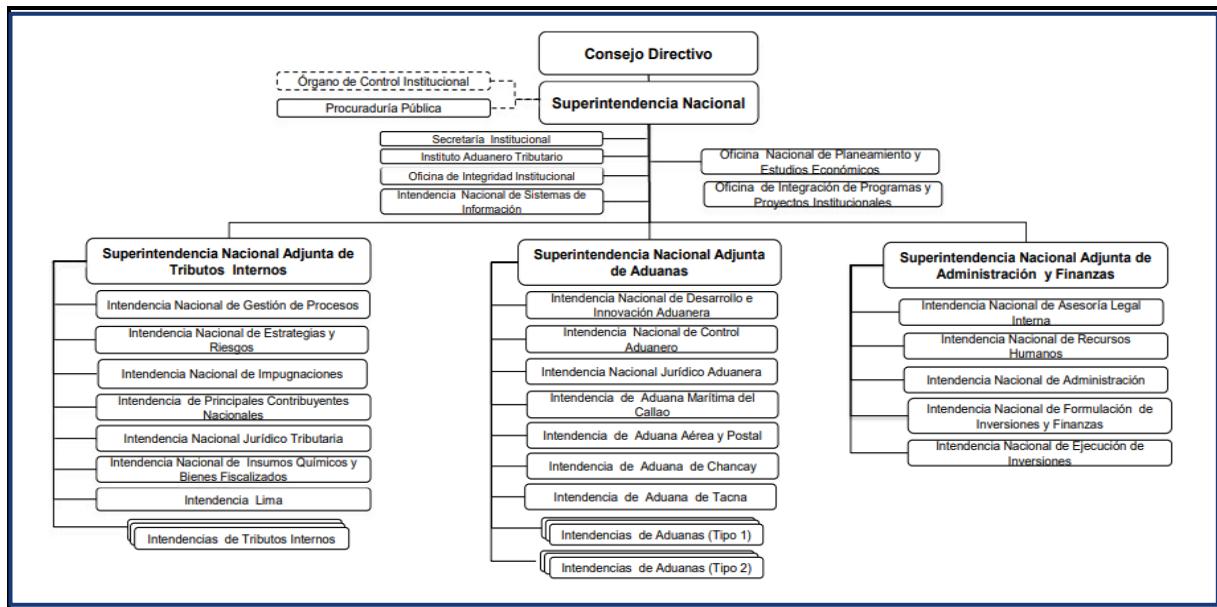
De conformidad con la LGA (artículo 10), la Aduana se encarga de la administración, recaudación, control y fiscalización del tráfico internacional de mercancías, medios de transporte y personas dentro del territorio aduanero. Si bien la norma establece como funciones básicas de la Aduana la administración, recaudación, control y fiscalización. En realidad, es el control la que absorbe a todas las demás, por cuanto “es en virtud de ese control que se recaudan los tributos, es para efectuar ese control que se organiza la administración y uno de los mecanismos de control es precisamente la fiscalización de los operadores mediante el sistema de auditoría posterior al despacho” (Cosio, 2024, p. 227).

En el Perú, la administración aduanera es competencia de la SUNAT (Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria), que a partir del año 2002, luego de un proceso de fusión por absorción, asumió las funciones aduaneras. La SUNAT es un organismo técnico especializado del sector economía y finanzas.

La SUNAT tiene competencia sobre todo el territorio aduanero, el cual coincide con el territorio nacional (incluido el espacio aéreo y mar territorial). Para su mejor administración, en dicho territorio ejercen jurisdicción 18 Intendencias de aduanas (a fines del 2024 se crea la Aduana de Chancay para administrar el nuevo megapuerto).

Figura 3

Nuevo organigrama de la SUNAT



Nota. Recuperado de SUNAT, Memoria anual 2024

La aduana, para poder realizar su labor, goza de la potestad aduanera (LGA, artículo 164) que le permite realizar sus controles y organizar sus procesos operativos. Asimismo, como correlato, cuenta con la facultad de sancionar a los operadores de comercio, intervenientes y terceros (LGA, artículo 169).

El control aduanero se ejerce con mayor énfasis en la denominada Zona Primaria, que son los lugares donde normalmente se realizan las operaciones de comercio exterior: puertos, aeropuertos, almacenes y puestos de control fronterizo. El resto del territorio aduanero se denomina Zona Secundaria.

A ello se agregan las denominadas Zonas Francas, que gozan de la extraterritorialidad aduanera (LGA, artículo 2, definiciones) y los territorios aduaneros especiales, que cuentan con tratamientos tributarios y arancelarios más favorables, como la Zona del Convenio Peruano-Colombiano, la Zona beneficiada con la Ley de

Promoción a la Amazonía y las Zonas Especiales de Desarrollo o ZED, antes llamadas CETICOS. En el futuro, el centro logístico de Chancay, Chancaypark y el Parque Industrial de Ancón, gozarán de tal condición.

3. CONTROL ADUANERO

Como señalamos *supra*, la Aduana es el órgano estatal encargado de controlar el tráfico internacional de mercancías, y esto ocurre en todas las civilizaciones y en todos los tiempos. Es por ello que, desde su origen, incluso su denominación “Aduana” proviene del árabe *Adayuan*, que significa libro de cuentas (donde se llevaba el control de todos los productos que ingresaban o salían por un puerto). En ese sentido, el jurista argentino Basaldúa (2011, p. 41) afirma con autoridad que el control realizado por la Aduana sobre las mercancías que se importan o exportan constituye su “función esencial, sin cuyo ejercicio las aduanas no son tales”.

El control aduanero, conforme la definición de la LGA (artículo 2º), es el “Conjunto de medidas adoptadas por la Administración Aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de ésta”.

Como señala Basaldúa, puede existir un Estado que renuncie a su arancel, pero no un Estado que renuncie a su facultad de controlar lo que ingresa o sale de su territorio, porque ello representaría un peligro para su supervivencia. Recordemos que este control aduanero involucra el cobro de tributos, el resguardo a la seguridad y la sanidad pública, la salvaguarda del patrimonio cultural de la nación, la protección de la flora y fauna silvestre en peligro de extinción y la prevención de los delitos aduaneros. Recientemente, podríamos añadir la defensa de la competencia desleal y la formalización de la economía.

El control aduanero se realiza desde antes de la llegada de la mercancía al territorio aduanero —mediante la revisión de los manifiestos de las naves, que se transmiten de manera anticipada y electrónica—, de manera concurrente al despacho aduanero (es decir, desde que se numeran las declaraciones aduaneras hasta que la administración autoriza el levante o salida de la mercancía) e incluso de manera posterior, por cuanto la LGA, en su artículo 155, autoriza la revisión de las declaraciones hasta cuatro años después de numerada la declaración.

Tras la globalización, el control aduanero a nivel universal dejó de ser total (el famoso aforo) y pasó a ser selectivo, con un máximo del 15% de las declaraciones (LGA, artículo 163), bajo un sistema de canales, donde el rojo implica revisión física, el naranja revisión documentaria y el verde el desaduanamiento libre.

Como señala Huaman Sialer (p. 227), desde el año 2008 las políticas del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en materia aduanera descansaron en dos pilares: el primero relacionado con la simplificación de formalidades y procedimientos aduaneros, y el segundo, con un efectivo control aduanero basado en la gestión de riesgo; ambos teniendo como sustento el uso de medios electrónicos y/o informáticos (que alcanzaron su máxima aplicación tras la pandemia COVID-19).

De esta manera, la reducción de los tiempos de despacho aduanero —desde la llegada de la mercancía hasta su desaduanaje— alcanzó los tiempos exigidos por el TLC con Estados Unidos y recogidos por la LGA (artículos 168 y 229), es decir un máximo de 48 horas.

En ese contexto, un elemento determinante para la operatividad del puerto de Chancay era garantizar el control del Estado respecto a los medios de transporte, mercancías y personas que ingresen por esta nueva frontera aduanera o punto de

llegada (*point of arrival* para la legislación anglosajona) y simultáneamente facilitar el flujo de dicha carga.

Para que la administración aduanera pudiera efectuar dicha labor, se debieron modificar las normas que regulan la materia, hacia adentro, reorganizando la administración aduanera; y hacia afuera, adecuando los regímenes aduaneros a la nueva ruta de la seda.

4. LOS REGÍMENES ADUANEROS

Tradicionalmente, las operaciones de comercio exterior se reducían a la importación y exportación. Posteriormente, las necesidades del comercio y las políticas estatales fueron generando tratamientos legales especiales, y surgieron así los denominados regímenes aduaneros.

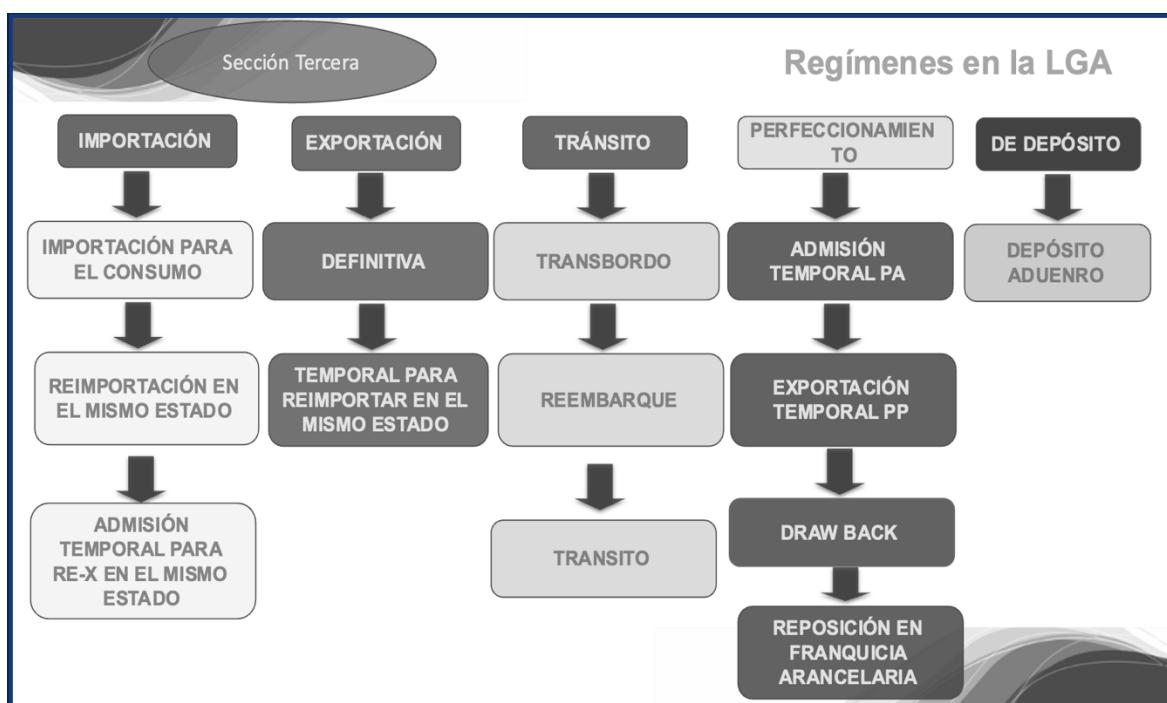
Los regímenes aduaneros son los tratamientos legales aplicables a las mercancías objeto de operaciones de comercio exterior, tratamiento que varía de acuerdo al régimen que se elige pero que siempre tiene como objeto el control aduanero de la mercancía y el cobro de los tributos que pudiera generar (Cosio, 2012, p. 269). En el caso peruano, la teoría de los Regímenes sigue los lineamientos del Convenio Internacional para Simplificación y Armonización de los regímenes Aduaneros suscrito en Kyoto en 1973, y posteriormente revisado en 1995. Este convenio “ha servido de plataforma para la mayoría de las legislaciones del mundo” (Perilla, p. 305). En el caso peruano, si bien este Convenio no se ha incorporado a la legislación aduanera es aplicado como “soft law” tanto a nivel administrativo como jurisdiccional.

De los Regímenes se ocupa la sección III de la Ley General de Aduanas, que ofrece una serie de novedades respecto de sus predecesoras y constituye la respuesta a la obligación impuesta por la Comunidad Andina sobre Armonización de Regímenes

Aduaneros, para que todos los países miembros se acogieran a la misma de manera gradual¹¹. Los Regímenes aduaneros se clasifican en Regímenes de Importación, de Exportación, de Perfeccionamiento, de Depósito y de Tránsito, esta taxonomía no se realiza en función de la obligación tributaria sino de los flujos de comercio.

Figura 4

Regímenes aduaneros en el Perú



Nota. Elaboración propia

Los Regímenes de Importación (LGA, artículos 49 al 59) se clasifican en: Importación para consumo, que es la tradicional importación, donde nace la

¹¹ En el marco de la legislación comunitaria andina, la Decisión 618 establece la incorporación progresiva en la normativa comunitaria de los principios, normas y recomendaciones del Anexo General Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, Convenio de Kyoto revisado, y toma como referencia los anexos específicos del mencionado Convenio en la elaboración de la Decisión sobre armonización de los Regímenes Aduaneros.

obligación tributario aduanera (afectación con aranceles y otros impuestos al comercio exterior); Admisión Temporal para reexportación en el mismo estado, que permite el ingreso de mercancías bajo fianza por un plazo determinado, con la obligación de ser reexportadas en el mismo estado; y la Reimportación, que permite a los exportadores retornar al país mercancías que no fueron admitidas en destino, libres del pago de tributos.

Los Regímenes de Exportación comprenden la Exportación Definitiva (LGA, artículos 60 al 67), que es el régimen tradicional que genera divisas para el Estado provenientes de la venta internacional de mercancías y que, por regla general, no está afecta al pago de tributos. Otro régimen es la Exportación Temporal, que permite la salida de mercancías para exhibición (en ferias u otros eventos) y que puede convertirse en definitiva. Vinculados a estos regímenes están los denominados de Perfeccionamiento (LGA, artículos 68 al 87), que permiten el ingreso al país de insumos y materias primas para la elaboración de bienes de exportación, importados con beneficios tributarios con la condición que se incorporen al nuevo producto (Admisión Temporal para perfeccionamiento, que permite el ingreso con garantía; Reposición de mercancías con Franquicia Arancelaria, que permite el ingreso libre de impuestos para reponer los stocks; y Drawback o Restitución Simplificada, que otorga al exportador un reembolso del 3% del valor FOB de exportación en compensación por los aranceles pagados)¹². Adicionalmente, para reparar las maquinarias, se permite su salida y retorno sin pagar tributos mediante la Exportación Temporal para perfeccionamiento.

¹² El Drawback de la LGA permite la devolución de los aranceles pagados por la importación de materias primas e insumos, pero en el Perú se aplica en su lugar un régimen de restitución simplificada (Decreto Supremo N° 104-95-EF) que permite en su lugar una devolución del 3% del valor FOB del producto exportado.

La Ley para facilitar el comercio tiene tres Regímenes de Tránsito (LGA, artículos 92 al 97): el Reembarque, que permite devolver la mercancía que no se puede o no se quiere importar (por falta de permisos u otros factores); el Tránsito, donde la mercancía ingresa a un puerto solo como paso para su importación en otra zona del país u otro territorio aduanero; y el Transbordo, propio de los puertos *hub*, que se utiliza para que la mercancía que llegue en un medio de transporte traslade su carga a otro medio de transporte en un mismo recinto portuario, sea directamente (de barco a barco) o indirectamente (con espera en un almacén o en el puerto).

Finalmente, como la regla es que la mercancía no permanezca mucho tiempo en un punto de llegada (de lo contrario opera el abandono legal y la mercancía pasa a disposición del fisco para su remate, adjudicación, entrega al sector competente o destrucción), se admite su almacenamiento hasta por un plazo de 12 meses a través del Régimen de Depósito (LGA, artículos 88 al 91).

Estos son los 13 regímenes aduaneros que prevé la Legislación aduanera peruana y a ellos se agregan los establecidos por leyes especiales como son las zonas fronterizas, envíos de entrega rápida o courier, los equipajes, los envíos postales, las ferias, los contenedores, los vehículos de turismo, el material de guerra, entre otros (LGA, artículo 98). Es a estos regímenes aduaneros a los que se debe destinar la carga arribada al puerto de Chancay, y dentro de un puerto *hub*, de naturaleza *Smart*, la necesidad de que la mercancía pueda disponerse “*just in time*” motivó algunos ajustes en la legislación, que se analizarán en el siguiente acápite.

III. LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA AL INICIO DE OPERACIONES DEL TPMP CHANCAY

La nueva normalidad generada con el puerto de Chancay (con un movimiento estimado de mas de 600,000 TEUs solo en su primer año de operaciones) y su

proyección como un nodo logístico, con implicancias sociales, económicas y comerciales, motivó dos grandes grupos de cambios en la legislación aduanera: en la operatividad de la administración aduanera encargada del control y en los regímenes aduaneros aplicables a las mercancías.

Los principales cambios se dieron en el marco del Decreto Supremo N° 198-2024-EF el cual modificó el Reglamento de la Ley General de Aduanas y la Tabla de Sanciones aduaneras para especificar las obligaciones de cada operador de comercio (transportistas, almacenes, agentes de aduanas e importadores) y las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Por su parte, los cambios operativos se implementaron a través de las modificaciones de los procesos de Manifiestos, Importaciones, Tránsito y Transbordo.

1. EL NUEVO CONTROL ADUANERO EN EL MEGAPUERTO DE CHANCAY

El crecimiento del tráfico marítimo previsto con la entrada en funcionamiento del TPMP Chancay y la nueva ruta marítima con China no sólo significa para el país ventajas logísticas, comerciales y económicas, sino que también trae aparejadas emergentes amenazas en seguridad, salud y medio ambiente, derivadas del tráfico transfronterizo. Ello demandó para la administración una estrategia más precisa de control, a fin de identificar y gestionar riesgos asociados con sujetos, mercancías y medios de transporte.

A nivel de organización, de conformidad con el RLGA (art. 9) dentro de la administración aduanera, corresponde a las Intendencias de Aduanas el control de los regímenes aduaneros a su cargo y las consecuencias derivadas de estos.

En ese contexto, durante el año de inicio de operaciones surgió un desafío para la administración aduanera: crear una nueva Aduana en el TPMP Chancay y dotarla

de los procedimientos adecuados para el control de la carga tanto al ingreso como a la salida del territorio aduanero.

Desde el punto normativo, mediante el Decreto Supremo N° 198-2024-EF se realizaron las modificaciones al RLGA, que significaron un ajuste al control de las declaraciones aduaneras y en la Tabla de Sanciones, a fin de incrementar las sanciones a los operadores que incumplan las nuevas reglas.

A) La Administración Aduanera de Chancay

Frente a la entrada en operaciones del MPMP, se carecía en dicho puerto de un recinto aduanero, el cual era jurisdicción de la Intendencia Aduana Marítima del Callao, órgano de SUNAT que ya tenía a su cargo la atención de los dos principales puertos del país: DP World-Callao y APM-Callao, con un movimiento anual superior a los 2 millones de TEUs y situado a 200 kilómetros del nuevo *hub*.

Esto hubiera distraído las labores de control por la falta de inmediatez y la necesidad de atender simultáneamente la demanda de tres terminales portuarios. Adicionalmente, al estar la sede de la aduana en el Callao, ello implicaba que los ingresos del canon aduanero —porcentaje de recaudación tributaria asignada a la región de la aduana competente— no se destinaran a la sede del nuevo puerto, pese a las altas demandas sociales existentes y la escasez de presupuesto regional para atenderlas. Así, por ejemplo, las primeras grúas del puerto desembarcaron en Chancay, pero debieron realizar su trámite aduanera ante la Aduana del Callao como despacho urgente (Declaración Aduanera de mercancía 118-2024- 218129)

Ante esta situación, mediante el Decreto Supremo N° 127-2024-EF se modifica el Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAT (ROF) y se crea como nuevo órgano la Intendencia de Aduanas de Chancay. A su vez, con la Resolución de Superintendencia N° 000192-2024, se determina la circunscripción territorial de la IA

Chancay, asignándole competencias en ámbitos territoriales que antes eran jurisdicción de la Aduana Marítima del Callao (provincias de Huaral, Oyón, Barranca y Huaura, además del distrito de Ancón en Lima y las provincias de Pasco y Daniel Alcides Carrión en Pasco).

Este nuevo órgano de la SUNAT fue dotado de infraestructura de primer nivel, en virtud de un Convenio de Colaboración Interinstitucional entre el administrador del puerto (COSCO Shipping) y la SUNAT. Con un nuevo recinto, la administración pudo establecer una atención inmediata al megapuerto, con un servicio de 24x7 en el primer año de operaciones. En ese contexto, se numeraron directamente las declaraciones a partir del 05 de noviembre de 2024 (DAM 370-2024-001).

Como proyección al futuro del puerto, la SUNAT ha iniciado los procesos para la compra de un terreno e implementación de una sede institucional, donde operará la nueva Intendencia, un Centro de Servicios al Contribuyente, un almacén para la mercancía en abandono o comiso, y la base de los canes antidroga (K9). La administración también realizó coordinaciones con la embajada de Estados Unidos para la donación de tres escáneres que permitan el control no intrusivo de la carga, lo que facilitará el flujo de la mercancía. En el futuro también se prevé el equipamiento para vigilancia aérea y control acuático, mediante la adquisición de drones y la compra de un bote para el transporte de buzos, lo que convertiría a la Aduana de Chancay en una de las mas equipadas del país (SUNAT, Memoria anual 2024).

B) El despacho aduanero anticipado y electrónico

Si bien la implementación de una nueva aduana permite mejorar el control de la carga y, a su vez, cumplir con las normas de facilitación del comercio, dicho control no debe interrumpir el despacho aduanero. En ese sentido, como señalamos *supra*, según el marco del AFC de la OMC (artículo 7), los despachos aduaneros deben

efectuarse de manera anticipada y electrónica¹³. Por ello, para asegurar que el flujo de la carga en el TPMP Chancay se realice sin interrupciones, la administración debió implementar varias mejoras clave en sus procesos. Cabe destacar que, si bien en los procesos tradicionales de importación para consumo se tenía previsto la transmisión del manifiesto y las declaraciones aduaneras con anticipación a la descarga de las naves, así como emitir el mandato electrónico para facilitar la labor de los agentes de aduanas en su representación (LGA, artículos 101, 129 y 130), esto no ocurría en otros regímenes aduaneros. En el caso de la carga arribada a un puerto *hub*, la principal característica no es su nacionalización en el país, sino su reenvío a otros destinos, ya sea dentro o fuera del territorio nacional (bajo los regímenes de tránsito y transbordo).

De esta manera, el despacho en el TPMP Chancay requería el uso intensivo de las declaraciones anticipadas para su traslado inmediato una vez ocurrido el arribo de las naves, lo cual implicó modificaciones a nivel normativo y operativo.

En principio, para asegurar una adecuada gestión de riesgos, el Decreto Supremo N° 198-2024-EF modificó el sistema anticipado, que anteriormente estaba exento de multas por errores hasta 15 días después del término de la descarga (LGA, artículo 136).

A nivel reglamentario (RLGA, artículos 195 y 189), se precisó que, para que proceda dicha exención, era necesario que la transmisión de la información anticipada sea veraz, completa y sin errores, y que cualquier modificación a la información anticipada no tuviera incidencia tributaria¹⁴. Adicionalmente, se precisó que en el

¹³ El uso del despacho anticipado es obligatorio en la importación para consumo desde el año 2018 y su empleo alcanzó el año 2024 el 74% del total de declaraciones . Las declaraciones que no se acogen al sistema anticipado son pasibles de una multa (LGA, artículo 198, inciso c)

¹⁴ Conforme a la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 198-2024-EF, si bien la obligatoriedad del sistema anticipado incrementó su uso, muchos importadores se acogían a él únicamente para evitar

despacho anticipado no se aplicaba el reconocimiento previo de las mercancías para subsanar los errores de despacho por existir ya una DAM numerada.

En concordancia con ello, se modificó la Tabla de Sanciones para establecer nuevas sanciones por el envío de información incorrecta o incompleta en el sistema anticipado y, a fin de no desalentar su uso, se incrementaron las multas al importador que no destinara su mercancía a esa modalidad de despacho¹⁵.

En cuanto a la operatividad del ingreso, se habilitó la posibilidad de desconsolidar la carga directamente en el puerto¹⁶, así como la posibilidad del cambio inmediato de puerto en caso de contingencias que impidan la descarga en el lugar inicialmente planificado (lo que implica la formación de un nodo logístico entre Chancay y los puertos y aeropuertos del Callao). Con esa finalidad, se modificaron el Procedimiento General “Manifiesto de Carga” DESPA-PG.09 (versión 7) y el Procedimiento Específico “Rectificación del manifiesto de carga, actos relacionados, documentos vinculados e incorporación” DESPA-PE.09.02 (versión 7)¹⁷,

la multa, sin consignar la información correcta. De este modo, al no encontrarse sujetos a la aplicación de multa por rectificación de datos, corregían posteriormente la declaración. Lo agravante era que ocultaban información trascendental o presentaban información genérica, lo que afectaba la data de la administración impidiendo una eficiente gestión de riesgo.

¹⁵ Dicho avance, sin embargo, corre el riesgo del Proyecto de Ley General de Aduanas N° 12218/2025-CR presentado por el congresista Salhuana, que propone la eliminación de la obligatoriedad de la modalidad de Despacho Anticipado y que ha sido observado por el Poder Ejecutivo.

¹⁶ De conformidad con el artículo 2 de la LGA, la consolidación de carga es el “Agrupamiento de mercancías pertenecientes a uno o a varios consignatarios, reunidas para ser transportadas de un puerto, aeropuerto o terminal terrestre con destino a otro puerto, aeropuerto o terminal terrestre, en contenedores o similares, siempre y cuando se encuentren amparadas por un mismo documento de transporte”.

¹⁷ Con Resolución de Superintendencia N° 286-2024-SUNAT.

modificaciones que entraron en vigor parcialmente el 20 de diciembre de 2024 y rigen plenamente desde el 30 de junio de 2025.

2. LAS MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO DE LOS REGÍMENES ADUANEROS

Dado que por Regímenes Aduaneros entendemos el tratamiento legal aplicable a las mercancías que ingresan o salen del territorio aduanero, es que se hizo necesaria la modificación de aquellas normas aduaneras que constituían una barrera a la operatividad del nuevo TPMP Chancay.

En ese contexto, las modificaciones se realizaron principalmente en los procedimientos de importación, tránsito y transbordo, que son los de mayor incidencia en la nueva ruta de la seda.

A) *Modificaciones al proceso de importación para consumo*

Habiéndose estimado el ingreso de 666,000 TEUs durante el primer año de operaciones del TPMP Chancay, y siendo de interés el uso del sistema anticipado, mediante la Resolución de Superintendencia N.^o 000281-2024/SUNAT175 se modificó el procedimiento general “Importación para el consumo” DESPA-PG. 01 (versión 8) y el procedimiento específico “Reconocimiento físico, extracción y análisis de muestras” DESPA-PE.00.03 (versión 4).

En el procedimiento de importación para el consumo, los cambios precisan que las declaraciones —incluidas las anticipadas— deben contar con la documentación sustentatoria exigida por la legislación aduanera para el despacho de las mercancías, transmitida de forma digitalizada, completa y sin errores.

Además, se regulan los casos en que, por caso fortuito, fuerza mayor o congestión portuaria, la mercancía es descargada en la circunscripción de una intendencia de aduana diferente a la inicialmente consignada en el manifiesto de

carga (lo que es aplicable a mercancía destinada a Chancay que pudiera descargarse en el Callao o viceversa).

B) Modificaciones al proceso de importación para consumo

En el TPMP de Chancay se ha proyectado que la mayoría de la carga se descargará señalando en sus manifiestos que se encuentra “en tránsito” y, de inmediato, se dirigirá a otra jurisdicción donde se nacionalizará (principalmente Lima) e inclusive saldrá al resto de América Latina. Para ello, se utilizarán no sólo otras naves (con destino a los puertos de Chile, Colombia, Ecuador, Panamá e inclusive Brasil o cualquier otra parte del mundo), sino también el transporte terrestre a través de los Convenios de ALADI¹⁸y de la Comunidad Andina que permiten el traslado de la carga por los Estados Miembros mediante un documento único (en ALADI el MIC DTA: Manifiesto Internacional de carga-Declaración de Tránsito Aduanero).

En ese sentido, el RLGA (artículo 116) señalaba que ese trámite solo podía ser realizado por el transportista o el agente de aduanas; sin embargo, la modificatoria incluye al agente de carga respecto a la carga que llega consolidada (Decreto Supremo N° 198-2024-EF), por cuanto se estima que el 30% de los contenedores corresponden a carga consolidada y dado que el puerto de Chancay no cuenta con almacenes, dicha carga debe trasladarse al Callao para su desconsolidación.

Por la misma razón, dado que la carga arribada a Chancay irá en tránsito al Callao y el RLGA fija que dicho traslado se realizará con una garantía equivalente a su valor FOB —con los altos costos que ello implica—, se ha dispuesto que dicha garantía pueda ser nominal, salvo que el declarante tenga garantías pendientes de honrar

¹⁸ ALADI: Asociación Latinoamericana de Integración creada por el Tratado de Montevideo 1980 agrupa a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay, Venezuela, Ecuador, Paraguay y Bolivia y entre su normatividad incluye un Acuerdo de Tránsito Internacional terrestre conocido como ATIT.

(artículo 112). Otra facilidad que se otorga en este régimen es que el reconocimiento físico, que antes era obligatorio, ahora será selectivo mediante gestión de riesgo (artículo 120).

Finalmente, se modifica el artículo 122 del Reglamento para permitir la numeración de una DAM anticipada de importación, incluso en una declaración en tránsito. Anteriormente, la norma exigía que la carga en tránsito llegara a la aduana de destino para recién numerar una DAM, lo que suponía un gasto adicional de almacenaje previo a la llegada.

Complementariamente a las modificaciones al RLGA, la Administración aprobó la Resolución de Superintendencia N° 000282-2024/SUNAT176, que aprueba el procedimiento general “Tránsito aduanero” DESPA-PG.08 (versión 6) y modifica el procedimiento específico “Mandato electrónico” DESPA-PE.00.18 (versión 1). En estas normas se establece el denominado “Tránsito digital”, por cuanto se digitaliza el régimen en todas sus modalidades (marítimo y terrestre) a través del Portal SDA. Asimismo, se regulan los canales de control bajo el sistema de gestión de riesgos y se admite como declarante al agente de carga, además de permitirse el uso de la garantía nominal global para la vía terrestre, que solo se empleaba en la vía marítima. Finalmente, se incorporan nuevas rutas y plazos vinculados a la creación de la Aduana de Chancay. A partir del 31 de enero de 2025, este régimen admite el mandato electrónico.

C) Modificaciones al régimen de transbordo

El TPMP Chancay además de fortalecer la infraestructura portuaria del Perú tiene como fin el ingreso de carga procedente de China, pero no para su uso o consumo en el país, sino principalmente para su distribución al resto de América Latina convirtiéndose en el *hub* portuario de la región.

Figura 5

Régimen de transbordo



Nota. Elaboración propia

El régimen de transbordo, que es aquel que permite que la mercancía llegada en un medio de transporte pueda salir del país en otra nave, se convierte en la destinación propia de un “puerto hub”. En ese sentido, si bien las modificaciones al RLGA no hacen referencia a este régimen, la SUNAT, a través de la Resolución de Superintendencia N° 000217-2024, aprobó la versión 5 del “Procedimiento General de Transbordo” (DESPA-PG.11) en la cual introduce el denominado “transbordo digital” mediante la plataforma del Sistema de Despacho Aduanero (SDA). En dicha versión se establecen pautas para el uso del manifiesto de carga de ingreso y del manifiesto de carga desconsolidado, necesarios para la numeración del transbordo (vigente desde el 18 de noviembre de 2024).

Este régimen se inicia con la transmisión de solicitudes electrónicas mediante el sistema de gestión de riesgos y se regulariza de manera automática a través de manifiestos de salida o consolidados, no requiriendo la presentación de una DAM, bastando la información del manifiesto de carga

D) Otras modificaciones

Adicionalmente a las modificaciones a los procedimientos de despacho, el puerto de Chancay presenta una limitación: en su primera etapa no cuenta con almacenes aduaneros. Ello significa que la carga importada no puede realizar operaciones de desconsolidación o consolidación y, por ello, debe movilizarse hacia el Callao. En ese sentido, se aprobaron una serie de normas destinadas a regular la trazabilidad de esta operación. En primer lugar, el Decreto Supremo N° 198-2024-EF (Segunda Disposición Complementaria Transitoria) autorizó por cinco años que los depósitos de la aduana marítima del Callao puedan albergar a la carga procedente de Chancay, pese a pertenecer a otra jurisdicción. Asimismo, precisó que estos traslados se hagan mediante Guías de Remisión (RLGA, artículos 150 y 151).

Otra modificatoria legal que se incluyó en el Decreto Supremo N° 198-2024-EF fue habilitar la Aduana de Chancay como aduana para ingreso indirecto de la carga destinada a la Zona de Selva, zona que goza de los beneficios del Convenio Peruano-Colombiano (PECO) y de la Ley de Promoción a la Amazonía- Ley N° 27037, normas que le otorgan beneficios de exoneración de aranceles e IGV, respectivamente.

Complementariamente a estos cambios, el Decreto Supremo N° 198-2024-EF faculta a la Administración Aduanera a aplicar nuevas sanciones a quienes declaran información incorrecta en el sistema anticipado, por la afectación que ello representa para la gestión de riesgo (Tabla de Sanciones: N85, N86, P95 y P96). Sin embargo, para que este control no desaliente el uso de esta modalidad de despacho, se han incrementado las sanciones para quienes no la utilicen (Tabla de Sanciones: P83 y P84). Si bien estas modificatorias resultan más gravosas para el operador, esto responde a su relación directa con la información que estos deben enviar a la

Administración para lograr una eficaz gestión de riesgo; en compensación la misma norma ha reducido las sanciones en otros veinte supuestos de infracción¹⁹.

IV. CONCLUSIONES

El inicio de operaciones del TPMP Chancay y las ventajas logísticas, económicas y sociales que representa su conversión en el *hub* logístico en el Pacífico sudoccidental ha implicado una modificación en el ordenamiento legal aduanero encargado de regular el control de la carga arribada y un ajuste a los regímenes aduaneros destinados a facilitar las operaciones sin perjudicar la labor fiscal. En ese sentido, podemos arribar a las siguientes conclusiones cumplido un año de operaciones del megapuerto:

Para usufructuar las ventajas del puerto de Chancay, este debe operar de manera integrada con otros puertos del país (Callao principalmente) y el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, como un nodo logístico de la región donde ya se hizo efectiva la reingeniería legal. En el futuro, todos ellos estarán vinculados a nuevos proyectos, como la Zona Económica Especial (ZEE), el Complejo Logístico e Industrial de Chancay “Chancay Park” y el Parque Industrial de Ancón²⁰, los cuales también

¹⁹ El equilibrio entre mejor control y facilitación queda reflejado en esta normatividad, cuestionadas por los operadores lo cual ha llevado a una Propuesta de Nueva Ley de Aduanas (Proyecto de Ley N° 12218-2025 que propone eliminar la obligatoriedad del despacho anticipado en las importaciones).

²⁰ Como señala el informe de Prospectiva-Perú de la CEPLAN el Parque Industrial de Ancón, ubicado estratégicamente al norte de Lima Metropolitana, busca impulsar el crecimiento económico y la modernización industrial del Perú. Con una extensión de 1338 hectáreas, busca convertirse en el epicentro de innovación, modernidad y desarrollo para el país. Por su parte, el proyecto del Complejo Logístico e Industrial de Chancay (Chancay Park) ligado directamente al TPMP Chancay busca impulsar el almacenamiento y la distribución de empresas importadoras y exportadoras, tanto nacionales como internacionales, posicionando a Chancay como un importante *Hub* portuario en la costa del Pacífico Sur e impulsando el crecimiento económico y tecnológico de la región.

requerirán mecanismos legales que permitan el desplazamiento de la carga de importación, tránsito y exportación bajo control aduanero.

Para hacer viable la operatividad del TPMP Chancay antes de su inauguración, se aprobaron una serie de dispositivos con rango de Ley para dotarlo de infraestructura y de los fondos para que sirva como pivote de desarrollo en la región (Decreto Legislativo N° 1659, Decreto Legislativo N° 1689 y Ley N° 32278). Adicionalmente, se modificaron dos leyes de importancia en la operatividad marítima: la Ley N° 32048, que modifica la Ley del Sistema Portuario Nacional y permite al terminal portuario, en su condición de puerto privado de uso público, brindar servicios portuarios de manera exclusiva; y la Ley N° 32049 que modifica la Ley de Cabotaje que habilita a las empresas extranjeras a realizar dicha modalidad de transporte de carga. Recientemente, se aprobó la Ley N° 32449 sobre Zonas Económicas Especiales Privadas, que podrá coadyuvar al crecimiento de la inversión en la zona adyacente al puerto, especialmente para servicios de almacenaje y conexos.

En el marco de la normatividad aduanera, a nivel legal se definen los principios e instituciones; pero, son los reglamentos y procedimientos los que regulan la operatividad. Bajo este enfoque, y sin necesidad de debates parlamentarios, fue posible modificar la normatividad para no afectar la operatividad del nuevo puerto. En consecuencia, a nivel ejecutivo se aprobó el Decreto Supremo N° 198-2024-EF que modifica el Reglamento de la Ley General de Aduanas y la Tabla de sanciones. Asimismo, se modificaron los procedimientos que regulan los regímenes y tratamientos aduaneros que tendrían mayor incidencia en el megapuerto: importaciones, manifiestos, tránsito y transbordo.

Para mejorar el control sin entorpecer la facilitación de las operaciones en el TPMP Chancay con Decreto Supremo N° 127-2024-EF se modificó el Reglamento de

Organización y Funciones de la SUNAT y se crea como un nuevo órgano la Intendencia de Aduanas de Chancay. Posteriormente, con Resolución de Superintendencia N° 000192-2024 se determinó su circunscripción territorial

Si bien la transmisión anticipada y electrónica del manifiesto de carga y de las Declaraciones Aduaneras de Mercancías (DAM), era la regla en el régimen de importación para consumo, ello no ocurría en los otros regímenes aduaneros. Por ello, frente al inicio de operaciones del TPMP Chancay, se procedió a reorganizar el sistema de control del propio sistema anticipado (Decreto Supremo N° 198-2024-EF) y a digitalizar y facilitar los regímenes de tránsito y transbordo.

En el Procedimiento de Importación para Consumo, los cambios sirvieron para precisar que las declaraciones, incluidas las anticipadas, deben contar con la documentación sustentatoria exigida por la legislación aduanera para el despacho de las mercancías, transmitida de forma digitalizada, completa y sin errores. Cuando estos errores conllevan incidencias tributarias corresponde la aplicación de multas conforme la Tabla de Sanciones modificada por Decreto Supremo N° 198-2024-EF.

Las modificaciones normativas de los regímenes aduaneros de tránsito y transbordo —los de mayor incidencia en un puerto *hub*—, con Resolución de Superintendencia N° 000282-2024 y N° 217-2024-SUNAT, estuvieron orientadas a su automatización y a reducir los costos logísticos de los operadores, habilitándose como despachador a los agentes de carga, reduciendo los controles y garantías.

La falta de almacenes aduaneros en el TPMP Chancay al inicio de sus operaciones obligó a la Administración a habilitar los almacenes del Callao como receptores de carga y a controlar esos trasladados a través de un documento único: la Guía de Remisión (Decreto Supremo 198-2024-EF, Disposición Complementaria

Transitoria Segunda). No obstante, el desarrollo del puerto requiere zonas de almacenamiento que deben desarrollar con la reciente Ley de ZEEP.

Finalmente, las modificaciones a la Tabla de Sanciones buscaron garantizar que las declaraciones aduaneras bajo el sistema anticipado cuenten necesariamente con los documentos de despacho digitalizados al momento de su numeración a fin que la administración aduanera pueda organizar su sistema de gestión de riesgo de manera eficiente, situación que se contradice con el Proyecto de Ley de Aduanas, que propone la eliminación de la obligatoriedad de dicha modalidad de despacho, lo que podría afectar este objetivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Basaldúa, R. (1997). La aduana: concepto funciones esenciales y contingentes. *Revista del Instituto Argentino de Derecho Aduanero*, pp. 37-54.
- CEPLAN. (2024). *Transformación logística regional: el nuevo terminal multipropósito de chancay como hub portuario emergente.* <https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/t92>
- Cosio Jara, E. (2012). *Comentarios a la Ley General de Aduanas.* Jurista Editores.
- Cosio Jara, E. (2024). *Curso de Derecho Aduanero.* Jurista Editores.
- Huaman Sialer, M. (2019). *Derecho Aduanero y de Comercio Internacional.* Instituto Pacífico.
- Muñiz, L. (2025) Análisis geopolítico estratégico sobre el megapuerto de Chancay: prospectivas para la seguridad nacional. *Revista de la Escuela Superior de Guerra Naval*, 22(2), pp. 90-104. <https://doi.org/10.35628/resup.v16i2.167>
- Oyarse, J. (2024). La Nueva Ruta de la seda. *Revista Logística 360*, 11(46), pp. 48-49.

- Pardo, G. (2009). *Tributación Aduanera*. Legis Editores.
- Perilla, R. (2009). Los Regímenes Aduaneros. En G. Pardo Carrero (Comp.), *El Derecho Aduanero en el Siglo XXI*. Editorial Universidad del Rosario.
- Plataforma digital única del Estado Peruano. (2024, 11 de mayo). Visita de la Institución Proyecto “Corredor Ferroviario Intercontinental Perú- Brasil” a la Municipalidad Distrital de Chancay. Plataforma digital única del Estado Peruano: <https://www.gob.pe/institucion/munichancay-lima/noticias/952921-visita-de-la-institucion-proyecto-corredor-ferroviario-intercontinental-peru-brasil-a-la-municipalidad-distrital-de-chancay>
- Rohde Ponce, A. (2021). *Derecho Aduanero Mexicano. Tomo I Fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera*. Editorial Tirant lo Blanch.

Por:
Carlos Adrián
Daza Lozada *

*DAÑO MORAL IN RE IPSA: USANDO LAS
“MÁXIMAS DE EXPERIENCIA” COMO
PLACEBO PROBATORIO*

Resumen

El daño moral ha sido considerado siempre como un daño de difícil probanza, debido a su carácter mental, subjetivo y transitorio. Por ello, para evitar la exigencia de una prueba directa, la doctrina y la jurisprudencia han promovido su tratamiento como un daño *in re ipsa*, infiriendo su existencia a partir del uso de máximas de experiencia. Las máximas de experiencia, en estas operaciones inferenciales, fungen para conectar la ocurrencia de ciertos hechos conocidos con la existencia desconocida y no probada del sufrimiento emocional constitutivo del daño moral. Sin embargo, desde este trabajo se sostendrá que muchas veces dichas máximas no cumplen con los requisitos epistémicos que justifiquen su aplicación, operando más bien como placebos probatorios: “legitiman” las decisiones aparentando corrección, pero no se cumple con lo mínimo requerido para su uso racional.

Abstract

Moral damage has long been regarded as a type of harm that is difficult to prove, due to its mental, subjective, and transient nature. To avoid the demand for direct evidence, legal doctrine and case law have promoted its treatment as damage *in re ipsa*, inferring its existence through the use of maxims of experience. In these inferential operations, maxims of experience function as tools to connect the occurrence of certain known facts with the unknown and unproven existence of emotional suffering constituting the moral damage. However, this paper argues that such maxims often fail to meet the epistemic requirements that would justify their application, instead operating as probative placebos: they “legitimize” decisions by simulating correctness, without satisfying the minimum conditions for rational use.

* Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova. Abogado por la Universidad de Piura (tesis con mención “sobresaliente”). Adjunto de docencia de diversas asignaturas del área de Sistema de Justicia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro asociado del Grupo de Investigación “Proceso, Derecho y Justicia” (PRODEJUS–PUCP). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-4109-8727>. cdaza@pucp.edu.pe

** Agradezco a los miembros de PRODEJUS y, de manera especial, a Luciano Laise, David Ibarra, Carla Tarifa y Renzo Cavani, por sus valiosos comentarios y críticas a versiones previas de este trabajo.

Palabras clave: Daño moral, responsabilidad civil, prueba, máximas de experiencia, razonamiento probatorio

Keywords: moral damage, tort law, evidence, maxims of experience, evidentiary reasoning

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 1. DAÑO MORAL IN RE IPSA: APROXIMACIÓN DOGMÁTICA. 2. SIGUE: APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA. **III. INTRODUCCIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y ALGUNAS ADVERTENCIAS.** 1. ADVERTENCIAS. A) Problema 1. Los enlaces en las presunciones. B) Problema 2. La “suficiencia” del indicio necesario. 2. CONCEPTO DE MÁXIMA DE EXPERIENCIA. 3. SOBRE LA SOLIDEZ DE LAS GENERALIZACIONES Y ALGUNOS CRITERIOS PARA USARLAS CORRECTAMENTE. 4. ¿ES COMPATIBLE EL PANORAMA NACIONAL CON LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD APLICABLES A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA? DESENMASCARANDO EL PLACEBO PROBATORIO. **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984 ha existido una amplia discusión respecto de las voces de daño extrapatrimonial, dado que empezaron a coexistir el daño moral y el daño a la persona. Uno de los ejes de esta discusión ha sido la prueba de la existencia de aquellos hechos que constituyen a las mencionadas voces de daño. Particularmente, en el caso del daño moral, el objeto de probanza está conformado por el dolor o el sufrimiento emocional transitorio, hecho que ha sido considerado de difícil probanza por ser subjetivo y diferenciado en cada persona.

En razón de esta dificultad probatoria respecto del daño moral, ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia han optado por entender que este es un daño *in re ipsa*. Esta manera de enfrentar la dificultad probatoria del sufrimiento emocional supone aceptar que existen circunstancias con una entidad tal, que la existencia del dolor resulta “evidente” en aplicación de “máximas de experiencia”. Así, la experiencia de los juzgadores permitiría colegir la existencia del sufrimiento emocional a partir de la prueba de dichas circunstancias, haciendo innecesario probar directamente que el dolor emocional existe.

Sin perjuicio de estos esfuerzos, sigue quedando poco claro cómo es que resulta razonable (y aceptable) entender que el sufrimiento se encuentra probado sin que se aporte prueba para ello. Adicionalmente, tampoco ha quedado evidenciado cómo es que la experiencia del juzgador resulta suficiente para tener por cierta la afirmación la existencia del sufrimiento; y, finalmente, tampoco ha sido tratado cómo es que se deben usar las máximas de experiencia, qué criterios existen para su aplicación y si en el caso del daño moral resulta razonable emplearlas. Como reza el título de este trabajo, aplicar irreflexivamente las máximas de experiencia para justificar el razonamiento fáctico parece ser más un “placebo probatorio” que una práctica rigurosa epistémicamente.

En ese sentido, el propósito de este trabajo es, en primer lugar, reconstruir acotadamente las posturas de la doctrina y de la jurisprudencia nacional respecto de la prueba de la existencia del daño moral. En segundo lugar, se realizará una aproximación al concepto de máxima de experiencia y a cuáles son los criterios que deben seguirse para utilizarlas razonalmente. Finalmente, se someterá a cuestionamiento a las posturas doctrinales y jurisprudenciales, verificando si han considerado los criterios de racionalidad para usar adecuadamente las máximas de experiencia para tener por probado el daño moral.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

1. DAÑO MORAL IN RE IPSA: APROXIMACIÓN DOGMÁTICA

La doctrina nacional cree, muy pacíficamente, en la existencia de una distinción clara entre daños patrimoniales y no patrimoniales. De hecho, se ha dejado, hace ya bastante tiempo, de enfocar la protección dada por el derecho únicamente a las cosas, para pasar a proteger también a las personas (Fernández Cruz, 2015, p. 320; León, 2017, pp. 356-361), en las que, en aras de tutelar aquellos “intereses respetables” y no económicos propiamente (no valorizables en dinero), se han desarrollado distintas voces de daño para resguardar los valores inherentes al “[...] ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte” (Retamozo, 2015, p. 199).

De esta forma, en la sistematización del daño como elemento de la responsabilidad civil, tras la derogación del Código Civil de 1936 y la inclusión de la voz “daño a la persona” junto a la voz “daño moral” en el Código Civil de 1984, se rompe con la tradición francesa que había regido la legislación hasta ese entonces (De Trazegnies, 2001, p. 110). Según esta, era lo mismo referirse al “daño moral” o al “daño no patrimonial”.

Ello es así dado que, desde la postura francesa, la idea de “moral” ya abarcaba lingüísticamente ese espectro interior y espiritual de la persona (estado de ánimo). Es precisamente en el proceso de “despatrimonialización” del derecho, en el que existía dudas sobre la posibilidad de valorar pecuniariamente lo inmaterial, que se reconoce que el daño moral (contrapuesto al daño patrimonial) es resarcible (León, 2017, pp. 353-357).

Es por eso que el “daño a la persona” aparece como una figura antisistema, contraria (al aparecer aislada en el artículo 1985° del Código Civil) al resto del

articulado del cuerpo normativo, tomando terreno que “tradicionalmente” correspondía al “daño moral”. Así es que surge la disputa sobre las fronteras entre estas dos voces de daño y es aquí en donde la doctrina y la jurisprudencia empiezan a trastabillar.

Más allá de que se pueda estar de acuerdo con la sistematización de voces de daño propuesta por Espinoza (2019, pp. 431-446), la cual pretende mantener ambas voces de daño (saliendo, al fin, de la interminable discusión de qué voz abarca a la otra) dándole a cada una un contenido independiente que las hace autónomas y no intercambiables entre sí, el problema surge cuando la doctrina civil, al conceptualizarlo para distinguirlo, se ha preguntado por la prueba del daño moral.

Es más o menos pacífico que el daño moral es equiparable al *preium doloris* (Espinoza, 2019, p. 446; Fernández Cruz, 2023, pp. 43-45; Fernández Sessarego, 1996, p. 57 y 1998, p. 191; Retamozo, 2015, p. 203; entre otros) o que, como punto en común al menos, desde la postura más tradicional (León, 2017, p. 348; Morales, 2020, pp. 76-77; De Trazegnies, 2001, p. 112), el concepto de daño moral abarca al daño a la persona e implica —entre otras cosas— al *preium doloris*, entendido como aquellos padecimientos anímicos, transitorios, no patológicos, de la esfera sentimental, sufridos por la víctima del daño. Pese a que el daño moral ha sido asociado con múltiples y variados fenómenos (Díez-Picazo, 2008; Espinoza, 2015, pp. 194-197), esta categoría ha sido asociada originariamente con el deseo de brindar protección al dolor o sufrimiento, sea este físico o emocional (Papayannis, 2020, p. 141).

Particularmente, el dolor emocional o sufrimiento emocional cuenta con una serie de problemas epistemológicos. Ello es así porque el dolor, en general, es una experiencia subjetiva y privada, lo que le brinda a quien lo sufre una posición epistémica privilegiada. Sin perjuicio de lo dicho, las creencias de un individuo sobre

su dolor físico —a diferencia del dolor emocional— cuentan con una mayor serie de parámetros externos de validación que permiten corroborar su existencia y entidad; el dolor emocional, por su parte, carece de tales parámetros, por lo que se ha llegado a afirmar, aunque en forma crítica, que “Quien siente dolor emocional, tiene dolor emocional [...]” (Papayannis, 2020, pp. 148-155).

Así, si bien existe esta autoridad epistémica, ello no hace que sea imposible probar el dolor emocional. Basta con indicar que este sufrimiento, constituido principalmente por emociones, se trata de un hecho psíquico, y como tal, no es objeto de prueba ya que de los hechos no es predicable la veracidad o falsedad, no cuentan con valor de verdad en estricto. Solo las afirmaciones sobre dichos hechos cuentan con valor de verdad, por lo que el enunciado “Adrián sufrió emocionalmente tras ser despedido ilegalmente” será verdadero únicamente si es cierto, en la realidad material del mundo, que Adrián sufrió; o falso, si Adrián nunca sufrió emocionalmente (Taruffo, 2005, p. 117; González, 2022, pp. 19-20).

En línea con estas ideas, y para intentar aproximarse a las complejidades de la prueba del sufrimiento emocional, recientemente se ha propuesto que existen algunas notas características para definir conceptualmente al daño moral y diferenciarlo de otras voces de daño extrapatrimonial (Fernández, 2023, pp. 98-157). Entre estas características se encuentran: i) El daño moral afecta a la faz interna del sujeto; ii) el daño moral es de naturaleza temporal; iii) su causalidad es atributiva o legal en sus consecuencias patrimoniales; y, iv) el daño moral es un daño de naturaleza *in re ipsa*.

Dejando de lado las tres primeras características, es la última la que llama la atención: ¿es el daño moral conceptualmente *in re ipsa*? Fernández Cruz, basándose en la discusión italiana existente al respecto, aunque realizando los deslindes

correspondientes, afirma que en el Perú “[...] no puede negarse la posibilidad de asignar la categoría de daño in re ipsa al daño moral [...]” (2023, p. 107).

Para sostener esta aseveración, el autor parte de la premisa de que cuando se dice que el daño moral es *in re ipsa* no es que no se requiera probar nada: siempre es necesario que se pruebe el hecho generador del daño y, a partir de ello, aplicando máximas de experiencia, podría concluirse que está probado también el sufrimiento emocional transitorio que implica el daño moral (es decir, sus consecuencias negativas), invirtiendo la carga de la prueba, haciendo que el presunto responsable del daño sea quien deba probar que este no fue sufrido por la víctima.

Así, Fernández verifica que lo importante es mirar al hecho generador y si este es suficiente para poder tener por probada también, en base a máximas de experiencia, la existencia del sufrimiento emocional. Para ello, hace uso de lo propuesto por Devis Echandía respecto de los “indicios necesarios”, los cuales, según su teoría, cuentan con un valor probatorio suficiente para demostrar de forma infalible la existencia del hecho que se investiga, creando “la certeza” de su ocurrencia, a diferencia de otro tipo de indicios que requerirían ser plurales para generar alguna evidencia sobre el hecho investigado.

Esto, por su parte, se lograría únicamente cuando se cuente con reglas de experiencia común o científica que no sufran excepciones, pues de esta forma se haría posible que la inferencia que se realiza a partir del indicio sea “cierta” (Fernández Cruz, 2023, pp. 112-113). Considerando los reparos mencionados, y tomando como referencia a Zavaleta Rodríguez (2018, p. 214), el autor matiza la posición de Devis Echandía, afirmando que, en vez de “certezas”, lo que se alcanza es más bien una “alta probabilidad” de la existencia del sufrimiento. De esta forma, refiriéndose a Taruffo (2008, p. 60), Fernández indica que es posible extraer razonablemente determinadas

inferencias a partir de estos indicios necesarios, lo cual, para el caso del daño moral, debe realizarse a partir de la aplicación de máximas de experiencia.

Desde esta explicación, el referido autor concluye que, para el daño moral, dada su gran dificultad probatoria, será necesario solo probar el indicio necesario que permita colegir que está probada su existencia en aplicación de alguna máxima de experiencia incorporada por el juez. Esta máxima de experiencia (cuyas condiciones mínimas de validez no han sido expresadas por Fernández), fundamentaría que sea aceptable tener por probada la existencia del sufrimiento emocional, invirtiendo la carga de la prueba. En estos términos, será ahora el demandado (el presunto causante del daño) quien deba probar que dicho sufrimiento nunca existió si es que no quiere verse perjudicado con la regla de juicio que brinda la carga de la prueba en sentido objetivo.

Esta regla de juicio, tras la inversión de la carga de la prueba, hará perder la controversia a alguna de las partes en caso no haya prueba suficiente respecto de determinado hecho controvertido. En el caso en cuestión, dado que el juez ha tenido por probada la existencia del daño moral a partir de la aplicación de una máxima de experiencia, prácticamente, se coloca al demandado en una posición en la que no tendrá mayores opciones para ganar la controversia que probar que el sufrimiento emocional alegado no ha existido (para mayor profundización respecto de las reglas de la carga de la prueba, Ferrer, 2022, pp. 405 y ss.).

Estas mismas teorías respecto del daño moral, publicadas en 2023, han sido ratificadas recientemente en audiencia pública a través de la participación del referido autor como *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la República. La audiencia de la Casación N° 3977-2023 Cusco, fue llevada a cabo públicamente el 27 de setiembre de 2025 en la ciudad de Lima, que aunque no tuvo como finalidad

establecer criterios para la prueba del daño moral, sí pretendió establecer criterios para la cuantificación del resarcimiento por este tipo de daño (aunque, a la fecha, sigue pendiente la divulgación del texto de la sentencia).

Esta es la manera en que parte de la más autorizada doctrina nacional ha entendido que el daño moral es *in re ipsa*. Y junto con Fernández Cruz están también Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 391), León Hilario (2017, p. 39), Buendía de los Santos (2016), entre otros. A continuación, se realizará un sucinto análisis desde la jurisprudencia, en el que se procurará explicitar que se ha lidiado con la dificultad probatoria del daño moral más o menos de la misma forma que la doctrina: la tendencia es entender que el daño moral es *in re ipsa* en cierto tipo general de casos.

2. SIGUE: APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA

Para esta sección, se presentará solo algunos tipos de casos en los que la jurisprudencia entiende de manera relativamente generalizada que la existencia del daño moral se debe tener por probada a partir de la prueba de determinado hecho generador (*in re ipsa*). Se trata, definitivamente sin ser los únicos, de los siguientes supuestos: el daño moral generado por despidos contrarios a la ley; y, (ii) el daño moral generado por afectaciones de corte previsional.

Respecto del primer caso, la jurisprudencia nacional ha tenido una gran discusión sobre si el daño moral se presume o no a partir de los despidos contrarios a la ley. En otros términos, se ha discutido si el despido ilegal constituye ese “indicio necesario” o el hecho base suficiente del cual es presumible, a partir del uso de máximas de experiencia, la existencia del sufrimiento emocional traducible en daño moral.

De un lado, se defiende que se exija la prueba del sufrimiento, ya que el solo hecho de haber sido despedido no basta para determinar que el daño moral existe (Cas.

N° 3070-2016 Lima, FJ. 17). De esta forma, no sería posible asumir que siempre se da un impacto anímico tras un despido contrario a la ley, dado que hacerlo implicaría ir más allá de la presunción de culpa leve del empleador (Art. 1329 C.C.). Esto implicaría, a su vez, afirmar que el empleador conoce la individual situación emocional de cada trabajador, lo que no es razonable (Cas. N° 4385-2015 Huancavelica, FJ. 12). Además, se defiende que el daño moral sea probado por quien tiene la carga de la prueba al respecto, que en este caso es el perjudicado (Res. N° 14, Exp. 7147-2017, FJ. 19-20).

Estas consideraciones parecen haber sido también incorporadas a nivel más general, ya que el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de Chiclayo en 2017, se llegó a la conclusión plenaria siguiente respecto de la prueba del daño moral: “Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir; y los criterios de cuantificación deben ser objetivos” (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2017).

Sin embargo, de conformidad con el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, únicamente los Plenos Jurisdiccionales Supremos pueden aprobar reglas interpretativas de obligatorio cumplimiento para el resto de instancias judiciales, razón por la que el referido Pleno Jurisdiccional Nacional no es vinculante.

De otro lado, se apuesta por la presunción de la existencia del daño moral para estos casos, pues se afirma que el solo hecho de haber sido despedido sin causa justa genera una aflicción emocional sobre la víctima del daño, así como merma su imagen ante sus familiares y la sociedad (Cas. N° 699-2015 Lima, FJ. 12). Ello sería así dado que la sola conducta antijurídica del empleador que despidió ilegalmente es prueba suficiente de la aflicción anímica constitutiva del daño moral (Cas. N° 3289-2016 Callao, FJ. 14). Así, apelando a la dificultad probatoria (Cas. N° 5816-2018 Piura, FJ.

12), estaría justificado presumir el daño moral tomando en cuenta las máximas de la experiencia (Cas. N° 5721-2011 Lima, FJ. 10) invirtiendo la carga probatoria: el demandado deberá, entonces, probar que el trabajador despedido no sufrió o que la aflicción anímica ocurrió por causas que no le son imputables.

Estas posturas contrapuestas parecen haber alcanzado una salida en 2019, ya que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019 (que tampoco es vinculante), estableció que la existencia del daño moral causado a partir de despidos contrarios a la ley se presume cuando, además de vulnerarse el derecho al trabajo con el despido, se vulneren también derechos de la personalidad como el honor, la dignidad, entre otros. Sin embargo, hasta la fecha siguen existiendo posturas divididas.

A decir verdad, al menos a efectos de este trabajo, puede afirmarse que casi cualquier despido contrario a la ley (por no decir todos) puede ser fácilmente reconducido —con una argumentación medianamente elocuente— a la vulneración de la imagen o de la dignidad, máxime si parte de la vulneración puede suponer, por ejemplo, afectar el derecho a la imagen. Bastaría, por ejemplo, con alegar que la imagen del despedido frente a su familia o seres queridos se ha visto mermada, lo que incluso ocurriría con independencia de que el despido sea contrario o no a la ley. Esto, por supuesto, hace que en la realidad se esté ante una presunción de daño moral derivada —prácticamente— de la sola ilegalidad del despido.

Así, se ha entendido que la existencia del daño moral se entiende *in re ipsa* a partir de la prueba de la ilegalidad del despido, la cual sería el hecho base o, en los términos antes mencionados, el “indicio necesario”, todo ello aplicando una máxima de experiencia —que no necesariamente es precisada expresamente como tal en las

sentencias— como “ser despedido ilegalmente genera normalmente una afectación anímica o emocional”.

Por su parte, mientras que en el caso de los despidos contrarios a la ley existió, con matices, una discusión entre si se debe entender que el daño moral se da *in re ipsa* o no, para el caso de afectaciones por cuestiones vinculadas a pensiones de jubilación —el segundo caso— la jurisprudencia es prácticamente unánime.

En razón de ajustes no realizados en el monto de las pensiones de jubilación, así como respecto de pensiones devengadas no pagadas (vinculados ambos con el derecho fundamental a la pensión), la jurisprudencia ha entendido que las afectaciones emocionales derivadas de dichos hechos se presumen, siendo el juez quien debe empatizar, midiendo el sufrimiento que él mismo sentiría en una situación similar (Cas. N° 5677-2017 Lambayeque, Sumilla; Cas. N° 2231-2018 Lambayeque, FJ. 7; Cas. N° 2440-2018 Lambayeque, FJ. 10; Cas. N° 2585-2017 La Libertad, FJ. 6). Esta situación no solo sería aplicable para el pensionista, sino también para sus familiares (Cas. N° 3115-2018 Lambayeque, FJ. 18). De forma similar, la jurisprudencia respecto de este tipo de casos ha aplicado una máxima de la experiencia como “no recibir las pensiones correspondientes, en el monto adecuado según la ley, siempre genera afectaciones anímicas sobre los pensionistas”.

Si se observa lo expuesto hasta el momento de forma panorámica, no es difícil encontrar una cierta tendencia que viene siendo seguida por la doctrina y por la jurisprudencia. Esta manera de lidiar con la dificultad probatoria del daño moral, apelando al uso de una máxima de experiencia cuya proveniencia no es conocida ni expresada en las decisiones judiciales (probablemente ha sido extraída del conocimiento privado del juez o incluso de su empatía), más allá de ser altamente problemática, es el reflejo de la falta de esfuerzos serios e interdisciplinares que

busquen dotar de verdadero contenido a la voz “daño moral”, pues no se puede pretender probar algo si es que no se determina con claridad el objeto de prueba y si tampoco se profundiza en qué implica que dicho objeto se encuentre probado.

Cuando desde los estudios de derecho civil se ha intentado profundizar respecto de la prueba del daño moral, lo único que se ha hecho es no enfrentar el problema real: se trata de la probanza de un hecho (el sufrimiento emocional) y se ha dicho muy poco sobre cómo se prueban los hechos o qué implica probar un estado mental como el sufrimiento. Y mucho menos sobre qué implica aplicar el conocimiento privado del juez desde las máximas de experiencia para tener por probados los hechos en un proceso concreto.

Por ello, en la siguiente sección se realizará una aproximación a las máximas de experiencia, dejando la primera cuestión sobre cómo se prueba este tipo de hechos para un futuro trabajo. Asimismo, se detallará cómo es que las máximas de experiencia deben ser empleadas bajo criterios racionales y bajo qué circunstancias sí resulta válido y justificado “realizar inferencias racionales a partir de indicios necesarios”.

III. INTRODUCCIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y ALGUNAS ADVERTENCIAS

1. ADVERTENCIA

Antes de realizar un análisis de la idea de máxima de experiencia y de los problemas que existen en las condiciones que justifican racionalmente su uso, es necesario precisar que la postura vigente respecto del daño moral y su entendimiento como un daño *in re ipsa* cuenta con una serie de aristas relacionadas que no se desarrollarán en este trabajo.

Sobre lo dicho, y sin mucho riesgo de equivocación, puede afirmarse que el actual tratamiento *in re ipsa* del daño moral es, en realidad, una constelación de atajos argumentativos, de placebos probatorios, que realizan un abordaje confuso, poco claro e insuficiente de varios conceptos.

Más allá de aquellos vinculados al uso de máximas de experiencia, estos problemas, al menos, pueden encontrarse en dos planos distintos, que a continuación se enunciarán de forma muy introductoria y acotada a los efectos del presente trabajo.

A) Problema 1. Los enlaces en las presunciones

Las presunciones son un tipo de razonamiento que sirve para fijar la existencia de un hecho no probado (*factum probandum*) sobre la base de un indicio conocido y probado (*factum probans*) (Tarucho, 1974, p. 83). Presumir, en ese sentido, implica aceptar que una proposición fáctica es verdadera (Mendonça, 1998, pp. 85-87) basándose en razones que permiten indicar la verdad o falsedad de tales proposiciones; es decir, razones epistémicas (Dei Vecchi, 2019, p. 3).

Al respecto, existen diversos tipos de presunciones en el derecho (Ferrer, 2022, p. 413; Gama, 2013. p. 83); sin embargo, a efectos de esta sección conviene diferenciarlas según la proveniencia de su respaldo.

Por un lado, las presunciones pueden ser de origen normativo; es decir, encuentran su respaldo en una norma jurídica que crea una obligación cuyo destinatario es el juez. Esta obligación supone aceptar que, tras la prueba de determinado indicio, un hecho desconocido y no probado es verdadero.

Aquí, se genera una vinculación entre ambos hechos que no necesariamente está empíricamente validada —por ejemplo, la presunción de connmociencia— y puede darse por cuestiones de conveniencia. La falta de necesidad de una conexión

empíricamente validada entre hechos es posible pues es la norma la que impone con legitimidad tal conexión.

Lo anterior, en cambio, no ocurre cuando la presunción ya no es de origen normativo, sino más bien judicial. Este segundo tipo de presunciones encuentran su respaldo en el conocimiento común y en la experiencia de los jueces, que son quienes las aplican en sus decisiones.

Por razones de legitimidad, así como para garantizar los derechos de contradicción, impugnación y defensa de los destinatarios de las decisiones judiciales, este tipo de presunciones no pueden conectar dos hechos (el indicio conocido y el hecho desconocido) por razones de conveniencia.

Para estos casos, la vinculación o enlace entre el hecho del que parte la presunción y el hecho desconocido al que arriba debe conectar dichos hechos de forma verificable empíricamente. Ello es así pues, de lo contrario, la parte cuyos intereses se vean perjudicados con la presunción se vería impedida de criticar y defenderse con argumentos respecto de la incorrección de una decisión tomada según el parecer de lo que para el juez resulta “conveniente”.

Esta distinción resulta especialmente relevante al contrastarla con la postura que aquí se analiza críticamente: ni la dogmática (que pretende que el daño moral sea conceptualmente *in re ipsa*), ni la jurisprudencia, explicitan cuáles serían aquellas razones empíricamente verificadas según las que arribarían a la conclusión de que el sufrimiento emocional (daño moral) existe. Tratándose en ambos casos de presunciones de origen judicial, es necesario precisar la verificación empírica de la conexión entre los hechos que se estarían tomando como indicios conocidos y probados y la existencia del sufrimiento emocional.

Con ello no se quiere decir que tal verificación empírica no exista en ninguno de los casos, sino que es necesario que sea expuesta en la decisión. Y, por supuesto, para lo propuesto por la dogmática, resulta difícil sostener que *en todos* los casos exista bases empíricas sólidas que permitan arribar a la conclusión presuntiva de que el sufrimiento emocional existió.

Estas reflexiones, respecto del primero de los problemas, puede llevar a pensar en serias matizaciones y aclaraciones de lo propuesto en el panorama nacional.

B) Problema 2. La “suficiencia” del indicio necesario

La postura criticada sostiene que es posible que existan indicios individuales que ostenten la calidad de necesarios para la determinación de la existencia del sufrimiento emocional (daño moral). Esta cualidad no solo se ve reflejada dogmáticamente, sino también la jurisprudencia parece haber seguido esta misma comprensión en los diversos casos previamente referidos. Según ello, la condición de “suficiencia” parece devenir del indicio mismo; es decir, la suficiencia a nivel probatorio se encontraría determinada, en este supuesto, sobre la base de una condición de hecho.

Sin embargo, esta manera de entender la suficiencia probatoria desconoce la existencia de lo que procesalmente se conoce como “estándares de prueba”. Los más comunes, por indicar algunos ejemplos, pueden verificarse en extensa doctrina y jurisprudencia bajo las formulaciones “*beyond any reasonable doubt*” o “más allá de toda duda razonable”, “*clear and convincing evidence*”, “prueba prevaleciente”, entre otras.

Para poder identificar a los estándares de prueba en la estructura de las decisiones sobre los hechos es de gran utilidad diferenciar los momentos de la actividad probatoria. A estos efectos, puede identificarse tres (Ferrer, 2007, pp. 41-49):

i) La conformación del conjunto de elementos de juicio; ii) la valoración de los elementos de juicio; y, iii) la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

De forma sucinta, la conformación del conjunto de elementos de juicio supone la recaudación, presentación, y admisión (o exclusión) de todas aquellas informaciones incorporadas a un proceso a través de medios probatorios.

Luego del juicio de admisión y de la tramitación de todas las etapas procesales hasta antes de la sentencia, los elementos de juicio admitidos y disponibles en el proceso deberán ser valorados según los criterios generales de la lógica y la racionalidad. Esta valoración se realizará respecto de cada elemento de juicio de manera individualizada y, luego, se realizará una valoración conjunta de todos los elementos.

Esta etapa valorativa está pensada para que el juez, tras la valoración, determine cuál es el grado de apoyo empírico que los elementos de juicio aportan a la hipótesis discutida (o a su contraria). Sin perjuicio de ello, la asignación de un grado de corroboración a la hipótesis no dice nada respecto a si dicho grado asignado resulta suficiente para tener a tal hipótesis por probada. Puede ser un grado bastante alto (o bastante bajo) de confirmación, pero de ello no es posible extraer un “umbral” que determine la suficiencia.

Es aquí donde el paso a la tercera etapa de la actividad probatoria es crucial. La decisión probatoria que determina qué proposiciones fácticas han quedado probadas no se toma con base en el grado de apoyo empírico asignado a las hipótesis por el juez tras su valoración, sino que hace falta una indicación de “cuánta confirmación” es suficiente para que tener por probada dicha hipótesis esté justificado.

En este punto es que inciden los ya mencionados estándares de prueba, pues determinan dicho grado de suficiencia probatoria. En estricto, los estándares de

prueba son reglas (normas jurídicas) de carácter general que determinan un umbral a partir del que una hipótesis se considerará probada, que apela a criterios de tipo cualitativo relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto (Ferrer, 2021, pp. 29-100). En ese sentido, y contrastando estos alcances con lo propuesto en la dogmática y jurisprudencia nacional, la idea de suficiencia probatoria a partir de “indicios necesarios” no se corresponde con la doctrina de referencia más extendida, pues la suficiencia no está determinada por un hecho —por más cualificado y determinante que este sea— sino por una norma jurídica.

Así, tras estas dos breves advertencias que complementan la crítica principal de este trabajo, corresponde profundizar en el estudio de las máximas de experiencia, con la finalidad de exponer, al menos introductoriamente, cuáles son los principales criterios racionales que existen para utilizarlas y qué problemas existe en la actual aplicación de estas a nivel dogmático y jurisprudencial.

2. CONCEPTO DE MÁXIMA DE EXPERIENCIA

Se ha valorado a las máximas de experiencia de formas muy diversas e incluso contrapuestas (Limay, 2021, pp. 212-214; Limardo, 2021, pp. 119-125; Muffato, 2021, pp. 3-8, entre otros). Solo por brindar algunos ejemplos, las máximas de experiencia han sido consideradas reglas empíricas, pero también se las ha concebido como reglas jurídicas; de la misma manera, se ha discutido si la fuente de la experiencia debe provenir del juez del caso (distinguiéndose el conocimiento que se deriva de su profesión de aquél que se encuentra al margen de su labor judicial) o del “hombre medio”, existiendo incluso una tercera fuente de conocimiento que es el aportado por los peritos o expertos (conocimiento científico).

No obstante, existen algunas características que son comunes entre todas estas diferenciaciones que podrían ser útiles para brindar un concepto de máxima de experiencia medianamente general. Las características que han sido conciliadas para definir a las máximas de experiencia están directamente vinculadas con su naturaleza y la estructura lógica que las compone lingüísticamente.

Así, lo primero que puede afirmarse es que las máximas de experiencia son reglas (naturaleza) de las que el juzgador puede servirse al momento de la valoración de la prueba. Es decir, luego de que se hayan aportado, admitido y practicado las pruebas en un proceso concreto, el juzgador tendrá que valorarlas individual y conjuntamente para saber el grado de confirmación que estas aportan a las hipótesis que se encuentran en conflicto; este momento valorativo es el que el juez dispone para la aplicación de máximas de experiencia (Ferrer, 2007, pp. 41-47).

Estas reglas expresan un enunciado fáctico descriptivo y condicional (contenido lingüístico). Este enunciado describe una generalización condicional que afirma una conexión verificable empíricamente entre un antecedente y un consecuente. De esta forma, una máxima de experiencia será verdadera únicamente cuando la generalización que conecta condicionalmente el antecedente y el consecuente que esta representa sea aceptable y suficiente (Limay, 2021, pp. 215-217). Tal es así que doctrinalmente se ha preferido reemplazar el término “máxima de experiencia” por el término “generalización” (Limardo, 2021, pp. 118-133), precisamente porque una “generalización” implica un enunciado fáctico y condicional, con pretensión de generalidad o universalidad.

Por ejemplo, para el caso del daño moral, es posible esgrimir una generalización como la siguiente: “ser despedido ilegalmente, normalmente, genera sufrimiento emocional”, donde “ser despedido ilegalmente” es el antecedente y “genera

“sufrimiento emocional” es el consecuente, ambos conectados por una idea de “normalidad”. Entonces, cuando se pruebe, de un lado, la ilegalidad de un despido y se aplique esta generalización, podrá asumirse —en este esquema— la existencia del daño moral.

Otro ejemplo claro podría ser el de los reportes indebidos a centrales de riesgo en caso de deudas no pagadas. Podría fijarse una generalización como la que sigue: “reportar indebidamente a una persona ante una central de riesgo genera sufrimiento emocional”, donde, al igual que el caso anterior, “ser reportado indebidamente a una central de riesgo” es el antecedente y “genera sufrimiento emocional” es el consecuente, los cuales deberán estar conectados suficientemente entre sí para que sea posible afirmar que esta máxima de experiencia es verdadera.

Como es razonable, estos enunciados descriptivos sobre el mundo no tienen la capacidad de ofrecer certezas absolutas sobre la ocurrencia de los hechos, dado que son expresiones de razonamiento inductivo. De un análisis amplio de casos particulares, se extrae una regla con pretensión de generalidad. Tomando el ejemplo anterior, la generalización “reportar indebidamente a una persona ante una central de riesgo siempre genera sufrimiento emocional” supone que se ha verificado una cantidad cierta de reportes indebidos que tendría que ser relevante para expresar adecuadamente una regla general, pero difícilmente se habrá considerado el 100% de los casos.

En línea con lo dicho, en muchísimas ramas del conocimiento no es posible contar con la información del total de los supuestos que la conforman, por lo que las generalizaciones que se realicen al respecto solo brindarán información sobre la ocurrencia de aquellos casos conocidos y utilizados para la construcción de dicha generalización, no para la ocurrencia de aquellos casos fuera de este conjunto. Por lo

tanto, la información que brindan las generalizaciones será probabilística: se obtendrá información respecto de la estructura causal de la ocurrencia de un hecho, lo que permite únicamente realizar hipótesis sobre la ocurrencia del mismo hecho en el futuro (Taruffo, 2023, p. 27).

Así las cosas, es necesario verificar qué tipo de generalización se pretende emplear, pues dependiendo de su grado de universalidad será posible determinar si conecta adecuadamente el antecedente con el consecuente. En ese sentido, en la siguiente sección se analizará qué requieren las generalizaciones para ser consideradas sólidas y qué criterios se debe seguir para utilizarlas.

3. SOBRE LA SOLIDEZ DE LAS GENERALIZACIONES Y ALGUNOS CRITERIOS PARA USARLAS CORRECTAMENTE

Las máximas de experiencia, como se señaló previamente, son reglas (por su naturaleza) que los jueces pueden emplear en la valoración probatoria, que expresan un enunciado fáctico descriptivo y condicional (Limardo, 2021, pp. 126-128; Limay, 2021, p. 216). No son solo un simple *stock of knowledge* vinculado a un conjunto de información relativamente fundada, anécdotas, memorias, estereotipos, prejuicios u otras especulaciones constitutivas del “sentido común” o de la “cultura media”: las máximas de experiencia son, como se precisó, reglas que permiten la determinación de los hechos en una controversia con un margen de error prácticamente tolerable (Taruffo, 2009, pp. 552-556).

Doctrinalmente (Taruffo, 2009, pp. 554-560; Limardo, 2021, p. 141 y ss.; Muffato, 2021, p. 9 y ss., entre otros) se ha diferenciado, de forma no exhaustiva ni cerrada, a las máximas de experiencia según la generalización que las sostiene, las cuales difieren según el grado de universalidad de la generalización.

Sin perjuicio de lo anterior, como bien señala Limay (2021, p. 215), la clasificación de máximas de experiencia puede variar según aspectos subjetivos y objetivos. Es decir, que dependerá de qué conocimientos tomen como referencia determinados grupos humanos, sociedades, comunidades científicas, etc., para la determinación de las máximas de experiencia; así como también influirá en dicha determinación el contexto social y el tiempo en el que dichos grupos humanos hayan existido.

Por lo tanto, vale la pena analizar a las generalizaciones desde lo esencial: hay que atender a la validez y a la solidez de la generalización, características que están determinadas según estas cuenten, o no, con apoyo empírico suficiente que asocie en un grado relevante a su antecedente con su consecuente. Aquellas generalizaciones que no resulten válidas ni sólidas han sido catalogadas como “espurias” y, caso contrario, cuando gocen de dichas características, serán “no espurias” o contarán con un grado de universalidad relevante (Schauer, 2006, pp. 7-10).

El grado de universalidad de las generalizaciones variará según sea constatable empíricamente (Limardo, 2021, p. 136) que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación universal, lo que implica que en todos los casos posibles el antecedente se conecte ciertamente con el consecuente. Por ejemplo, respecto de la ley de gravedad, siempre que se suelte un objeto (antecedente), caerá (consecuente).

Con un grado menor de asociación, puede tenerse también que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación fuerte, lo que implica que se constante que al menos en más de la mitad de las veces dicha conexión es cierta. Por ejemplo, más de la mitad de las veces las pruebas de ADN dan resultados adecuados a la realidad y fallan en un porcentaje mínimo.

Finalmente, también puede ocurrir que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación por representatividad. Esto supone que dentro del universo de casos, un grupo de ellos, aunque sean una minoría, posean mayoritariamente alguna característica “x” respecto de otros grupos del mismo universo. Por ejemplo, podría decirse que de todas las razas de perros, los *golden retriever* son los más propensos a tener displasia de cadera; así, dentro del ejemplo, aunque solo el 20% de *golden retrievers* sufra efectivamente de dicho trastorno, respecto de otras razas, es la que más lo sufre.

Sobre el particular, elegir una generalización que se encuentre dentro de alguna de estas opciones permite seleccionar una generalización no espuria en tanto contará con un grado de asociación sólido. No obstante, pese a que para la determinación de un grado de asociación particular es necesario contar con apoyo empírico, será necesario verificar también cómo es que dicho soporte empírico ha sido construido: no es lo mismo fundar una generalización sobre el conocimiento del 60% de los casos a hacer lo mismo pero respecto del 98% de los supuestos (Limardo, 2021, pp. 139-140).

Estas últimas condiciones, en conjunto, conforman un primer criterio para el uso de generalizaciones: será más adecuado utilizar determinada generalización si esta cuenta con apoyo empírico sólidamente constituido que sustente un grado de asociación con un grado de universalidad suficiente.

Como ejemplo de este primer criterio, es posible decir que será sólida una generalización como “las personas de la tercera edad son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis” (Cas. N° 4716-2015 Lima, FJ. 9) si es que para conectar el antecedente “las personas de la tercera edad” con el consecuente “son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis” si es que se ha estudiado al 90% o 95% del total de personas de la tercera

edad en situaciones de crisis (al menos más sólida que si solo se hubiese estudiado solo al 50% o 60% del total de personas de la tercera edad).

Un segundo criterio para el uso adecuado de generalizaciones, a efectos de este trabajo, está estrechamente vinculado a qué tanto se explicita y discute durante el proceso la generalización que será empleada. Este criterio cobra especial relevancia pues, dada la falibilidad de las generalizaciones (pues son meramente probabilísticas), el riesgo del error puede verse drásticamente reducido si se le permite a las partes discutir su aplicación en contradictorio previo (Limardo, 2021, p. 149; Muffato, 2021, pp. 33-34).

Esto último cobra gran importancia cuando se entiende al contradictorio como un verdadero derecho fundamental que permite la efectiva participación de los contradictores en el acto final (Cavani, 2012, p. 288) y que obliga al juez a fomentar el debate de manera dinámica entre las partes, lo que garantiza que estas tengan la mencionada influencia en la decisión (Theodoro Júnior, 2010, p. 69 y ss.; Greco, 2002, pp. 23-25).

Una visión en sentido fuerte del derecho fundamental al contradictorio como la descrita previamente (Do Passo Cabral, 2010, 273 y ss.; Cavani, 2012, pp. 289-293; Ibarra, 2021, pp. 1028-1030, entre otros), es el espacio preciso para que las partes jueguen un rol epistémico determinante. Las partes, con la finalidad de influenciar en la decisión final y legitimar la decisión que se adopte en un proceso concreto, aportarán mayores elementos de juicio de los que el decisor podrá servirse para decidir y que así posiblemente exista un riesgo de error inferior.

En ese sentido, y en vinculación con las generalizaciones que se pretenden aplicar al proceso, será siempre más sólido y justificado el aplicar una generalización si es que se les permite a las partes discutir, con argumentos y pruebas, su veracidad

en el caso concreto. Considerando que la veracidad de una generalización depende estrictamente de la solidez de la asociación que exista entre su antecedente y su consecuente, si se somete a contradictorio la aplicación de dicha generalización, es posible que las partes ofrezcan mayores elementos de juicio que apoyen a la base empírica que justifica el grado de asociación entre el antecedente y el consecuente; o, en caso contrario, que refuten la existencia de un grado de asociación suficiente y, por tanto, que se verifique la generalización no es lo suficientemente sólida como para aplicarla.

Así, el aplicar generalizaciones que han sido previamente discutidas supone, como primera opción, que se ha logrado reforzar los elementos de juicio que sustentan la asociación antecedente-consecuente y que se han logrado hacer encajar los hechos del caso concreto a la generalización. Y, como segunda opción, cuando nada de lo anterior haya ocurrido pese a la participación de las partes sin que ello obste para que la generalización sea suficientemente sólida, cuando menos hará legítima la decisión de aplicarla, pues sus destinatarios (las partes) participaron válidamente de ella.

Finalmente, un tercer criterio para un correcto uso de generalizaciones es que estas no pueden pretender justificar una conclusión general (como una norma general) si la base empírica que la sostiene no expresa un valor cognoscitivo equivalente a dicha generalidad. Así, por ejemplo, no es posible afirmar una norma general como “todos los perros *pitbull* son agresivos” si es que empíricamente no se cuenta con una base cognoscitiva del 100% de los *pitbull* (Tarufo, 2009, p. 567 y ss.).

Este último criterio, sin lugar a dudas, es sumamente relevante en tanto se aprecie la conexión que existe entre la “base cognoscitiva” de las generalizaciones y el juez, quien es el “epistémicamente responsable” respecto de los hechos que se tienen por probados en el proceso. Al respecto, la responsabilidad epistémica

constituye un límite a la justificación de las decisiones fácticas, puesto que no solo se busca un modelo de “decisor ideal” que evita conductas antiepistémicas, sino que activamente se comporta de manera epistémicamente valiosa. Esto supone que el decisor ostente una serie de virtudes epistémicamente importantes, como el sentido de la propia falibilidad, la imparcialidad, la apertura de mente, la humildad intelectual, el basarse únicamente en la evidencia disponible, entre otras (Amaya, 2015, pp. 53 y ss.).

En esa línea, si quien decide sobre los hechos pretende aplicar una generalización, debe tomar en consideración la falibilidad de su propio juicio, las limitaciones de su conocimiento, el ámbito de conocimiento y estudio al que es propio el hecho objeto de prueba, entre otros factores. Esta serie de virtudes servirá para determinar no solo si la base empírica en la que se sustenta la generalización que quiere aplicar posibilita un grado de adecuación suficientemente universal, sino que también permite al juez reconocer si su sola experiencia es capaz de constituir base empírica suficiente para la generalización.

Con esta acotada —y no exhaustiva— lista de criterios para el uso adecuado de generalizaciones así como factores que impactan en su solidez, corresponde verificar si la visión doctrinal y jurisprudencial del daño moral como daño *in re ipsa* se sostiene a partir de “máximas de la experiencia”.

4. ¿ES COMPATIBLE EL PANORAMA NACIONAL CON LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD APLICABLES A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA? DESENMASCARANDO EL PLACEBO PROBATORIO

Para verificar la compatibilidad de la comprensión de la doctrina y de la jurisprudencia del daño moral como daño conceptualmente *in re ipsa* con las

exigencias de racionalidad aplicables a las generalizaciones, tan solo se contrastará tal comprensión con los criterios aplicables previamente expuestos.

Respecto del primer criterio, puede parecer “normal” que en ciertas ocasiones el sufrimiento emocional catalogable como daño moral “exista”. No obstante, un criterio de normalidad no expresa ni supone una base empírica sólida en ningún caso: no hay mayor sustento empírico (o al menos no se explicita) que asocie que de la prueba de algún hecho o “indicio necesario” (en los términos de la doctrina) pueda colegirse la existencia del sufrimiento emocional.

Tal como se evidencia de la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, no ha habido nunca expresión alguna del sustento empírico que permita al juez, siguiendo los ejemplos citados *supra*, asumir que existe el daño moral en los casos de despidos contrarios a la ley o en los casos de afectaciones de corte previsional. Lo que termina ocurriendo en estos supuestos (y en muchos otros) es que los jueces, al momento de decidir, no expresan cuál es esa base empírica que sustentaría la aplicación de la generalización por la que tienen por probado al daño moral; esto, por supuesto, no solo limita las posibilidades de apelar dichas decisiones (dado que no es posible conocer la base empírica que sustenta la aplicación de la generalización como para contrastarla), sino que en sí mismas no son racionales.

En ese sentido, no se cumple con dicho criterio, pues no hay un sustento empírico sólido que vaya más allá de una supuesta y vaga “normalidad”. Por ende, tampoco se justifica que la doctrina, en su momento, haya señalado que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa*, pues —con excepción de los casos en los que sí las haya— existen numerosos supuestos en los que no se cuenta con bases empíricas sólidas de las que se pueda colegir la existencia del sufrimiento emocional.

De hecho, son precisamente los juicios basados en una supuesta “normalidad” los que la doctrina predominante ha catalogado como “generalizaciones incompletas espurias”. Este tipo de generalizaciones no sólo cuentan con un grado de universalidad y solidez muy reducido, sino que su utilización ha sido rechazada tajantemente para la determinación de los hechos que se tengan por probados en un proceso concreto (Taruffo, 2009, pp. 557 y ss.).

Respecto del segundo criterio, vinculado a permitir el contradictorio antes de que se aplique una generalización en la operación probatoria, es necesario tomar en consideración que las generalizaciones (o máximas de experiencia) suelen aparecer en la valoración de la prueba. Es decir, justo antes de la sentencia, cuando los autos se encuentran listos para sentenciar, el juez, valorando las pruebas disponibles, aplica las generalizaciones que se derivan de su experiencia para luego decidir qué hechos tiene por probados y cuáles no. Esto significa que, cuando las partes ya no cuentan con mayores opciones para discutir y defenderse (con pruebas y/o alegatos), el juez se sirve de estas herramientas para decidir sobre los hechos, que luego plasmará en la sentencia, momento posterior en el que las partes tomarán conocimiento de la aplicación de la generalización.

En esa línea, si se acepta que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa*, lo único que podría discutir el demandado es si los hechos concretos encajan o no en la generalización que se esté aplicando, dado que el grado de asociación entre el antecedente y el consecuente serían indiscutibles por formar parte del concepto mismo de la existencia del daño moral (ya que, doctrinalmente, la categoría de *in re ipsa* se ha asumido como un elemento específicamente conceptual del daño). Obviamente, lo anterior solo sería posible si es que el juez, antes de sentenciar, pusiera en conocimiento de las partes que para la decisión fáctica se servirá de determinada generalización y les da oportunidad de pronunciarse al respecto.

Sin embargo, como se ha podido verificar de los ejemplos previamente mencionados, la jurisprudencia directamente hace uso de generalizaciones al momento de sentenciar. Lo anterior, además de afectar el derecho fundamental al contradictorio de las partes, pues es obligación del juez propiciar el debate para que las partes puedan influir en la decisión final (en la que se decide, entre otras cosas, qué hechos se han tenido por probados), limita los aportes epistémicos que puedan realizar las partes para la verificación de la solidez de la generalización a aplicar, ya que estas no supieron hasta la sentencia que una generalización sería aplicada para la determinación de los hechos probados. En este sentido es que se incumple también con el segundo criterio propuesto.

Finalmente, respecto del tercer criterio vinculado a la suficiencia de la base empírica de las generalizaciones en relación a la responsabilidad epistémica del juzgador, la respuesta parece caer por su propio peso: es imposible decir que un juez está siendo epistémicamente responsable cuando considera que basta con su experiencia (“base empírica”) para presumir la existencia de un hecho mental, subjetivo y del pasado, máxime si la forma rigurosa de acceder a información fiable respecto de este tipo de hechos es a través del conocimiento y examinación de expertos como psicólogos y psiquiatras. El juez, conoce los estados mentales de las partes (como el sufrimiento emocional constitutivo del daño moral) a través de la empatía, dejando de lado aquellos métodos que puedan ser intersubjetivamente controlables. En ese sentido, las formas subjetivas en que los jueces “conocen” el sufrimiento que alegan quienes demandan indemnizaciones por daño moral pueden, siguiendo a González Lagier (2021, pp. 61-65), desde diversas formas de aproximación.

Generalmente se inicia el acercamiento a estos estados mentales a partir de la empatía como un método poco meditado, preliminar e intuitivo; y luego, a partir de la racionalización de conductas y de generalizaciones empíricas, se obtiene alguna

conclusión un poco más trabajada, que quizá permite dar mayores explicaciones de las conclusiones que se obtengan al respecto.

Sin embargo, estas formas de aproximación mediante las que el juez pretende conocer a los estados mentales de las partes, inician desde la empatía y ello, como tal, no implica exactamente “conocer” lo que está sufriendo la parte. El juez se conoce a sí mismo y, poniéndose en su lugar, asume, sin mayores explicaciones, que la parte está sufriendo de la misma forma. Las conclusiones que de la anterior operación se obtengan serán aquellas contrastables con la conducta de la parte para verificar si razonablemente las emociones alegadas son consistentes con su comportamiento. Sin embargo, la base inicial de dicha racionalización de conductas es falaz y no ha sido empíricamente demostrada, ya que de por sí se parte de la asunción no justificada de que la parte sufre o está sintiendo lo mismo que el juez cree que él sentiría en su lugar.

Por lo tanto, el tercer criterio, que implica contar con una base empírica suficientemente sólida como para poder justificar una generalización que exprese una conclusión de carácter general, tampoco se cumple. Ello es así porque si se entiende que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* y que su existencia se determina siempre a partir del uso de máximas de experiencia, será el solo criterio del juez el que determine la existencia del sufrimiento, lo cual no solo resulta falaz, sino que tampoco se encuentra empíricamente sustentado (ya que el juez “conoce” los estados mentales de las partes a partir de la empatía, lo cual no es intersubjetivamente controlable).

Además de lo dicho, cuando los jueces utilizan máximas de experiencia para tener por probada la existencia del daño moral, lo hacen con generalizaciones que expresan reglas de carácter general (tal como se ha ejemplificado desde la jurisprudencia en apartados anteriores). Esto, siguiendo lo que ordena el tercer criterio, supondría que el juez cuente con una base empírica igual de amplia y sólida

como para que sea razonable justificar una conclusión general respecto de la existencia del daño moral. Así, el juez tendría que conocer todos los supuestos particulares existentes que compongan la generalización como para que resulte válido utilizarla, lo cual no resulta fácticamente posible ni viable para ningún juez (y, probablemente, para ningún ser humano). Por estas razones, tampoco se cumple con el referido tercer criterio para el uso adecuado de generalizaciones.

En tanto los criterios a los que se ha hecho referencia no se ven satisfechos, el uso de máximas de experiencia para tener por probada la existencia del daño moral como un daño *in re ipsa* es inadecuado, al menos desde los términos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia. En esa línea, considerando que en la mayor parte de los casos se carece de una base empírica sólida que brinde solidez a las generalizaciones que se realiza respecto de la existencia del sufrimiento emocional, es poco riguroso afirmar que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* y que su existencia siempre se colegirá a partir del uso de máximas de experiencia.

Y es que, por más que el “sentido común” invite a creer que ciertas generalizaciones son válidas, son el mundo y la realidad los que determinan su validez. Se requiere utilizar generalizaciones válidas como premisas en las decisiones fácticas, precisamente, para poder llegar a conclusiones verdaderas (y, por tanto, a decisiones correctas). Esto es así porque al derecho y a la epistemología realmente no les interesa acertar en una decisión —declarar probada la hipótesis verdadera— si es que lo hace por mera casualidad. Que, casualmente, la intuición de que la realidad funciona de una determinada manera (generalización sin sustento empírico) permita que una decisión sea “correcta” —que le dé la razón a quien materialmente la tiene— no hace que la decisión esté justificada (Ferrer, 2007, p. 101).

Con relación al daño moral, lo dicho, para muchos, podría significar una “dificultad” probatoria excesiva para la parte que busca demostrar la existencia del daño moral, pues el uso de generalizaciones para dicha finalidad estaría limitado solo a aquellas que cuenten con el apoyo empírico respectivo. Sin embargo, no ha de perderse de vista que las generalizaciones, como todo razonamiento inductivo, solo pueden informar de la frecuencia de la ocurrencia de un hecho según aquellos supuestos singulares que se hayan tomado en cuenta para la construcción de la generalización como “regla general”. No pueden informar nada respecto de la ocurrencia de nuevos hechos individuales fuera de dicho conjunto inicial de hechos singulares del que parten. Siempre se van a necesitar elementos de juicio específicos para estos nuevos hechos (Ferrer, 2007, p. 108), dirigidos a probar directamente si en el concreto caso el demandante sufrió emocionalmente.

Lo señalado no significa que las generalizaciones sean inútiles, pues aquellas con un grado de solidez relevante pueden ser usadas, pero deben ser entendidas solo como un elemento de juicio más a valorar dentro de todos los disponibles. Aportarán, para la valoración del conjunto de elementos de juicio, algún grado de corroboración a la hipótesis en discusión, pero siempre podrá haberse aportado otros elementos de juicio particulares dirigidos a probar el hecho individual que sea materia de la controversia. Por lo tanto, la respuesta a la “dificultad” que se generaría respecto a la prueba de la existencia del daño moral sería, precisamente, probar de manera específica la existencia del sufrimiento emocional constitutivo del daño, sin necesariamente valerse de generalizaciones para tal tarea.

De esta manera, parece sensato ponerle un freno a la tendencia que viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia respecto de la prueba de la existencia del daño moral, pues permite que se tomen decisiones a partir de generalizaciones que no cuentan (o, al menos, no explicitan) con un sustento empírico sólido, todo ello en

perjuicio de los demandados. Esta situación no solo imposibilita un verdadero ejercicio del derecho fundamental al contradictorio, sino que hasta podría resultar en un incentivo perverso para la obtención de cuantiosas —y posiblemente inmerecidas— indemnizaciones, apelando indiscriminadamente al uso de generalizaciones empíricas que son tomadas prácticamente como una norma de presunción automática en las decisiones sobre los hechos.

Para que sea posible indemnizar el daño —y que quienes hayan sido efectivamente afectados no queden sin ser resarcidos— no hay que caer en la salida rápida de asumir que se da *in re ipsa* y mucho menos que dicha característica es conceptual; muy por el contrario, hay que probarlo: el daño es precisamente el parámetro que permite traducir pecuniariamente el resarcimiento, pues es su justa medida (Pérez, 2007, p. 213). Hay que desengañar a los operadores del derecho del efecto cómodo que ofrecen todos estos placebos probatorios (especialmente de las máximas de experiencia), que en apariencia mitigan los síntomas, pero no terminan de curar nunca la enfermedad de realizar juicios irreflexivos e incompletos respecto de los hechos.

IV. CONCLUSIONES

El daño moral y la prueba de su existencia han sido un tópico de discusión muy relevante en la doctrina civil y en la jurisprudencia nacional. La dificultad probatoria que ostenta la prueba de un hecho mental, subjetivo y transitorio ha llevado a que se prefiera entender al daño moral como un daño *in re ipsa*; es decir, se ha optado por asumir que el daño moral existe a partir de ciertas circunstancias en las que “resulta evidente” su existencia, en aplicación de generalizaciones empíricas o máximas de experiencia.

No obstante, las máximas de experiencia cuentan con criterios de racionalidad para usarlas adecuadamente, los cuales no han sido observados al momento de querer enfrentar la dificultad probatoria del daño moral. Considerando que la aplicación de una máxima de experiencia permite que se tenga por probado un hecho a partir de una generalización y no a través de su efectiva probanza en un proceso concreto, será necesario que se sigan los mencionados criterios. Estos criterios son importantes dado que favorecen a que las máximas de experiencia utilizadas cuenten con un grado de solidez suficiente, lo que supone que la generalización que se realice cuente con una base empírica relevante que justifique su aplicación.

Desafortunadamente, de los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia nacional para lidiar con la dificultad probatoria del daño moral no se evidencia la observancia de estos criterios pese a que sustentan sus posiciones en la aplicación de máximas de experiencia para colegir la existencia del sufrimiento emocional. Por lo tanto, será necesario replantear la discusión respecto de la prueba de la existencia del daño moral en orden a que pueda encontrarse una salida más rigurosa desde los aspectos probatorios, evitando caer en los placebos que brindan apariencia de corrección en los razonamientos fácticos; de esta manera, se evitarán perjuicios injustos a los demandados e indemnizaciones inmerecidas a los demandantes en razón de esta compleja voz de daño no patrimonial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Amaya, A. (2015). Coherencia, virtud y prueba en el derecho. Andrés Páez (coord.), Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos de epistemología jurídica, pp. 37-64. Ediciones Uniandes.
- Buendía de los Santos, E. (21 de diciembre de 2016). Un Alegato a favor del daño *in re ipsa*: A propósito de los daños a derechos de la personalidad de la persona

jurídica en el sistema jurídico peruano. IUS 360. <https://ius360.com/un-alegato-favor-del-dano-re-ipsa-proposito-de-los-danos-los-derechos-de-la-personalidad-de-la-persona-juridica-en-el-sistema-juridico-peruano/>

Cavani Brain, R. (2012). Combatiendo las “nulidades-sorpresa”: el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal. Gaceta Constitucional, (58), pp. 288-296.

De Trazegnies Granda, F. (2001). La Responsabilidad Extracontractual. Tomo II (7^a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil.

Dei Vecchi, D. (2019). El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (38). <https://doi.org/10.4000/revus.5333>

Díez-Picazo, L. M. (2008). *El escándalo del daño moral*. Thomson-Civitas.

Do Passo Cabral, A. (2010). El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. Revista Peruana de Derecho Procesal, (16), pp. 261-278.

Espinoza Espinoza, J. (2015). El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿In re ipsa? *Actualidad Civil*, (7), pp. 192–206.

Espinoza Espinoza, J. (2019). Derecho de la responsabilidad civil. Tomo I (9^a ed.). Instituto Pacífico.

Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, (31), pp. 317-338. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4370>

Fernández Cruz, G. (2023). El daño no patrimonial y el daño moral (Dos ensayos). Ara Editores.

Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. Derecho PUCP, (50), pp. 47-97. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>

Fernández Sessarego, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual. THEMIS, (38), pp. 179-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10319>

Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2022). La decisión probatoria. Jordi Ferrer Beltrán (coord.), Manual de Razonamiento Probatorio, pp. 397-458, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>

Gama Leyva, R. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), pp. 65-89. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36187>

González Lagier, D. (2021). Filosofía de la mente y prueba de estados mentales: Una defensa de los criterios de sentido “común”. *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, (3), pp. 49-80. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22731

González Lagier, D. (2022). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Vol. I, 2^a ed.). Palestra.

Greco, L. (2008). Garantias fundamentais do processo: O processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, 7(14), pp. 9–68.

<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>

Ibarra Delgado, D. (2021). Desaciertos del IX Pleno Casatorio Civil en torno al derecho fundamental al contradictorio. Yelena Meza Torres (Coord.), Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes, pp. 1025-1047. Jurista Editores.

León Hilario, L. (2017). La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas (3^a ed.). Instituto Pacífico.

Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (2), pp. 115-153.
https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464

Limay Chávez, R. (2021). Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género. *IUS ET VERITAS*, (63), pp. 208-223. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>

Mendonça, D. (1998). Sobre la idea de “aceptación” como actitud proposicional en las presunciones. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21), pp. 83-98. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.05>

Morales Hervias, R. (2020). Manifiesto contra el daño al proyecto de vida. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (80), pp. 75-89.

Muffato, N. (2021). Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, (57), pp. 1-38. <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>

- Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomo X. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil.
- Papayannis, D. M. (2020). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (Eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*. Palestra.
- Pérez Ragone, A. (2007). La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 28 (1), pp. 207-234.
<https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/645>
- Retamozo Escobar, J. (2015). Daño a la persona y daño moral: un paso adelante... Actualidad Civil, (11), pp. 186-203.
- Schauer, F. (2006). *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press.
- Taruffo, M. (1974). Certezza e probabilità nelle presunzioni. *Il Foro Italiano*, 97 (5), pp. 83–84, pp. 111–112.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trad., 2^a ed.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2008). La prueba (L. Manríquez & J. Ferrer Beltrán, Trads.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Considerazioni sulle massime d'esperienza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63 (2), pp. 551-570.
- Taruffo, M. (2023). Contribución al estudio de las máximas de experiencia (Perfecto Andrés Ibáñez, Trad.). Marcial Pons.

Theodoro Júnior, H. *Processo Justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2 (1), pp. 64-71.
<https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>

Zavaleta Rodríguez, R. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad*, (50), 197-219.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388>

1. JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (Chiclayo-Lambayeque). 2017. Conclusiones plenarias, 3–4 de noviembre de 2017.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2019, Casación N° 2231-2018 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de julio de 2013, Casación N° 5721-2011 Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de justicia de la República, 26 de noviembre de 2015, Casación N° 699-2015 Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de diciembre de 2019, Casación N° 2585-2017 La Libertad (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de diciembre de 2017, Casación N° 4716-2015 Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de noviembre de 2019, Casación N° 5677-2017 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de octubre de 2016, Casación N° 4385-2015 Huancavelica (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de octubre de 2019, Casación N° 2440-2018 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de noviembre de 2020, Casación N° 3115-2018 Lambayeque (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de enero de 2017, Casación N° 3289-2015 Callao (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de octubre de 2016, Casación N° 3070-2016 Lima (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de enero de 2020, Casación N° 5816-2018 Piura (Perú).

Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, 25 de enero de 2022, Resolución N° 14 del Expediente N° 07147-2017-0-1801-JR-LA-08 (Perú).

Por:

Edwar Rafael

Díaz Villanueva *

*NATURALEZA JURÍDICA DE LA
PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN
ELÉCTRICA EN PERÚ*

Resumen

El plan de transmisión comprende proyectos vinculantes aprobados por el Ministerio de Energía y Minas, los cuales deben ejecutarse en un periodo de diez años, con el objetivo de garantizar la calidad, seguridad y eficiencia del sistema eléctrico nacional. Esta planificación se realiza en el marco del deber estatal de asegurar la eficiencia y continuidad del suministro eléctrico.

En este documento se evalúan los criterios de generalidad, innovación y consunción para determinar si el plan de transmisión es un acto normativo o administrativo. De acuerdo con estos criterios, se revisa el carácter general del plan, lo cual no determina contundentemente que sea una norma o un acto administrativo, pues hay actos que tienen carácter general y normas con aplicación particular. Asimismo, el plan deriva de una ley, pero requiere de otros actos para ser ejecutado. Finalmente, el plan se agota con el cumplimiento de su finalidad, que es la ejecución de los proyectos vinculantes, situación que lo clasifica como un acto administrativo, máxime cuando encaja en la definición de acto administrativo y se aprueba siguiendo un procedimiento administrativo.

Se concluye que, pese a ciertas particularidades, el plan de transmisión constituye un acto administrativo en cuanto a los proyectos vinculantes, por lo que puede ser impugnado mediante recursos administrativos y revisado judicialmente. También aplica la figura de la revocatoria en los supuestos referidos a cuando sobrevienen las condiciones exigidas para su emisión o elementos que favorecen al destinatario del acto y no perjudican a terceros.

* Investigador independiente, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en regulación de servicios públicos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. edwar.diaz@pucp.edu.pe, Lima, Perú. Índice H: 2. Identificador ORCID: 0000-0002-2942-3029.

Abstract

The transmission plan includes binding projects approved by the Ministry of Energy and Mines, which must be implemented over a 10-year period to ensure the quality, safety and efficiency of the national electricity system. This planning is carried out within the framework of the state duty to ensure the efficiency and continuity of the electricity supply.

This document evaluates the criteria of generality, innovation and consumption to determine whether the transmission plan is a normative or administrative act. The general character of the plan is reviewed in accordance with these criteria, which does not necessarily determine whether it is a rule or an administrative act, since there are acts that have a general character and rules with particular application. The plan is also derived from a law, but requires other acts to be implemented. Finally, the plan is ended by fulfilling its purpose, which is the execution of binding projects, a situation that brings it closer to being an administrative act; in addition to being approved following an administrative procedure and falling within the definition of an administrative act.

We concluded that, despite certain particularities, the transmission plan fits within the concept of administrative act as far as binding projects are concerned, and can therefore be challenged through administrative appeals and reviewed judicially. It also applies the concept of revocation in cases referred to when the conditions required for its issuance occur or elements that favor the addressee of the act and do not harm third parties.

Palabras clave: Transmisión eléctrica, SEIN, energía eléctrica, electricidad, plan de transmisión

Keywords: Electrical transmission, interconnected electrical system, electric power, electricity, transmission plan

Sumario

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA. 1. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS, COMPONENTES Y REGULACIONES DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA. 2. CLASIFICACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA. **II. LA PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA.** 1. EL PLAN DE TRANSMISIÓN. 2. EL PLAN DE INVERSIONES EN TRANSMISIÓN. **III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA: EL PLAN DE TRANSMISIÓN.** **IV. CONCLUSIONES.** **V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA

La energía eléctrica se genera en las centrales de producción empleando recursos energéticos que pueden ser combustibles fósiles, como diésel y gas natural, o fuentes renovables, como la hidroenergía, la energía eólica, solar y biomasa, entre otras. La electricidad resultante se desplaza siguiendo un flujo.

Una vez generada, la energía eléctrica es un bien jurídico que es transportado a través de las redes de transmisión y distribución hasta los usuarios libres o regulados, quienes son los consumidores. Los usuarios regulados son aquellos que reciben el suministro a través de un distribuidor y no pueden acordar con aquél el precio de la energía por lo que se les aplica las tarifas fijadas por Osinergmin y los precios resultantes de las licitaciones de suministro de energía. Los libres sí pueden negociar con el suministrador (que puede ser un distribuidor o un generador) el precio de la energía que compran y solo se les aplica las tarifas de transmisión y distribución reguladas por Osinergmin no sujetas a negociación.

El Sistema Eléctrico Interconectado Nacional o simplemente SEIN (Decreto Ley N° 25844, 1992) está integrado por líneas de transmisión y subestaciones eléctricas interconectadas, junto con centros de despacho de carga, lo que permite la transferencia eficiente de energía entre generadores a nivel nacional. La interconexión de todos los agentes del sistema resalta la importancia de la planificación estatal para garantizar la seguridad y continuidad del servicio eléctrico. En ese orden, la legislación establece un plan de transmisión con proyectos aprobados por el Ministerio de Energía y Minas (Minem) que deben ejecutarse obligatoriamente.

En este trabajo nos enfocamos en el plan de transmisión para determinar su naturaleza jurídica, lo cual es crucial para definir los mecanismos de impugnación, sus alcances y la posibilidad de revocación.

1. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS, COMPONENTES Y REGULACIONES DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA

La energía eléctrica es un bien que se suministra a través de un servicio (Diaz, 2021, p. 131) y que necesita ser trasladada desde quienes la producen hacia los consumidores finales a través de una actividad denominada transmisión eléctrica.

La transmisión consiste en trasladar energía eléctrica a grandes distancias y en altas tensiones¹, desde las subestaciones de los generadores hasta las subestaciones donde se reduce el voltaje para el consumo (Vergara, 2004, pp. 22-23). La tensión se mide en voltios y se define como “la diferencia de potencial eficaz entre dos conductores cualquiera o entre un conductor y la tierra” (Código Nacional de Electricidad Suministro, 2011).

Normativamente, el sistema de transmisión está definido como un conjunto de “instalaciones de alta o muy alta tensión que permiten el intercambio de energía eléctrica, incluye las líneas de transmisión y otras instalaciones” (Reglamento de Transmisión, 2007). Dichas instalaciones deben tener “tensiones nominales

¹ De acuerdo con el Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), aprobado con Resolución Ministerial N° 0214-2011-MEM-DM, los niveles de tensión son los siguientes:

• Baja Tensión (BT): Conjunto de niveles de tensión utilizados para la distribución de la electricidad. Su límite superior generalmente es $U \leq 1 \text{ kV}$, siendo U la Tensión Nominal.

• Media Tensión (MT): Cualquier conjunto de niveles de tensión comprendidos entre la alta tensión y la baja tensión.

Los límites son $1 \text{ kV} < U \leq 35 \text{ kV}$, siendo U la Tensión Nominal.

• Alta Tensión (AT):

1. En un sentido general, conjunto de niveles de tensión que exceden la baja tensión (en el contexto del Código Nacional de Electricidad-Utilización).

2. En un sentido restringido, conjunto de niveles de tensión superior utilizados en los sistemas eléctricos para la transmisión masiva de electricidad. Con límites comprendidos entre $35 \text{ kV} < U \leq 230 \text{ kV}$.

• Muy Alta Tensión (MAT): Niveles de tensión utilizados en los sistemas eléctricos de transmisión, superiores a 230 kV.

superiores a 35 kV subestaciones y equipos asociados, destinados al transporte de energía eléctrica” (Glosario de Abreviaturas y Definiciones Utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES-SINAC, 2001).

La actividad de transmisión tiene dos componentes principales: las líneas de transmisión y las subestaciones (Santivañez, 1998, p. 113; Salvatierra, 2009, p. 318). Las primeras² están definidas como “una disposición de conductores, materiales aislantes y accesorios para transmitir electricidad entre dos puntos de un sistema” (Código Nacional de Electricidad Suministro, 2011), por donde transcurre la energía eléctrica a un determinado voltaje o nivel de tensión. Las subestaciones son el “conjunto de instalaciones, incluyendo las eventuales edificaciones requeridas para albergarlas, destinado a la transformación de la tensión eléctrica y al seccionamiento y protección de circuitos o sólo al seccionamiento y protección de circuitos” (Código Nacional de Electricidad Suministro, 2011; Dammert y otros, 2001, p. 49), es decir, donde se concentra la energía eléctrica o se ramifica en conductores de menores niveles de tensión (Santivañez, 1998, p. 114).

En su condición de servicio público conforme ha sido establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas (a la que nos referiremos en adelante como LCE), la actividad de transmisión eléctrica se encuentra sujeta a regulaciones técnicas, legales y económicas. Las primeras están relacionadas con los componentes y características, tales como voltaje, frecuencia (Pistonesi, 2003, p. 11) determinados por el Estado para asegurar una operación óptima y eficiente. Las regulaciones legales se asocian a

² Las líneas de transmisión son un conjunto de torres y cables que conectan tramos del SEIN, pudiendo conectar a una central de generación con una subestación (donde se inyecta la energía eléctrica producida), dos subestaciones diferentes (para el intercambio de energía eléctrica en el SEIN), una subestación y un sistema de distribución (para que el distribuidor retire la energía eléctrica que suministrará a sus usuarios) o una subestación y un cliente libre (en el caso de grandes clientes —por ejemplo campamentos mineros— pueden tener su propia subestación para sus retiros). Toda línea tiene una capacidad máxima de transporte expresa en megavatios (MW).

requisitos de entrada, tales como la exigencia de concesión eléctrica (Vergara, 1994, pp. 464-465) cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre, o la necesidad de planificación previa para remunerar inversiones a través de tarifas. También se encuentra la regulación sobre libre acceso a las redes para evitar el uso abusivo de posición de dominio o la conformación de oligopolios o monopolios, mediante la obligación impuesta a los titulares de redes de permitir la conexión de terceros previo pago de costos de ampliación y compensaciones por el uso (Noumba y otros, 2003, pp. 11-13; Hunt y Shuttleworth, 1999, p. 46; Mardones, 2019, p. 208).

Finalmente, la regulación económica está asociada a las tarifas con las que se remuneran las inversiones en instalaciones de transmisión eléctrica. Todo generador que inyecta energía eléctrica al SEIN y toda empresa que la retira para su uso (clientes libres) o comercialización (distribuidores) deben pagar los costos por el uso de las redes de transmisión (Vergara, 2004, p. 385).

2. CLASIFICACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA

Desde la entrada en vigencia de la LCE y hasta la promulgación de la Ley N° 28832, efectuada el día 26 de julio del año 2006, las instalaciones de transmisión eléctrica estaban clasificadas únicamente en Sistema Principal de Transmisión (SPT) y Sistema Secundario de Transmisión (SST). Era competencia del Minem³, a propuesta

³ El artículo 132 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas modificado por Decreto Supremo N° 008-2006-EM, actualmente derogado, indicaba lo siguiente: “Artículo 132.- Las condiciones y criterios que deben cumplirse de manera simultánea para que una instalación sea incorporada al Sistema Principal de Transmisión, son los siguientes:

- a) Deberá ser de alta o muy alta tensión;
- b) El flujo de energía en un mismo sentido deberá ser inferior al 90% de la energía total transportada por dicha instalación, calculado para un período proyectado de cinco años;

de la entonces Comisión de Tarifas Eléctricas (entidad luego fusionada con Osinergmin) definir qué instalaciones pertenecían al SPT y al SST.

El SPT está definido en la LCE como “la parte del sistema de transmisión, común al conjunto de generadores de un Sistema Interconectado, que permite el intercambio de electricidad y la libre comercialización de la energía eléctrica” en cualquier barra (LCE, 1992; Glosario de Abreviaturas y Definiciones Utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES-SINAC, 2001) ubicada en este sistema. Este sistema lo conforman líneas de muy alta tensión (MAT) y de alta tensión (AT) que se encuentran conectadas a las subestaciones o barras base (Dammert y otros, 2001, p. 161). De acuerdo con la LCE, las barras son un punto del sistema eléctrico preparado para entregar o retirar energía eléctrica⁴.

Por su parte, el SST se define en la LCE como “la parte del sistema de transmisión destinado a transferir electricidad hacia un distribuidor o consumidor final, desde una barra del SPT, es decir, que permite a los generadores conectarse al sistema principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas” (LCE, 1992). Vale decir, son parte del SST las instalaciones necesarias para

-
- c) El beneficio económico que proporcione a los consumidores deberá representar, al menos, el 70% del total de los beneficios generados por la instalación, calculados para un período proyectado de cinco años;
 - d) La relación beneficio-costo para los consumidores deberá ser mayor a la unidad, calculada para un período proyectado de cinco años.

Cada cuatro años o a la incorporación de una nueva central de generación en el sistema, se evaluarán las instalaciones que no pertenecen al Sistema Principal de Transmisión, para definir su incorporación o no a este sistema. La definición de una nueva instalación de transmisión como perteneciente o no al Sistema Principal de Transmisión, se efectuará previamente a su incorporación al sistema”.

⁴ Las barras pueden ser de entrega o de transferencia. Las barras de entrega son aquellas donde el generador se conecta para inyectar su energía eléctrica, mientras que las barras de transferencia son aquellas donde los que necesitan la energía eléctrica la retiran.

entregar electricidad desde una central de generación hasta una barra del SPT y desde esta hasta los distribuidores o usuarios libres.

Con la promulgación de la Ley N° 28832 se desarrollaron dos nuevos sistemas: Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y Sistema Complementario de Transmisión (SCT). Todas las instalaciones de transmisión puestas en operación a partir del 26 de julio del año 2006 serían clasificadas dentro del SGT o SCT, mientras que las preexistentes conservarían su clasificación en el SPT o SST.

El SGT está conformado por las instalaciones aprobadas en el plan de transmisión, cuya concesión y construcción son resultado de una licitación pública. Por su parte, el SCT⁵ está conformado por: i) las instalaciones que estando aprobadas en el plan de transmisión resultan de la iniciativa propia de uno o varios agentes del sector (agentes pueden ser generadores, transmisores, distribuidores, usuarios libres y proveedores de servicios complementarios), ii) todas las instalaciones que no están incluidas en el plan de transmisión.

El principal cambio se dio en la remuneración de las instalaciones de transmisión. Las del SPT siguen siendo financiadas mediante un peaje determinado anualmente por Osinergmin considerando los contratos derivados de la privatización y los Contratos BOOT; mientras que el SST es remunerado mediante peajes y compensaciones sobre la base de costos de inversión, operación y mantenimiento fijados inamoviblemente en 2009. Los peajes son asumidos por los usuarios y las

⁵ En los SCT también se encuentran los sistemas de libre negociación (SCTLN), los cuales son instalaciones que permiten transferir electricidad hacia usuarios libres o que permiten a los generadores entregar su energía producida al SEIN. Se llaman así, porque en dichos casos los usuarios libres o los generadores pueden suscribir contratos de transporte de electricidad con los titulares de las instalaciones donde pacten compensaciones no reguladas por Osinergmin, sino producto de la negociación entre las partes. Osinergmin únicamente interviene de forma supletoria ejerciendo su potestad regulatoria para fijar una tarifa aplicable a los SCTLN cuando estos son usados por terceros, culmina la vigencia del contrato o las partes no se ponen de acuerdo sobre el monto a compensar.

compensaciones por los generadores, ambos remuneran a las instalaciones de transmisión.

En el SGT la remuneración se basa en costos de inversión, operación y mantenimiento determinados a través de licitaciones y no fijados por Osinergmin. En cuanto al SCT, su financiamiento proviene de los contratos derivados de licitaciones, cuando estas son realizadas, o con los cargos regulados por Osinergmin a partir de una base de datos de costos estandarizados.

La Ley N° 28832 también introdujo la figura de los refuerzos, que son mejoras en líneas y subestaciones operativas del SGT para optimizar la transmisión y calidad del servicio, asegurando el cumplimiento de estándares normativos y el acceso a redes e interconexiones. Estos deben incluirse en el plan de transmisión y no pueden superar determinados montos establecidos en el Reglamento de Transmisión, los cuales son actualizados anualmente por el Minem. En el año 2018 se establecieron las Instalaciones de Transmisión de Conexión (ITC), que enlazan las Áreas de Demanda⁶ con el SEIN (Norma “Criterios y metodología para la elaboración del plan de transmisión”, 2009). Al no estar en los planes de inversiones en transmisión, su incorporación en el plan de transmisión es obligatoria.

II. LA PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA

Para Ochoa y Kresalja (2017) el Estado puede promover los servicios públicos e infraestructura ejerciendo una actividad económicamente decisiva. Añaden que “la

⁶ En la Norma “Tarifas y Compensaciones para Sistemas Secundarios de Transmisión y Sistemas Complementarios de Transmisión”, aprobada con Resolución N° 217-2013-OS/CD, publicada el 6 de noviembre de 2013, se define Áreas de Demanda como un área determinada por Osinergmin en la que a todos los usuarios se les aplica el mismo peaje por las instalaciones de transmisión del SST y SCT que prestan el servicio dentro de dicha área, sin incluir tales instalaciones cuando son usadas o pagadas por el propio titular o por usuarios libres.

planificación es una forma de actuación del Estado en la economía” distinta de la regulación y de su actuación empresarial, que jurídicamente se formaliza mediante leyes, normas reglamentarias, actos jurídicos, planes administrativos entre otros (p. 61); además de que “representa la desconfianza por parte del legislador en el mercado como el instrumento único, más justo y eficiente, en la asignación de recursos” (p. 99). En esa misma línea, Mardones (2019) sostiene que la planificación está vinculada con el logro de objetivos pre establecidos en el desarrollo de una actividad que, dentro de un régimen de economía social de mercado, recae prioritariamente en el sector privado (p. 209).

Cuando hablamos de planificación estatal, Ariño (2001) hace referencia a dos modelos: al primero que denomina tradicional en el que la autoridad decide unilateralmente toda la oferta para satisfacer la demanda, y el segundo denominado como “nuevo sentido de la planificación” en el que la autoridad interviene para orientar la actividad privada solo en sectores especiales, cuando es necesario orientar las tendencias de oferta y demanda donde se requieren inversiones de largo plazo y la asignación de recursos escasos (p. 372).

Desde esta perspectiva, y considerando que el sector eléctrico peruano desde su reforma está orientado al mercado, la libre iniciativa privada, libertad de competencia y actividad subsidiaria del Estado, la planificación eléctrica se enmarca dentro de ese nuevo sentido de planificación al que hace referencia Ariño, pues según sostiene, este modelo no solo utiliza instrumentos compatibles con el mercado y la iniciativa privada, sino que se basa en los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada y retribución en base a precios (Ariño, 2001, p. 373).

En efecto, el Minem y Osinergmin intervienen para planificar el sector eléctrico, en razón de que está orientado a un servicio público donde la atención

oportuna y eficiente a los usuarios eléctricos es prioritaria y prevalece la asignación de recursos escasos como lo son los recursos energéticos.

Entre los documentos de planificación creados mediante normas legales y reglamentarias se encuentran: el Plan Nacional de Energías Renovables⁷, los Planes de Inversiones en Distribución de las empresas de distribución eléctrica con accionariado estatal⁸, el Plan Nacional de Electrificación Rural⁹, la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, el plan de transmisión y el plan de inversiones en transmisión.

En cuanto a la transmisión de electricidad, que se desarrolla principalmente con iniciativa privada, LaRiviere y Lyu (2022) afirman que, si no hay suficiente capacidad de transmisión, pueden surgir restricciones de congestión que alteren el precio mayorista de la electricidad. Estos precios afectan luego a los usuarios con

⁷ De acuerdo con el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, publicado el 2 de mayo de 2008, el Ministerio de Energía y Minas debió elaborar, a más tardar en el año 2009, el Plan Nacional de Energías Renovables, el mismo que estaría en concordancia con los Planes Regionales de Energías Renovables y que se enmarcará en un Plan Nacional de Energía. A la fecha de elaboración del presente trabajo ninguno de estos planes existe.

⁸ De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1208, Decreto Legislativo que promueve el desarrollo de Planes de Inversión en las empresas distribuidoras bajo el ámbito de FONAFE y su financiamiento, publicado el 23 de septiembre de 2015, las empresas distribuidoras bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) deben presentar a Osinergmin, para su aprobación, antes del inicio de cada fijación tarifaria del Valor Agregado de Distribución (VAD), un estudio de planeamiento eléctrico de largo plazo que tenga asociado un Plan de Inversiones en Distribución para el periodo de fijación tarifaria del VAD que corresponda, y que considere el reforzamiento, ampliación, remodelación, ahorro energético, mejora de la calidad del servicio, seguridad eléctrica, seguridad de suministro, innovación tecnológica y cualquier otra medida que mejore la eficiencia o eficacia de las redes de distribución existentes.

⁹ Conforme al artículo 10 de la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural, publicada el 1 de junio de 2006, el Ministerio de Energía y Minas elabora el Plan Nacional de Electrificación Rural, a largo plazo, con un horizonte de diez años, el mismo que consolida los proyectos de electrificación rural de los gobiernos regionales y locales, los programas de expansión de las empresas concesionarias de distribución eléctrica y de electrificación rural, y los programas o proyectos a desarrollarse o que son aprobadas por gobierno central.

incrementos tarifarios¹⁰ y distorsionan la libre competencia entre generadores. Dado que la transmisión eléctrica es clave para el abastecimiento y la competencia en el mercado, el Estado interviene no solo regulando, sino también planificando su expansión. He ahí la justificación para la planificación estatal en condiciones de mercado. Así, con el plan de transmisión y el plan de inversiones en transmisión, el Estado planifica las instalaciones del SEIN a ser puestas en operación, las cuales serán remuneradas luego mediante tarifas reguladas en observancia al mercado.

De ese modo, el plan de transmisión y el plan de inversiones en transmisión se enmarcan en lo que Ariño denomina “planificación conjunta”, puesto que la autoridad no solo orienta sino que impone actuaciones que afectan la vida empresarial en cuando a decisiones de largo plazo, además de que asume el riesgo, pues al establecer un carácter vinculante, las empresas que cumplan el plan tendrán como contrapartida la garantía de recuperación de sus inversiones con una tasa de rentabilidad (Ariño, 2001, pp. 386-387).

1. EL PLAN DE TRANSMISIÓN

El plan de transmisión es un estudio periódico aprobado por el Minem, a propuesta del COES, en el que a través de un análisis centralizado se identifican los

¹⁰ Por ejemplo, cuando hay congestiones en las redes de transmisión eléctrica es porque estas redes están operando a su máxima capacidad y ya no pueden trasladar un vatio/hora más. Ante dicha situación, el Ministerio de Energía y Minas se encuentra facultado para declarar emergencia eléctrica, ordenando a una empresa eléctrica a brindar capacidad de generación o transmisión adicional con la finalidad efectos de garantizar la confiabilidad del abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN. Los costos que derive esta prestación de emergencia son reconocidos a la empresa pública mediante un cargo que se añade a la tarifa de transmisión (peaje) y es asumida por todos los usuarios conectados al SEIN. Por tanto, estas congestiones de la transmisión no solo alteran el precio mayorista, sino también el minorista al incrementarse los peajes de transmisión con el reconocimiento de estos costos para atender emergencias.

equipos de transmisión eléctrica necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema eléctrico para un horizonte de diez años.

Como resultado del estudio de planificación, se determina el cronograma de ejecución de un conjunto de instalaciones de transmisión y la asignación de las compensaciones para su remuneración. Solo se incluyen instalaciones del SEIN hasta el límite donde inician las instalaciones para la atención exclusiva a usuarios y generadores, las instalaciones en AT o MAT que permitan conectar al SEIN con los sistemas eléctricos de países limítrofes o con sistemas aislados, e instalaciones que a criterio del COES son necesarias para mantener la seguridad, calidad y confiabilidad del suministro eléctrico en el SEIN.

El plan de transmisión incluye la lista de proyectos vinculantes, los cuales pueden ser o nuevos proyectos o refuerzos de instalaciones existentes (incluye también a las ITC), cuyas actividades para su ejecución deben iniciarse dentro del periodo de su vigencia. De acuerdo con el Reglamento de Transmisión, los proyectos vinculantes son incluidos conjuntamente con su cronograma de actividades, el anteproyecto, presupuesto de inversión estimado, propuesta de beneficiarios y asignación de compensaciones para su remuneración.

El plan de transmisión inicia su vigencia el 1 de enero del año siguiente al que es aprobado y es actualizado cada dos años con la aprobación de uno nuevo. Una vez que inicia su vigencia, el Minem, directamente o a través de un encargo hacia la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), debe realizar las gestiones necesarias para la licitación y ejecución de las obras determinadas con carácter vinculante. Todas las instalaciones eléctricas resultantes de las licitaciones

conforman el SGT¹¹. Su remuneración está garantizada con la suscripción del contrato de concesión donde se fijan los costos de inversión (base tarifaria¹²) y de operación y mantenimiento a ser reconocidos al adjudicatario a través de las tarifas de transmisión.

El plan de transmisión se aprueba mediante resolución ministerial. Esta resolución contiene lo siguiente:

- El plan de transmisión propiamente dicho.
- La relación de proyectos vinculantes.
- La publicación de los informes y cálculos de sustento.
- Resumen del plan de transmisión.
- Plazo de treinta días calendario para que los agentes interesados manifiesten su interés en construir y operar instalaciones comprendidas en los proyectos vinculantes.

¹¹ Como excepción a la regla de que solo las instalaciones licitadas son las que conforman el SGT, existe el caso de los refuerzos ejecutados directamente por los titulares de la concesión de transmisión, cuando estos ejercen su derecho de preferencia. En dicho caso, siguiendo el principio jurídico de que lo accesorio sigue a lo principal, el refuerzo pasa a formar parte del SGT.

¹² Conforme al artículo 24 de la Ley N° 28832, la Base Tarifaria comprende las inversiones, los costos eficientes de operación y mantenimiento y, un procedimiento de liquidación, a efectos de asegurar la recuperación de la misma. Esta norma señala que las remuneraciones de las inversiones sean calculadas como la anualidad para un periodo de recuperación de hasta 30 años, con la tasa de actualización de 12%. En el artículo 25 de la Ley 28832, se señala que el componente de inversión para definir la Base Tarifaria, proviene de: a) Los valores que resulten del proceso de licitación pública, para el caso de las instalaciones que se liciten; o, b) Los valores establecidos por Osinergmin previamente a su ejecución, para el caso que el titular del Sistema de Transmisión ejerza el derecho de preferencia establecido en el artículo 22, numeral 22.2, inciso b) de la Ley 28832, para la ejecución de Refuerzos de Transmisión.

2. EL PLAN DE INVERSIONES EN TRANSMISIÓN

El plan de inversiones es un documento aprobado por Osinergmin con una vigencia de cuatro años, constituido por un conjunto de instalaciones de transmisión que son requeridas a entrar en operación dentro del mismo periodo de cuatro años que corresponde a la vigencia de los peajes y compensaciones de transmisión.

Para su aprobación, los titulares de las instalaciones de transmisión existentes remuneradas exclusivamente por la demanda (lo cual excluye a las instalaciones remuneradas por los generadores o de forma mixta por generadores y demanda) realizan un estudio de planificación de la expansión del sistema de transmisión, considerando un horizonte mínimo de diez años. A partir de ese estudio elaboran obligatoriamente una propuesta para mejorar la confiabilidad y seguridad de las redes eléctricas y la remiten a Osinergmin para su aprobación, como paso previo a la fijación de peajes y compensaciones.

El plan de inversiones en transmisión tiene una vigencia de cuatro años, pudiendo ser modificado a solicitud de los titulares. Los proyectos son asignados a los titulares de las instalaciones de las áreas de demanda, quienes se encuentran obligados a ejecutarlos, sin necesidad de licitarlos. Al entrar en operación, las instalaciones son valorizadas por Osinergmin mediante una base de datos de costos estándares que este organismo mantiene actualizada anualmente, y son clasificadas en el SCT.

Los proyectos del plan de inversiones en transmisión pueden ser licitados, sin que ello implique que sean calificados en el SGT (siempre serán parte del SCT al no estar en el plan de transmisión). Dicha posibilidad se produce cuando a los veinte días de aprobado el plan de inversiones en transmisión, los titulares solicitan al Minem que liceite uno o varios proyectos que Osinergmin les ha asignado. Si el Ministerio accede

a dicha solicitud, los proyectos a licitarse quedan fuera de los alcances del plan y se ejecutan a través de lo que dispongan los contratos resultantes de las licitaciones.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PLANIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA: EL PLAN DE TRANSMISIÓN

La administración pública emite normas en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pero emite también actos administrativos y actos de administración, en el ejercicio de su potestad administrativa.

Los actos de administración interna organizan o hacen funcionar las actividades o servicios que presta cada entidad; se producen en el seno de la administración y carecen de relevancia externa (García de Enterría, 1981, p. 584). Según Morón (2021) “se agotan en el ámbito interno de la propia Administración, son actos del poder público, pero que por su alcance no requieren ser recubiertos de las garantías y recelos de la externa” (p. 220). Refiere Guzmán Napurí (2012) que si bien no afectan a personas fuera de la entidad pueden ser impugnados, pues toda decisión pública está sujeta a control (p. 112). En cuanto a estos actos no realizaremos mayor profundización, pues queda claro que el plan de transmisión no es uno de ellos dado sus efectos externos.

De acuerdo con su ley orgánica, el Poder Ejecutivo puede emitir diversos dispositivos, entre ellos, decretos supremos y resoluciones supremas, ministeriales, directoriales y de otras autoridades administrativas. El que un documento sea aprobado con cualquiera de estos no lo convierte en una norma o un acto administrativo, o incluso en un acto de administración interna. Así, el hecho que el plan de transmisión sea aprobado mediante resolución ministerial podría hacernos pensar que estamos ante un acto administrativo, pero no necesariamente tendría que serlo, como veremos a continuación.

Las resoluciones ministeriales, que son emitidas directamente por los ministros, se emplean para aprobar documentos de distinta naturaleza. Por ejemplo, mediante Resolución Ministerial N° 129-2009-MEM/DM, se aprobaron los “Criterios y Metodología para la elaboración del Plan de Transmisión”, documento que constituye una norma de alcance general para establecer el procedimiento y los criterios técnicos y metodológicos de elaboración y aprobación del plan de transmisión.

De otro lado, mediante resolución ministerial se aprueban actos administrativos. Por ejemplo, con Resolución Ministerial N° 375-2024-MINEM/DM se declaró¹³ en situación de grave deficiencia del servicio eléctrico el Sistema Eléctrico de Iquitos. Esta declaratoria es un acto administrativo en el que un administrado (el COES o un distribuidor) solicita que se asigne a una empresa estatal el adoptar medidas temporales ante situaciones de falta de suministro eléctrico y el Minem se pronuncia declarando la emergencia y dictando disposiciones administrativas para hacerle frente.

Finalmente, con resoluciones ministeriales también se aprueban disposiciones que no son normas ni actos administrativos, sino documentos de gestión. Tal es el caso de la Resolución Ministerial N° 040-2023-MINEM/DM que aprobó la Agenda Temprana¹⁴ 2023 del Minem.

¹³ Esta declaratoria se realiza al amparo del Decreto Supremo N° 044-2014-EM, según el cual, a solicitud del COES (en el caso del SEIN) o de la empresa distribuidora (en los sistemas aislados), los cuales actúan como administrados, ante situaciones temporales de falta de capacidad de producción o de transmisión y para asegurar el abastecimiento de energía, el Minem declara la emergencia eléctrica o grave deficiencia del servicio eléctrico y dispone que una empresa pública del sector adopte medidas temporales para asegurar el suministro, siendo los costos en que incurra reconocidos a través de las tarifas eléctricas.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, aprobado con Decreto Supremo N° 063-2021-PCM, publicado el 3 de abril de 2021, la agenda temprana está definida como “el instrumento mediante el cual la entidad pública programa y publica sus problemas públicos y posibles intervenciones regulatorias teniendo en

En cuanto al plan de transmisión que también es aprobado por resolución ministerial, tal como hemos mencionado, no podemos afirmar prima facie que se trate de un acto administrativo o una norma, dado que conforme hemos visto, con resoluciones ministeriales se aprueban documentos de diversa naturaleza. Incluso si se aprobara con decreto supremo¹⁵, no sería per se un acto normativo, pues con este instrumento también se aprueban documentos no normativos sino de gestión, como lo es, por ejemplo, la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, aprobada con Decreto Supremo N° 064-2010-EM.

Entonces nos hacemos la pregunta: ¿qué es un plan? Gordillo (2014) refiere que si a un abogado se le preguntara qué es un plan, este quizás esté en apuros para definir su naturaleza jurídica y responda que se trata de una figura de naturaleza *sui generis*. No obstante, según nos refiere este autor, “un plan puede ser, según qué aspecto del mismo se considere, tanto una norma como un principio jurídico, un reglamento como un acto administrativo, o puede ser también una simple comunicación sin efecto directo” (pp. 111-112). En esa misma línea Vaquer (2024) nos dice que, en función del régimen jurídico aplicable para cada legislación sectorial, los planes pueden tener naturaleza normativa, ser actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de destinatarios o una combinación de ambos (p. 458).

De conformidad con lo descrito, para determinar la naturaleza jurídica del plan se deben evaluar las disposiciones sectoriales que, en el caso del plan de transmisión,

cuenta el alcance del AIR Ex Ante establecido en el artículo 10 del presente Reglamento, durante el año fiscal, con la finalidad de lograr mayor predictibilidad, participación y transparencia en el proceso de producción regulatoria”.

¹⁵ De acuerdo con el artículo 11 numeral 3 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, publicada el 20 de diciembre de 2007, los decretos supremos “son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional”. Como puede apreciarse, no necesariamente los decretos supremos son normas, ya que pueden aprobar otro tipo de disposiciones.

implica revisar la normativa eléctrica aplicable a la planificación estatal, además de lo que la doctrina jurídica refiere sobre las diferencias entre actos normativos y actos administrativos. Así, recurriremos a continuación a los criterios de generalidad, innovación y consunción para internarnos en la determinación de la naturaleza jurídica de este plan.

De acuerdo con la doctrina, la generalidad es un criterio distintivo entre un acto normativo y uno administrativo, pero no del todo determinante, ya que existen reglamentos no generales dirigidos a situaciones concretas y también actos administrativos generales dirigidos a una pluralidad indeterminada de destinatarios¹⁶ (Baca y Abruña, 2010, pp. 73-74; Danós, 2009, p. 213). Sobre el particular, Meilán Gil (2017) nos dice que existen actos administrativos con destinatarios no individualmente determinados pero identificables, de tal modo que los destinatarios están determinados cuando se dicta el acto, pero se individualizan cuando este se aplica (p. 587). Por ejemplo, la Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos, aprobada por Osinergmin, es una norma con disposiciones concretas aplicadas casi en su totalidad por el COES para regular el proceso de aprobación de tales procedimientos. Asimismo, las resoluciones de Osinergmin, que aprueban peajes y compensaciones de transmisión, constituyen actos administrativos de alcance general, ya que estos cargos deben ser pagados por todos los usuarios eléctricos; estos actos administrativos se individualizan cuando las tarifas se aplican a cada usuario de electricidad.

¹⁶ En el numeral 23.1.1 del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado el 25 de enero de 2019, se reconoce la existencia de disposiciones de alcance general y actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento.

Si analizamos el plan de transmisión bajo este criterio, advertimos que aunque no se puedan identificar los destinatarios de los proyectos vinculantes aprobados, la generalidad se encuentra en el hecho que cualquier agente puede manifestar su interés por ejecutar alguno de los proyectos aprobados; además, de forma indirecta, los proyectos vinculantes aprobados en el plan, una vez que son licitados y adjudicados, se remuneran a través de las tarifas que pagan todos los usuarios eléctricos conectados al SEIN. Por tanto, el plan de transmisión es de alcance general.

Dado que la generalidad no es un criterio determinante, en razón de que hay actos administrativos generales, otro criterio de distinción es el carácter innovador, según el cual un reglamento se diferencia de un acto administrativo en su fuerza innovadora del ordenamiento jurídico como acto ordinamental, frente al segundo que es un acto ordenado, en otras palabras, el reglamento innova en el ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo aplica dicho ordenamiento. No obstante, la doctrina nos dice que en algunos casos la regulación del supuesto de hecho no se hace inmediatamente sino de forma gradual con una sucesión de normas con su correspondiente sucesión de actos (Meilán y Gil, 2017, p. 589; Baca y Abruña, 2010, pp. 73-74; Danós, 2009, p. 216).

En el caso del plan de transmisión, existe sucesión de actos para hacer efectivas sus disposiciones siendo el plan un acto intermedio entre lo que ordena la ley, el reglamento y la norma de criterios, por un lado, y la producción de actos administrativos del otro (Vaquer, 2024, p. 458), así, no basta con aprobar los proyectos vinculantes para que estos se ejecuten, sino que el Minem¹⁷ debe iniciar o disponer

¹⁷ De acuerdo con el artículo 20 del Reglamento de Transmisión, aprobado con Decreto Supremo N° 027-2007-EM, publicado el 17 de mayo de 2007, el Ministerio de Energía y Minas tiene a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. Este Ministerio, mediante resolución ministerial, puede encargar a ProInversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro.

que se inicie el proceso de licitación para su adjudicación y construcción, sin perjuicio de que previamente Osinergmin fije una propuesta tarifaria (base tarifaria) para que los titulares de las instalaciones sobre las que se ha aprobado ejecutar refuerzos decidan si ejercen o no su derecho de preferencia. En la licitación se emiten actos administrativos tales como la aprobación de bases, calificación de postores y adjudicación de la buena pro, con lo cual, si bien el plan de transmisión no innova en el ordenamiento jurídico, tampoco es de aplicación inmediata, pues de él derivan sucesivos actos administrativos para su cumplimiento.

Por último, según el criterio consuntivo, las normas no se consumen con un solo cumplimiento, sino que se mantienen para situaciones indefinidas (Baca y Abruña, 2010, pp. 74-75), mientras que el acto administrativo se agota con su cumplimiento, por lo que una vez agotado, para un nuevo cumplimiento, se requiere un nuevo acto (Meilán y Gil, 2017, p. 589). Bajo este criterio, el plan de transmisión es un acto administrativo, pues se cumple cuando los proyectos vinculantes son puestos en operación. Para añadir más proyectos, el plan debe o modificarse o actualizarse a los dos años. Por tanto, se trata de un instrumento no aplicable a situaciones indefinidas en el tiempo, sino agotable en situaciones concretas.

Un aspecto adicional a analizar es el de la derogatoria. Señala Danós (2009) que “el régimen legal de los actos administrativos impide que la autoridad pueda dejarlos sin efecto de manera inopinada o injustificada, porque se busca garantizar los derechos que el acto administrativo haya podido generar” (p. 216), en otras palabras, la administración no puede derogar de oficio sus propios actos, salvo que se cumplan presupuestos establecidos en la ley (Martín-Retortillo, 1963, p. 226). En cambio, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la administración puede derogar o modificar sus reglamentos en cualquier momento. Bajo esta perspectiva, el plan de transmisión no puede ser derogado en cualquier momento, sino que se puede hacer solo aprobando

uno nuevo o retirando un proyecto para sustituirlo por otro. Las modificaciones al plan de transmisión se encuentran reguladas y sujetas a reglas de transparencia como la publicación del sustento, recepción de opiniones y la realización de una audiencia pública.

En efecto, García de Enterría (1981) nos dice que el acto administrativo se produce a través de un procedimiento administrativo, donde se parte de un presupuesto de hecho, pueden participar una pluralidad de sujetos y cada una de las actuaciones adopta ciertas formas preestablecidas normativamente (p. 164). Esta posición está recogida en la Ley N° 28832, donde se establece que “el proceso para la elaboración y aprobación del Plan de Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados” (Ley N° 28832, 2006).

Ahora bien, para determinar si el plan de transmisión es un acto administrativo, también es importante remitirnos a la Ley que define a los actos administrativos como “[1]las declaraciones de las entidades que, [2]en el marco de normas de derecho público, [3]están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados [4]dentro de una situación concreta” (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2019).

No abundaremos sobre los tres primeros extremos de la definición¹⁸, toda vez que los mismos son compartidos tanto por los actos reglamentarios como por los actos

¹⁸ Sobre la definición de acto administrativo, García de Enterría (1981) nos dice que este es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (p. 587). En efecto, este autor nos señala que la declaración intelectual excluye cualquier actividad puramente material, que puede ser de voluntad, pero también de deseo, de conocimiento, de juicio, como lo es, por ejemplo, la exigencia de rendición de cuentas, actos de fiscalización, entre otros. Dado que es la declaración de una

administrativos: El plan es una declaración unilateral del Minem donde, además del estudio de planificación, este determina los proyectos vinculantes¹⁹ a ejecutarse (Morón, 2021, p. 198). Se aprueba siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento de Transmisión y los criterios definidos en la norma “Criterios y metodología para la elaboración del plan de transmisión”, ejerciéndose la potestad dictada en la Ley N° 28832 (Morón, 2021, pp. 200-201); y genera efectos sobre los derechos, intereses y obligaciones de los administrados.

Sobre el tercer extremo nos preguntamos quiénes son los administrados y si plan de transmisión tiene efectos sobre sus derechos, intereses u obligaciones. Entre los administrados pueden encontrarse (sin ánimos de establecer una relación taxativa) los titulares de las instalaciones de transmisión sobre las que se prevé ejecutar refuerzos quienes deciden si ejercen o no el derecho de preferencia, los agentes interesados en construir y operar alguna de las instalaciones de los proyectos vinculantes quienes pueden ejecutar los proyectos sin necesidad de participar en una licitación, así como cualquier otra persona con algún interés sobre la ejecución de los proyectos vinculantes.

De otro lado, identificamos como administrado al COES, quien no solo presenta la propuesta y da opinión para su aprobación, sino que tiene como función “coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la

entidad, quedan excluidos los actos jurídicos del administrado, los actos dictados por órganos que no tienen función administrativa, así como contratos y convenios. Refiere que el acto administrativo es por esencia unilateral, lo cual no excluye que la voluntad del administrado pueda tener alguna relevancia como lo es en el caso de los desistimientos o renuncias. Así, no existe acto administrativo sin norma específica que previamente lo autorice y lo prevea (pp. 587-591)

¹⁹ De acuerdo con el artículo 15 del Reglamento de Transmisión, aprobado con Decreto Supremo N° 027-2007-EM, publicado el 17 de mayo de 2007, los proyectos vinculantes incluyen el cronograma de actividades, el anteproyecto, el presupuesto de inversión estimado, la propuesta de beneficiarios y asignación de compensaciones para su remuneración.

seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN” (Ley N° 28832, 2006). En tal sentido, la función planificadora del COES está estrictamente vinculada con la aprobación del plan de transmisión, pues para que se haga efectiva dicha función se requiere la participación del Minem como organismo aprobador. Por ello, consideramos que se cumple con el tercer extremo de la definición.

Descartamos a los usuarios eléctricos del SEIN como administrados, no solo porque la doctrina sostiene que están descartados los actos que producen efectos indirectos en el ámbito externo, sino porque el plan de transmisión no causa per se un efecto sobre aquellos (Morón, 2021, p. 200). Si bien los usuarios pagarán en sus tarifas los costos de los proyectos ejecutados, esto no se materializa con la aprobación del plan de transmisión, sino, será necesario que Osinergmin apruebe la base tarifaria en caso se ejerza el derecho de preferencia, o se realice una licitación donde resultarán costos adjudicados a trasladarse a las tarifas.

En cuanto al último extremo de la definición, los efectos del acto administrativo deben darse en una situación concreta que no es igual a una individualización del administrado. El plan de transmisión se da en un contexto de propuesta de solución a los problemas de la transmisión eléctrica del país, donde operan empresas (agentes) interesadas en ejecutar proyectos de infraestructura eléctrica. Por tanto, identificamos una situación concreta donde los agentes con infraestructura de transmisión eléctrica son los destinatarios de acto, por tanto, se cumple con el cuarto extremo.

No obstante, conviene mencionar que, a la fecha, y desde que se aprobó el primer plan de transmisión en el año 2011, no se han interpuesto recursos impugnativos contra las resoluciones ministeriales que aprobaron los planes de transmisión, lo cual podría deberse a varias razones entre las que estarían el hecho

que los destinatarios del plan estuvieron de acuerdo con los proyectos vinculantes incluidos, no se consideraron destinatarios, tenían desconocimiento jurídico, asumieron que se ajustaban a derecho, o cualquier otra razón adicional, todas las cuales no son analizadas en el presente trabajo por carecer de evidencia tangible y mantenerse dentro del ámbito de la subjetividad.

Por ejemplo, si partiéramos del supuesto de que los destinatarios del plan de transmisión no se consideran administrados, podríamos afirmar que, o creen que están ante una norma, ante la cual solo cabría impugnarla mediante el proceso de acción popular, o están ante un plan que no surte efectos directos e inmediatos (los efectos estarían en las acciones posteriores) y, por ende, que el plan es solo un instrumento de gestión del cual se derivan posteriores actos administrativos sí impugnables, como lo es la aprobación de la propuesta de base tarifaria para los refuerzos, a cargo de Osinergmin, o actos emitidos durante la licitación.

Ahora bien, para aprobar el plan de transmisión se lleva a cabo un procedimiento constituido por etapas, plazos, actores y responsabilidades. De acuerdo con la ley, el procedimiento administrativo es “el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados” (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2019). Esta definición se encuentra respaldada por la doctrina, por ejemplo, para Gordillo (2006) el procedimiento administrativo es una secuencia de actos progresivos que tienen como objeto llegar a un acto estatal determinado, es decir, que estos actos unidos se caracterizan por estar encaminados a un determinado fin (p. 389).

Para la aprobación del plan de transmisión se sigue un procedimiento ante el Minem, el cual inicia con la presentación de la propuesta de actualización del plan de transmisión. Esta propuesta es elaborada por el COES en atención a su facultad de planificación delegada, considerando los requerimientos o alternativas de solución presentadas por los agentes del mercado. Una vez recibida, es revisada por Osinergmin, entidad que puede realizar observaciones para que el COES las subsane. Solo después de subsanadas las observaciones, el Minem emite la resolución ministerial aprobando el plan de transmisión.

Como podemos apreciar, la aprobación del plan de transmisión tiene etapas definidas en las que interactúan el Minem, el COES y Osinergmin. Incluso pueden participar los agentes interesados mediante la presentación de opiniones en caso el Minem pretenda modificar la propuesta definitiva del plan antes de su aprobación. Por tanto, podemos afirmar que se trata de un procedimiento administrativo cuyos actos intermedios están orientados a la finalidad de aprobar el plan.

Sin embargo, el que se siga un procedimiento administrativo no implica necesariamente que el producto tenga que ser un acto administrativo. En la doctrina, se reconoce la existencia de procedimientos administrativos normativos, los cuales son llevados a cabo en el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública y donde se tiene como contraparte no a un administrado, sino a “una pléyade de agentes e individuos indeterminada que sufrirá los efectos del acto a ser producido” (Rhein, 2010, pp. 198-199).

En el sector eléctrico tenemos un ejemplo de procedimiento administrativo que tiene como producto una norma. Es el caso de los procedimientos técnicos del COES. Este comité, en el ejercicio de otra de sus funciones públicas, elabora y remite su propuesta de procedimiento a Osinergmin y, luego de una ronda de observaciones y

subsanaciones, el regulador emite una resolución de su consejo directivo aprobando el procedimiento, previa publicación del proyecto normativo para recepción de comentarios por parte de los interesados.

Por todo lo visto, podemos afirmar que los criterios de generalidad y ordinamental no son suficientes para categorizar al plan de transmisión como un acto administrativo o una norma. Tampoco es suficiente que su aprobación se realice siguiendo un procedimiento administrativo. Sin embargo, el criterio consuntivo más la definición de acto administrativo sí nos ayudan a clasificarlo como un acto administrativo, siendo esta la posición por la que nos inclinamos en el presente trabajo.

Cabe mencionar el caso del plan de inversiones en transmisión que es el otro plan aprobado por el Estado. Sobre este no cabe duda de que se trata de un acto administrativo, puesto que es aprobado siguiendo un procedimiento regulatorio regido por la Ley N° 27838, el cual permite que las resoluciones del consejo directivo de Osinergmin con las que se aprueban, puedan ser impugnadas en sede administrativa e incluso ser materia de procesos contencioso administrativos. En el plan de inversiones en transmisión, Osinergmin realiza la actividad de planeamiento de la expansión de la transmisión eléctrica, al igual que lo hace el COES con el plan de transmisión, pero a diferencia de este último, se asignan proyectos a determinados concesionarios de transmisión quienes deberán ejecutarlos obligatoriamente dentro del periodo regulatorio para el que se aprueban.

Dicho lo anterior, bajo nuestra interpretación, el plan de transmisión, en la parte en que aprueba los proyectos vinculantes es un acto administrativo, sujeto a un procedimiento para su aprobación, donde el Minem no tiene discrecionalidad para aprobar algo sin la opinión previa de Osinergmin y el COES; e incluso no puede

realizar cambios a la propuesta final del plan, sin antes dar transparencia a su actuación, con la publicación de la versión preliminar del plan, la recepción de comentarios y observaciones de los interesados y la realización de una audiencia pública.

Por su lado, el documento denominado “plan de transmisión”, así como el resumen del mismo y los informes y cálculos realizados no son actos administrativos ni normativos. Constituyen lo que se conoce como plan administrativo, el cual, a entender de Vaquer (2024), es “un tipo de actuación administrativa que tiene por objeto el diagnóstico de una realidad compleja y la determinación de objetivos, criterios y medios para su transformación en un periodo de tiempo” (p. 458). En cuanto al plazo para que los interesados manifiesten su interés en ejecutar y operar los proyectos vinculantes, podemos afirmar que esta disposición sí tiene naturaleza normativa, toda vez que es una repetición de lo establecido en el Reglamento de Transmisión.

Siendo un acto administrativo, la resolución ministerial que aprueba el plan de transmisión, en el extremo que determina los proyectos vinculantes, es susceptible de ser impugnada únicamente mediante el recurso de reconsideración, habida cuenta de que el ministro no cuenta con superior jerárquico dentro del ministerio, y revisable en sede judicial a través de la interposición de una demanda contencioso-administrativa.

En ese mismo sentido y de forma adicional nos preguntamos si aplica la figura de la revocatoria del acto administrativo en el caso del plan de transmisión, en el extremo que determina los proyectos vinculantes. Sobre este particular, sabemos que la ley permite la revocatoria de los actos administrativos con efectos a futuro, en determinados casos, excepto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Legislativamente, la revocatoria aplica en los casos en los que [1] ha sido establecida en una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos allí establecidos, [2] cuando sobreviene la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada, [3] cuando sobrevienen elementos de juicio que favorezcan a los destinatarios del acto que no perjudiquen a terceros, y [4] cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2019).

En las normas de rango legal que regulan la aprobación del plan de transmisión no existe disposición alguna sobre la posibilidad de revocar el acto administrativo por lo que no se cumple el primer supuesto, no obstante, en el Reglamento de Transmisión se ha establecido la posibilidad de su modificación de forma excepcional durante su vigencia, cuando exista la necesidad de incluir un nuevo proyecto vinculante como consecuencia del retiro de uno o más proyectos vinculantes.

En el citado reglamento se especifica que el Minem se encuentra facultado para retirar cualquier proyecto del plan cuando por una causa no técnica sobreviniente se hace inviable su ejecución, lo cual debe estar sustentado en la opinión previa del COES, situación que podría estar inmersa en los supuestos segundo y tercero de la revocatoria del acto administrativo. Por tanto, estas disposiciones deben interpretarse de forma concordada con el Reglamento de Transmisión, de tal manera que no está permitido revocar todo el acto administrativo, sino únicamente una parte, mediante el retiro de proyectos vinculantes y su reemplazo por otro.

En efecto, si el plan de transmisión incluye un proyecto que no podrá ser ejecutado, esto es una situación desfavorable para los agentes y usuarios del sector eléctrico, por lo que la aprobación de un nuevo proyecto vinculante y viable debidamente sustentado siempre será una situación favorable para todos los destinatarios del plan de transmisión y no perjudica a terceros. Asimismo, la imposibilidad de ejecutar un proyecto aprobado también podría implicar la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la su aprobación.

Por último, si bien el reglamento no ha establecido disposiciones sobre el cuarto supuesto, resulta evidente que, si un proyecto vinculante ha sido aprobado en contravención a las disposiciones técnicas normativas, constituiría un acto contrario al ordenamiento jurídico y por ende pasible de ser revocado, además de anulable, a pedido de parte en un recurso de reconsideración o de oficio, por parte del Minem.

Remitiéndonos al derecho comparado, conviene hacer referencia a lo que ha sostenido la doctrina de Chile, país que tiene un mercado eléctrico regulado de forma muy similar a Perú, donde, respecto a la naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión eléctrica, Mardones, sin analizar si se trata de un acto reglamentario, nos dice que la planificación de la transmisión se trata de una relación jurídico-administrativa que constituye un acto administrativo unilateral del Estado (Mardones, 2019, pp. 225-226) descartando la existencia de prestaciones mutuas entre el Estado y los privados que ejecutan las obras. Por último, si bien adoptamos la posición de que el plan de transmisión, en el extremo en que aprueba los proyectos vinculantes, constituye un acto administrativo, conviene mencionar que esta posición no está expresamente recogida en el Reglamento de Transmisión, en cuyo artículo 17 se señala el procedimiento de aprobación del plan. En este reglamento se establece que a más tardar el 31 de diciembre el Minem debe publicar la resolución ministerial que aprueba el plan conjuntamente con sus informes y cálculos de sustento, así como de

un resumen, y, seguidamente, se dictan disposiciones sobre la exclusión de proyectos o la modificación del plan, pero no se dice nada sobre la posibilidad de impugnación.

Desde el punto de vista de una interpretación integrada de las normas jurídicas, consideramos que no es necesaria tal precisión, ya que el Reglamento de Transmisión debe interpretarse de forma concordada con el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, donde ya se encuentra prevista la figura de los recursos administrativos como mecanismo para que los administrados impugnen los actos administrativos. Sin perjuicio de lo indicado, y en aras de dar mayor transparencia al procedimiento de aprobación del plan de transmisión, proponemos la siguiente fórmula en el Reglamento de Transmisión:

17.5 Recibida la opinión de Osinergmin, el Ministerio, a más tardar el 31 de diciembre, publicará la Resolución Ministerial que aprueba el Plan de Transmisión. Dicha resolución es susceptible de ser recurrida a través del recurso de reconsideración conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...)

IV. CONCLUSIONES

La actividad de transmisión eléctrica constituye un servicio público, por lo que el Estado ejerce control, no solo mediante la fijación tarifaria y regulación del acceso al mercado, sino con la planificación, a través del plan de transmisión que contiene, además de los documentos asociados al estudio de planificación, una relación de proyectos vinculantes que deben ser ejecutados en un periodo dado, para mantener el suministro eléctrico en condiciones de seguridad, continuidad y eficiencia. La planificación de la expansión eléctrica se realiza mediante un procedimiento centralizado en el Estado, con la participación de los privados en las diversas etapas, las cuales garantizan la transparencia y publicidad de los actuados.

Un plan no tiene una naturaleza jurídica definida, pues en su contenido puede tener disposiciones administrativas, normativas o una combinación de estas. Por ello, el hecho que el plan de transmisión sea aprobado con resolución ministerial no lo convierte en un acto administrativo, ya que con las resoluciones ministeriales también se aprueban normas, actos de administración interna y documentos de gestión. Así, se requiere revisar las disposiciones sectoriales y los criterios utilizados por la doctrina para determinar la naturaleza jurídica del plan.

El criterio de generalidad no es suficiente para determinar que el plan de transmisión sea un acto administrativo, pues hay actos administrativos generales con pluralidad de destinatarios y actos normativos aplicables a casos concretos. En efecto, el plan está dirigido a un conjunto de destinatarios de forma general.

El criterio de ordinamental tampoco basta, ya que si bien el plan de transmisión es un acto ordenado que deriva otras normas, también de él derivan actos administrativos para que sea cumplido, tales como la aprobación de la base tarifaria por parte de Osinergmin y los que se emitan dentro del proceso de licitación para adjudicar los proyectos aprobado.

Por su parte, el criterio consuntivo sí ubica al plan de transmisión en la categoría de acto administrativo, pues este se agota con la ejecución de los proyectos aprobados, y para incorporar nuevos proyectos debe esperarse a la actualización. Asimismo, el hecho que el plan de transmisión no pueda ser derogado en cualquier momento, como sí ocurre con los reglamentos, y que para su modificación tenga que seguirse un proceso regulado, refuerza la tesis de que es un acto administrativo. La posición que adoptamos en el presente trabajo es precisamente que el plan de transmisión, en el extremo en que determina los proyectos de transmisión vinculantes, constituye un acto administrativo.

Que la aprobación del plan de transmisión se produzca como consecuencia de un procedimiento administrativo, donde participan el Minem, Osinergmin y el COES, con la posibilidad de intervención adicional de los agentes interesados, no es concluyente para categorizarlo como un acto administrativo, toda vez que, como consecuencia de un procedimiento administrativo, también se pueden aprobar normas. No obstante, el plan de transmisión se enmarca en la definición de acto administrativo: es una declaración del Minem en ejercicio de la facultad conferida en la Ley N° 28832, que produce efectos jurídicos sobre los intereses de los agentes de transmisión eléctrica en una situación de planificación estatal.

El plan de transmisión es un acto administrativo, únicamente en el extremo en que se determinan los proyectos vinculantes. Todos los demás extremos, referidos a los estudios de planificación, así como los informes, cálculos y resumen constituyen una declaración de la administración sin efectos jurídicos que pueden considerarse documentos de gestión. El plazo que se da a los interesados para que manifiesten su interés de ejecutar los proyectos vinculantes tiene naturaleza normativa, pues repite lo establecido en el Reglamento de Transmisión.

Dado que es un acto administrativo, la resolución ministerial que aprueba los proyectos vinculantes del plan de transmisión solo puede ser impugnada con el recurso de reconsideración al ser el ministro la máxima instancia del Minem, o envía judicial a través del proceso contencioso administrativo. Del mismo modo, se encuentra sujeto a la revocatoria del acto administrativo, en los supuestos referidos a cuando sobreviene las condiciones exigidas para su emisión o elementos que favorecen al destinatario del acto y no perjudican a terceros.

Finalmente, si bien concluimos que no es necesario establecer expresamente la posibilidad de que los administrados puedan impugnar el plan de transmisión en vía

administrativa, pues aplica de manera concordada la Ley del Procedimiento Administrativo General donde ya está prevista tal posibilidad, en aras de dotar mayor transparencia al proceso de aprobación del plan proponemos precisar en el Reglamento de Transmisión que la aprobación del plan está sujeta a impugnación mediante el recurso de reconsideración.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

Ariño Ortiz, Gaspar (2001). Principios de derecho público económico. Segunda edición. Comares.

Baca Oneto, V. y Abruña Puyol, A. (2010). El reglamento, ¿acto administrativo en el derecho peruano? *Revista de Derecho* Volumen 11. Universidad de Piura. Disponible en: <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1529/1252>

Bitu, R. y Born P. (1993). *Tarifas de energía eléctrica: aspectos conceptuales y metodológicos*. Documento elaborado por la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE).

Dammert Lira, A., Molinelli Aristondo, F. y Carbajal Navarro, M. (2011). *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano. Publicación realizada por Osinergmin*. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/607310/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Peruano.pdf.

Danós Ordoñez, J. (2009). El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano. *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho*. Editorial Idemsa.

- Díaz Villanueva, E. R. (2021). Implicancias jurídicas de la naturaleza jurídica de la energía eléctrica. *Revista Enerlac*. Volumen V. Número 2. Diciembre, 2021 (116 - 132). Disponible en: <https://enerlac.olade.org/index.php/ENERLAC/article/view/160>.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón (1981). *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de derecho administrativo, tomo 2: la defensa del usuario y del administrado*. Octava edición. Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (1974). Aspectos jurídicos del plan. *Revista de Derecho Público* N° 16(111-119).
- Guzmán Napurí, C. (2012). Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. *Revista de Derecho Administrativo* N° 11. Círculo de Derecho Administrativo.
- Hunt, S. y Shuttleworth, G. (1999). *Competition and choice in electricity*. John Wiley & Sons Ltd.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico*. PUCP.
- Lariviere, J. y LYU, X. (2022). Restricciones de transmisión, energías renovables intermitentes y bienestar. *Journal of Environmental Economics and Management*, Elsevier, vol. 112 March 2022. Disponible en: <http://www.jacoblariviere.com/papers/TCLs.pdf>.
- Mardones Osorio, M. (2019). Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión. *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 31 (205-229). Universidad Católica de Chile.

Martín-Retortillo, Lorenzo. Actos administrativos generales y reglamentos. En: *Revista de administración pública*, año 1963, número 40 (225-250).

Meilán Gil, José Luis (2017). El carácter estructural de la norma y el acto administrativo. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVIII número 268 (567-594).

Morón Urbina, J. (2021). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 16 edición*. Gaceta Jurídica.

Noumba Um, P.; Guille L.; Simon, L. y Christophe R. (2003). *A Model for Calculating Interconnection Costs in Telecommunications*. World Bank. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/99340146877995571/pdf/A-model-for-calculating-interconnection-costs-in-telecommunications.pdf>.

Pistonesi Castello, H. (2023). Elementos de teoría económica de la regulación. Aplicación a las industrias energéticas. *Ensayos de Economía*. Universidad Nacional de Colombia.

Rhein Schirato, V. (2010). Legitimidad procesal y tipos de Proceso Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* 9 (187-205). Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13713>.

Salvaterra Combina, R. (2009). Los contratos de concesión en el sector eléctrico. *Círculo de Derecho Administrativo*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14030>.

Santivañez, R. (1998). Mercado Eléctrico Peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios. *Revista Themis* N° 37. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11699>.

Vergara Blanco, A. (2004). *Derecho eléctrico*. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile.

Vergara Blanco, A. (1994). La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Proposiciones concretas de cambios legislativos. *Revista chilena de derecho* Volumen 21, N° 03 (sept.-dic. 1994).

1. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Decreto Ley N° 25844. Ley de Concesiones Eléctricas. 19 de noviembre de 1992. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Decreto Supremo N° 009-93-EM. Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. 25 de febrero de 1993. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Resolución Ministerial N° 143-2001-EM-VME. Glosario de Abreviaturas y Definiciones Utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES-SINAC. 31 de marzo de 2001. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 007-2002-AI/TC que se reconoce que los gobiernos locales tienen una capacidad para regirse mediante normas y actos de gobierno que se extiende a todas las competencias que constitucionalmente le han sido atribuidas (27/08/2003). Alva Orlandini, J.; Bardelli Lartirigoyen, J.; Rey Terry, G.; Aguirre Roca, M.; Revoredo Marsano, D.;

Gonzales Ojeda, M. y García Toma, V. Disponible en:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2002-AI.html>

Ley N° 28749. Ley General de Electrificación Rural. 1 de junio de 2006. Disponible en:
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Ley N° 28832. Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica. 23 de julio de 2006. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Decreto Supremo N° 027-2007-EM. Reglamento de Transmisión. 17 de mayo de 2007. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. 20 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Decreto Legislativo N° 1002. Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables. 2 de mayo de 2008. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Resolución Ministerial N°129-2009-MEM-DM. Norma “Criterios y metodología para la elaboración del plan de transmisión”. 7 de marzo de 2009. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Resolución Ministerial N.º 0214-2011-MEM-DM. Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011). 5 de mayo de 2011. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Decreto Legislativo N° 1208. Decreto Legislativo que promueve el desarrollo de Planes de Inversión en las empresas distribuidoras bajo el ámbito de FONAFE y su

financiamiento. 23 de septiembre de 2015. Disponible en:
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Ley N° 30705. Ley de organización y funciones del Ministerio de Energía y Minas. 21 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019. Disponible en:
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Decreto Supremo N° 063-2021-PCM. Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 3 de abril de 2021. Disponible en:
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav/resultado>.

Por:

Alejandro Ferreira Marino *

Verónica Pereira Fantoni **

*SOBRE LOS MÉTODOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO: CONTRIBUCIÓN
SUESTUDIO DESDE EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO URUGUAYO*

Resumen

Las diversas situaciones multinacionales, es decir, aquellas relaciones privadas con elementos extranjeros susceptibles de regulación por el Derecho Internacional Privado pueden abordarse mediante diferentes técnicas y métodos, conforme a las soluciones justas que el legislador considera adecuadas para cada caso particular. En nuestra disciplina, este tema se conoce como "la cuestión de los métodos". La presente investigación se propone realizar un análisis detallado de los tres principales métodos de resolución en el ámbito del Derecho Internacional Privado, con especial enfoque en el marco jurídico uruguayo. En Uruguay, la mayoría de las disposiciones siguen el método conflictual en su forma bilateral, tal como se establece en los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y en diversas convenciones interamericanas. Sin embargo, con la promulgación de la Ley 19.920, se introduce una renovación metodológica significativa en el tratamiento de los casos multinacionales, incorporando normas de aplicación inmediata o necesarias y adoptando criterios unilaterales. Así, se hace indispensable un estudio de la cuestión de los métodos a la luz de esta nueva normativa, que representa un avance en la aproximación uruguaya a las relaciones privadas internacionales.

* Licenciado en Relaciones Internacionales, por la Universidad de la República y Profesor Adscrito en Derecho Internacional Público. Maestrando en estudios latinoamericanos, por la Universidad Complutense de Madrid y la facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Docente de diversas áreas en la Universidad del Trabajo del Uruguay y referente nacional de Ceremonial y Protocolo de la institución recién referida. Autor de diversos artículos sobre Derecho Internacional Privado y Público, con énfasis en jurisdicción directa e indirecta, arbitraje y derecho de la guerra.
<https://orcid.org/0000-0001-5318-5334>

** Licenciada en Relaciones Internacionales, por la Universidad de la República y Aspirante a Profesor Adscrito en Derecho Internacional Público por la misma casa de estudios. Cuenta con un Postgrado de especialización en Marketing y una maestría en Dirección de Empresas con énfasis en Marketing, realizadas en la Universidad Católica del Uruguay, Damaso Antonio Larrañaga.

Abstract

The various multinational situations, i.e., those private relationships with foreign elements susceptible to regulation by Private International Law, can be dealt with by means of different techniques and methods, according to the fair solutions that the legislator considers appropriate for each particular case. In our discipline, this issue is known as “the question of methods”. The present research aims to carry out a detailed analysis of the three main methods of resolution in the field of Private International Law, with a special focus on the Uruguayan legal framework. In Uruguay, most of the provisions follow the conflict method in its bilateral form, as established in the Montevideo treaties of 1889 and 1940 and in various inter-American conventions. However, with the enactment of Law 19.920, a significant methodological renewal is introduced in the treatment of multinational cases, incorporating rules of immediate or necessary application and adopting unilateral criteria. Thus, a study of the question of methods in the light of this new regulation, which represents an advance in the Uruguayan approach to international private relations, is indispensable.

Palabras clave: Territorialismo, Normas de aplicación inmediata o necesaria, Conflictualismo bilateral, unilateral, lex fori

Keywords: Territorialism, Rules of immediate or necessary application, Bilateral conflictualism, unilateral, lex fori

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. TERRITORIALISMO Y NORMAS DE APLICACIÓN INMEDIATA. 1. LA NORMA DE APLICACIÓN INMEDIATA O NECESARIA COMO EXPRESIÓN POSITIVA DEL TERRITORIALISMO. 2. NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA EN LA LEY 19.920. 3. CONSECUENCIAS DE APLICAR EL SISTEMA DE NORMAS IMPERATIVAS. **III. NORMAS MATERIALES. IV. CONFLICTUALISMO Y NORMA FORMAL O INDIRECTA.** 1. EL GIRO COPERNICANO. 2. MÉTODO CONFLICTUAL. A) Lex Fori. B) Bilateralismo. C) Unilateralismo. 3. NORMA DE CONFLICTO. A) Obligatoriedad del sistema conflictual. B) Eliminación de conexiones discriminatorias. C) Sistemas rígidos o flexibles. **V. CRÍTICAS AL MODELO CONFLICTUAL. VI. LA NECESIDAD DE UN MÉTODO PLURALISTA O TRIPARTITO. VII. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional privado (DIPr) tiene por objeto, desde una concepción conflictualista, ofrecer soluciones de ley aplicable y juez competente a las relaciones jurídicas, privadas e internacionales. Ahora bien, el abordaje de las diferentes dimensiones de este caso multinacional¹ no ha permanecido estáticas. Antes del nacimiento de la disciplina, teníamos la primacía de las concepciones territoriales, que negaban las relaciones jurídicas creadas fuera de las tribus, pues estas se fundamentaban en deidades que no eran las localmente aceptadas. Ahora bien, es con Roma donde aparecen las primeras regulaciones, sobre todo la *profesio iuris*, de carácter material, aunque desde el siglo XII hasta la segunda mitad del siglo XX la corriente hegemónica ha sido, primero la doctrina estatutaria, y luego el conflictualismo, en sus diversas facetas y formas. En las siguientes páginas, siguiendo la evolución histórica de la disciplina, presentaremos el análisis particular de los diversos tipos de metodologías de construcción normativa existentes.

II. TERRITORIALISMO Y NORMAS DE APLICACIÓN INMEDIATA

Las normas de policía, reglas de aplicación inmediata, estatutos primordiales o reglas condicionantes, son normas que no solo niegan la propia continuidad jurídica de las relaciones; sino que impiden que se subsuma al caso privado internacional a las normas de conflicto, en virtud de la defensa de principios concretos pero fundamentales del Estado en materia social u económica². Esta concepción hunde sus

¹ “El caso *iusprivatista* multinacional es aquel en el que los hechos que lo configuran aparecen conectados por circunstancias objetivas con el territorio de dos o más Estados nacionales. Estas circunstancias multinacionalizadoras pueden estar relacionadas con los sujetos del caso (personales) como, por ejemplo, la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual, la simple residencia y deben estar localizadas en distintos países” (Uzal, 2017, p. 8).

² El auge de este tipo de normas, en palabras de Juenger, se da con el nacimiento del Estado de bienestar y la constante intervención del Estado en las diversas facetas de la vida cotidiana.

raíces en una visión absoluta de la soberanía³, pues se entendía que las leyes y sentencias son una proyección soberana y, por tanto, al hablar de conflicto de leyes nos referíamos a un conflicto de soberanías. Basado en dos conceptos fácticos, a saber: 1) los derechos de los Estado territoriales⁴ (surgidos durante la imposición del principio Dinástico a partir de la Paz de Westfalia) y 2) la estatización del derecho⁵. La doctrina nacional e internacional ha entendido que esta visión territorial se basa en los siguientes supuestos, a saber:

- Dentro de sus fronteras nacionales los Estados tienen la vocación exclusiva para dirimir los conflictos entre particulares, ya sea de naturaleza personal o real, conforme a sus leyes.
- Los jueces, que conocen todo su ordenamiento jurídico a priori, “están obligados a aplicar la ley de la autoridad de la que deriva sus poderes; es sólo con su acuerdo que puede, si es necesario, actuar de otra manera” (Audit, 2001, p. 163).
- Las leyes son creadas teniendo en cuenta diversos factores: 1) una base sociopolítica que entiende la necesidad de regular el tema en cuestión, bajo las

³ Para la cual “cada Estado afirma la autoridad todopoderosa del poder estatal en lo interior, al par que [reafirma] su independencia absoluta en lo exterior y deduciendo la consecuencia resultante de que 1) cada Estado puede exigir que en su territorio solamente se aplique su propia Ley” y que “ningún Estado puede exigir la aplicación de las leyes propias más allá de sus fronteras” (Alfonsín, 1940, p. 27).

⁴ “Los Estados modernos y asentados en territorios determinados” (Alfonsín, 1955, p. 15) impusieron un único estatuto aplicable a todo el Territorio y por lo tanto “en consecuencia, las sociedades nacionales organizadas en Estados tienen límites territoriales señalados [por fronteras], dentro de los cuales el derecho de cada una de esas posee vigencia territorial” (1955, p. 15).

⁵ “Cada Estado, cumpliendo una función primordial produce su derecho positivo. En este hecho (...) se fundaron por equivocación dos falsas afirmaciones. Primera, que el derecho es siempre obra del Estado y segunda que en un Estado solo” (1955, 16) existe ese Estado.

condiciones, formas y requisitos en que se hace; y 2) una vocación de que esas normas sean aplicadas en el ámbito geográfico del Estado.

No obstante, no debe entenderse a esta concepción. Como una exclusión totalizadora del Derecho extranjero, y la aplicación absoluta de la *lex fori*, como pasaba antes de la Edad Media, pues los enfoques territorialistas, como el británico o norteamericano, con una concepción más práctica que teórica, postularon la aceptación de relaciones jurídicas fundadas en el extranjero mediante diversas teorías, como ser la incorporación, recreación, derechos adquiridos, etc. En un mismo sentido, Audit argumenta que la construcción *iusprivatista* territorial supone en esencia una visión de que *a priori* debe aplicar la *lex fori*, salvó que existan “una buena razón para dar efecto a una ley extranjera, en base al fuerte lazo que exista entre el caso y dicha norma” (2011, p. 190) sobre todo en lo que atañe ámbito personal.

Los países latinos, herederos del *civil law* y la tradición *iusprivatista* española, han elaborado una aproximación diferente al caso multinacional, pues al partir de la base de que los jueces deben aplicar el Derecho extranjero tal cual lo harían las autoridades judiciales de donde proviene la norma, se configura una construcción normativa conflictual bilateral, que sitúa el lugar de asiento de dicho caso. No obstante, esta aplicación no es absoluta, pues está supeditada a que no vulnere los valores sustantivos del Estado (OPI), disponga institutos o procedimientos desconocidos (institución desconocida) o se configure de manera fraudulenta (fraude a la ley).

A su vez, para la salvaguarda de la *ratio legis*, los Estados están capacitados a coartar la aplicación del DIPr para ciertos casos, aplicando de forma apriorística y obligatoria la *lex fori*, y otorgando competencia exclusiva a los tribunales nacionales.

1. LA NORMA DE APLICACIÓN INMEDIATA O NECESARIA COMO EXPRESIÓN POSITIVA DEL TERRITORIALISMO

Si bien la concepción territorial (en el sentido clásico) hunde sus raíces en las profundidades de la historia, es con Savigny que observamos un marco teórico en este sentido. Pues entendía que uno de los límites a la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto⁶ bilateral era la *streng positiver, zwingeder Natur* o normas de naturaleza imperativa. “Que deben aplicarse a pesar de las conexiones de la relación jurídica con diversos ordenamientos y su eventual localización en un Estado extranjero” (Parra Aranguren, 1979, p. 122). O sea, como esgrime María Elsa Uzal (2017):

“la norma de conflicto elige indeterminadamente y de modo neutral el derecho aplicable al caso, que puede ser nacional o un derecho extranjero. La norma material proyecta una solución directa o sustancial. En cambio, la norma de policía autoelige para resolver el caso *iusprivatista* multinacional descripto en el tipo legal, el derecho nacional del propio sistema al que pertenece y, a la vez, autolimita⁷, exclusivamente, la aplicabilidad de ese derecho nacional al respecto del caso multi nacional descripto o captado en el tipo de la norma” (p. 45).

⁶ “La norma de conflicto es aquella norma de DIPr que localiza a la situación privada internacional en un concreto Estado, Estado cuyo ordenamiento jurídico debe regular dicha situación privada internacional” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 198).

⁷ “Esa autolimitación se produce mediante la exclusiva y precisa referencia a circunstancias que vinculan el caso al territorio del propio Estado y son esos contactos, precisos y circunstanciados, los que permiten identificar las razones o los intereses superiores, de orden social, político, económico, que justifican esa autoelección del derecho nacional propio y el apartamiento de la elección de la norma general de conflicto.” (Uzal, 2017 p. 45).

Este tipo de normas, por lo menos en los albores de su gestación, eran asimiladas al orden público, que también estaba en *ius status nascendi*, o posteriormente orden público internacional (OPI). Aunque destaca un hecho central, y es que su parámetro siempre fue el desplazamiento del derecho extranjero y la aplicación de la *lex fori* en base a principios fundamentales del juez que entendía la causa. Uno de los primeros autores en bifurcar este análisis fue Pillet, y posteriormente seguirán esta línea Valery, entre otros. Los postulados sobre los que parten estos autores son que, para la resolución del caso privado internacional, si bien el principio es la aplicación del derecho extranjero, se erige un tipo de normas consideradas generales y territoriales, las cuales se clasifican en:

- *lois d'ordre public personnel ou national* (normas de orden público personal o nacional) que sólo son obligatorias para los ciudadanos, aunque se encuentren en el extranjero;
- *lois d'ordre public territorial* (normas de orden público territorial) que rigen a todas las personas dentro del territorio, pero sin pretender una aplicación extraterritorial;
- *lois d'ordre public personnel et territorial* (normas de orden público personal y territorial) que rigen a todas las personas dentro del territorio y a los ciudadanos nacionales en el extranjero y;
- *lois d'ordre public absolu* (normas de orden público absoluto) que deben ser obedecidas por todas las personas en el territorio y en el extranjero, ya que su violación, sea cual sea que se produzca o por quién se cometa, representa una gran ofensa al Estado o a los principios morales y jurídicos que son fundamentales para su organización (Parra Aranguren, 1979, p. 126).

En definitiva, este tipo de reglas se caracterizan por ser normas “de derecho interno sustantivo que prevén su propia aplicación sin haber sido seleccionadas por la norma de elección de ley” (Guedj, 1991, p. 665). No estamos ante una regla, sino ante una categoría jurídica de excepción ante la existencia de políticas legislativas (sociales, económicas) del Estado.

A nivel jurisprudencial se ha entendido que las normas territorialista, de policía o aplicación necesaria o inmediata son “disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado” (STJCE 23 nov 1999 C- 369/96 C-376/96 Op. Cit. Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 195). Puesto que:

“se tratan de normas materiales o sustantivas, de origen nacional, unilaterales, que tienen una fuerza o una imperatividad tan agobiante, que deben aplicarse inmediatamente, sin analizar dos puntos: si el caso privado es nacional o internacional, y si existe o no para la mencionada categoría, una regla de conflicto de leyes, en tanto que las leyes de policía paralizan e juego de la regla de conflicto⁸. (Boll, 1960 como se cita en Santos, 2021 p. 320).

En el orden jurídico uruguayo, hasta la aprobación de la Ley General de DIPr (19.920) no teníamos la consagración expresa de este instituto, no obstante, podíamos evidenciar algunas normas que coartaban la continuidad jurídica de las relaciones privadas internacionales *a priori*, como ser el art. 19 parágrafo segundo del Código de

⁸ En un mismo sentido argumentativo estas normas “se reconocen por su objeto, son normas imperativas y de aplicación necesaria, que impiden toda intervención del derecho extranjero siendo, justamente ésta, su principal característica, que son aplicadas con exclusión de toda otra norma, basando su imperatividad en el objeto de su regulación” (RUDIP, 2019, p. 332).

Minería (aprobado por la Ley 15.242⁹). Esto significa que cualquier relación jurídica que otorgue derechos mineros no puede ser sometida a las normas de conflicto de nuestro DIPr supranacional o nacional, sino que es subsumible, apriorísticamente a las normas nacionales y los tribunales de la república. Por eso estamos en condiciones de afirmar que esta es una norma de aplicación inmediata formal en virtud de que “el legislador le atribuyó un ámbito de competencia” (Santos, 2021, p. 322) jerárquicamente superior al de la norma de conflicto.

A su vez, amplios sectores de la doctrina, en especial Ronald Herbert, han sostenido que el art. 6 de la Ley 10.783, en el cual se legisló la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar, por su mera voluntad, la disolución del vínculo conyugal. En virtud de esto “nuestro derecho reconocería a cualquiera de los cónyuges, especialmente a la mujer, cuya protección e igualdad es objetivo de la ley, el derecho a pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal” (Herbert, 1988, Op. Cit. Fresnedo, 2013, p. 292) con un efecto territorial, aunque esta posición fue rechazada por la jurisprudencia¹⁰.

A nivel convencional lo podemos ver reflejado en la CIDIP sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (art. 11) y el Protocolo a la CIDIP sobre recepción en el extranjero (art. 15).

⁹ “La actividad minera, cualquiera sea su modalidad, y todas las controversias, reclamaciones y peticiones, referidas a la misma, quedan sujetas, sin excepción alguna, a la legislación y jurisdicción de la República Oriental del Uruguay. Todo pacto o convenio en contrario es nulo. Esta disposición es de orden público y será incluida obligatoriamente en todos los contratos que otorguen derechos mineros”.

¹⁰ Art. 11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Algunos sectores de la doctrina sostienen que el art. 198 de la Ley N° 16.060 establece una norma de aplicación inmediata o norma de policía. No compartimos dicha interpretación. A nuestro entender, el art. 198 no configura una auténtica norma de policía, sino que opera como una excepción al principio de aplicación del derecho extranjero, basada en la existencia de un fraude a la ley.

En efecto, su finalidad es impedir que el punto de conexión sea manipulado de manera artificiosa con el propósito de eludir la norma material que resultaría aplicable en condiciones normales, frustrando así los fines del ordenamiento jurídico.

2. *NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA EN LA LEY 19.920*

Estamos ante una de las innovaciones más sobresalientes de la LGDIPr, en vista de que en el art. 6 que corresponde al Capítulo I denominado normas generales, incluyó por vez primera la existencia del instituto, en los siguientes términos:

“Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas¹¹, no serán sometidas a las normas de conflicto. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.

Del análisis preliminar del artículo se desprende, primariamente, que es el Estado quien ostenta la potestad exclusiva para determinar el derecho material aplicable a las relaciones jurídicas privadas de carácter internacional. Esta facultad se materializa mediante la configuración del sistema conflictual y la delimitación de su

¹¹ Esto es importante, puesto que “las leyes de policía protegen el modelo económico, social y político del Estado. Defienden intereses públicos y generales” siendo por lo tanto “un conjunto de normas jurídicas con carga políticas y próximas al derecho público” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 196).

ámbito de aplicación, cuya extensión queda igualmente supeditada a la voluntad soberana estatal. En segundo lugar, el artículo objeto de análisis, hace referencia expresa a las “relaciones jurídicas internacionales” sin establecer distinción alguna entre aquellas contempladas en la presente Ley o en otras fuentes autónomas y las que no lo están, lo que permite inferir que su aplicabilidad se extiende también a supuestos para los cuales existen Tratados internacionales vigentes. Como tercera consideración, el precepto establece que dichas relaciones deben encontrarse “reguladas o abarcadas por normas imperativas”, lo cual implica que no resulta necesario que la norma imperativa aluda explícitamente a la relación jurídica internacional (como ocurre en el art. 19 del Código de Minería), sino que es suficiente que la disposición normativa haga referencia a la materia o categoría jurídica que comprende dicha relación privada internacional.

Posteriormente, expresa como consecuencia que este tipo de casos *iusprivatistas* no serán sometidos al sistema conflictual, es decir, se les aplicará de forma preceptiva la *lex fori* sin importar cual sea la *Sitz* del caso multinacional. Cuando el juez tenga que discernir si esta ante la existencia de una norma imperativa, la cual supone que el derecho natural aplicable al caso multinacional es la *lex fori*, debe de disponer de elementos contundentes para realizar dicha calificación.

A nivel de derecho comparado se ha entendido que deben darse dos supuestos:

- 1) que la “política subyacente debe considerarse esencial para la sociedad” (Guedj, 1991, p. 666) debiéndose reflejar en la legislación; y
- 2) [L]a no aplicación de la regla en cuanto a los hechos que pretende cubrir no debe representar simplemente un obstáculo para el avance de la política. Sino que, en caso de aplicarse la regla de conflicto, la política subyacente se vería gravemente afectada. (Guedj ,1991, p. 666)

La determinación de este proceso de fijación de las políticas debe tenerse en cuenta por el mandato de la ley, y es que estas se refieran a políticas sociales y económicas. Con lo cual, ya “no se trata ni de una configuración basada exclusivamente en la soberanía, como ocurrió en el sistema jurídico implantado en el país durante los siglos XIX y XX; ni tampoco una ordenación basada sobre unos intereses privados” (Santos, 2021, p. 325).

Ahora bien, ¿cuáles serían ejemplos de estas políticas económicas y sociales¹²? Esta pregunta tiene profundos raíces, dado que toda norma trae implícita una política subyacente, una voluntad legislativa o *ratio legis*. Debemos determinar cuales tienen una fuerza de atracción tan potente como para desplazar a todo el sistema conflictual. La mayoría de los estados en Occidente poseen lineamientos marcados y diferenciados en torno a sus sistemas económicos y sociales. Más allá de las vicisitudes electoralistas y propagandísticas, muchas veces inciertas. Entendemos que este punto es crucial, y marca una de las falencias del sistema planteado por Savigny. Pues para él la determinación de estas normas estaba supeditada a la tan voluble “voluntad del legislador”, que salvó una manifestación a texto expreso, es difícilmente precisable.

Con respecto a nuestro país hay algunos vectores claros, los sucesivos gobiernos democráticos han manifestado una adhesión al sistema de economía liberal (libre entrada y salida de bienes y servicios, de competencia, acceso a la información homogéneo, respeto a la inversión promoción de la transparencia fiscal, etc.) y protección de las diversas facetas de la dimensión humana (de niños, niñas y adolescentes, ancianos, discapacitados, entre otras poblaciones vulnerables). El tema es, que tipo de relaciones privadas internacionales quedarían contenidas dentro de

¹² Coincidimos con Rubén Santos en el sentido de que considera “demasiado amplia la referencia a estas políticas. De hecho, su aplicación conduciría a que cualquier política social o económica que el país adopte, permitiría el desplazamiento de las reglas de conflicto consagradas” (2021, p. 327).

estas políticas. *A priori* podemos distinguir las siguientes (más allá de los art. 19 del Código de Minería y el art. 6 de la Ley N° 10.783):

- Protección de la ancianidad: Nuestro país ratificó (por Ley 19.430) el Convenio de la Haya sobre la protección internacional de los adultos, es de destacar el art. 20 de este convenio, en el cual se dispone que “el presente Capítulo no perjudicará las disposiciones de la ley del Estado donde la protección del adulto debe ser garantizada, cuya aplicación se imponga cualquier sea la ley que fuere de otro modo aplicable”. Por lo que, el sistema de protección de la ancianidad, cuando sea necesario, serán reguladas con exclusión del sistema conflictual.
- Planificación fiscal internacional: El profesor Dr. Lorenzo ha entendido que el art. 8 de la Ley 18.930 reviste la calidad de normas de aplicación inmediata o necesaria. “Esto significa que sus disposiciones sancionatorias se aplican a las sociedades constituidas en el extranjero que cumplan con las condiciones allí establecidas y que hemos enumerado, con total prescindencia del sistema de conflicto de leyes” (2017, p. 41).

Un elemento por sobre manera analizado por la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, es la posibilidad de que los jueces nacionales tengan que aplicar normas de aplicación inmediata o necesaria de terceros Estados. Sobre esto se entiende que dada “la estrecha interdependencia social, económica y política entre la cooperación moderna, que a su vez da cierto crédito a la afirmación de que el juez, al menos en algunos casos, debería aplicar reglas obligatorias de terceros Estados” (Guedj, 1991, p. 671).

Resulta más complejo es el debate de si el juez debe aplicar las normas de policía con las cuales el caso tenga un vínculo cercano. Pongamos un ejemplo, si en un contrato donde la LGDIPr permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad (art.

45) y las partes pactan derecho francés, *a priori* el juez uruguayo (elegido en virtud del art. 60) podría “tener en cuenta” las normas de policía francesas; ahora bien, si el objeto del contrato, el domicilio de las partes se encontrara en un tercer Estado ¿se podría hacer alusión a sus normas imperativas? En principio sí, porque el legislador faculta al juez a aplicar las normas imperativas “de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”, sin hacer alusión a que sea el Estado de la ley aplicable al caso privado internacional.

No estamos ante una posición hegemónica, de amplio recibo en la doctrina, pues en algunas legislaciones esta cuestión no ha sido prevista. Así pues, el art. 10 de la Ley de DIPr venezolana establece que: “No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”. Aquí se refiere a las normas imperativas venezolanas, sin hacer ninguna alusión otro derecho material aplicable vinculado al caso privado internacional en cuestión.

3. CONSECUENCIAS DE APLICAR EL SISTEMA DE NORMAS IMPERATIVAS

Cuando el juez califica que una relación privada con elemento extranjero se encuentra contenida por normas imperativas en virtud del art. 6 de la LGDIPr, deberá desplazar el sistema de normas de DIPr aplicables (ya sean de conflicto o materiales) y aplicar lo dispuesto por la *lex fori*. Como ha señalado la doctrina nacional esta decisión debe ser debidamente fundada y operar “solo en casos muy graves, donde su irrespeto pueda conducir a un importante desequilibrio social, económico o financiero” (Santos, 2021, p. 328). Su aplicación no tiene por objeto “invalidar o hacer caer” al caso multinacional; “su aplicación debes ser parcial, focalizada a aquellos

aspectos de los actos jurídicos privados que afecten la estructura del Estado” (2021, p. 328).

En la fase procesal tenemos que si el caso está alcanzado por estas normas, solo tienen competencia los tribunales patrios en virtud de los arts. 537 a 539 del CGP y el art. 61 de la LGDIPr. Por lo que se denegaría la continuidad jurídica de una sentencia proveniente en el extranjero que traiga consigo por objeto una cuestión “de jurisdicción exclusiva”.

III. NORMAS MATERIALES

Cuando abordamos al caso privado internacional, como ya hemos señalado, nos surge la problemática práctica, su subsunción a un ordenamiento jurídico que le proporcione una solución única y precisa. Miaja de la Muela (1963, p. 425-427) entiende que la búsqueda de esta solución bajo el método conflictual puede traer diversas problemáticas, alguna de ellas solucionadas por el propio sistema metodológico (como ser las excepciones a la aplicación del derecho extranjero). No obstante, suponer un exclusivismo metodológico reviste un profundo error. La adopción de otros métodos para la regulación de este tipo de relaciones jurídicas no instituye un desmantelamiento del sistema multilateral, puesto que este –como veremos infra– suele convivir en perfecta armonía con orientaciones teleológicas y axiológicas (1963). Aunque debemos recalcar que la búsqueda de ideales de justicia y la equidad del caso concreto pueden llegar a ser incompatibles con soluciones conflictuales estrictas y que no dispongan criterios mínimos de flexibilidad o maniobrabilidad para el operador del derecho.

El método sustancialista, materialista o privatista comienza a originarse a partir de la década de los cincuenta y sesenta del siglo XX, sobre todo en el marco del Derecho Comercial Internacional y la unificación de sus reglas, aunque hunde sus

raíces en la construcción *iusprivatista* de Roma. Se basa en el principio *ibi societas ibi jus* (donde hay sociedad hay derecho), entendiendo que las normas nacionales son insuficientes para regular las diferentes dimensiones de las relaciones jurídicas absoluta u objetivamente internacionales.

Este tipo de normas son las que “proporcionan una respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 193). Coincidimos con Dolinger en que no estamos ante la media, sino que la construcción materialista en el DIPr es de carácter excepcional, pues la amplia mayoría de soluciones normativas se afilian al método conflictual. La adopción de esta orientación metodológica supone, en esencia, hacer referencia a la concepción de teleología en la selección del derecho, planteada por Friedrich Juenger, para quien el DIPr debe proporcionar un derecho sustantivo aplicable al caso concreto. Su enfoque es sustancialista, judicial y exclusivista, en tanto que: a) conlleva la creación de soluciones materiales para el caso multinacional en detrimento de la distribución de competencias judiciales; b) es judicial porque el creador de estas soluciones sustantivas debe ser la autoridad jurisdiccional; c) el ámbito exclusivo radica en la exclusión de otras orientaciones metodológicas, como el conflictualismo o territorialismo (Symeonides, 2006, pp. XXXIX-XL).

Para dimensionar a cabalidad esta realidad, debemos partir de una “clasificación de las relaciones jurídicas”: Jitta, “desechó la comunidad jurídica de los Estados que había propuesto Savigny, y la reemplazó por la comunidad jurídica de los hombres” (Alfonsín, 1955, p. 145), pues la conciencia jurídica no proviene del Estado, sino de los individuos, quienes interactúan económica, comercial, social y culturalmente, sin distinción de fronteras o nacionalidades. A diferencia de Savigny, Jitta entiende que las relaciones jurídicas se distinguen en tres tipos, a saber:

- Relaciones jurídicas nacionales, que se rigen por el derecho nacional correspondiente.
- Relaciones relativamente internacionales: Un ejemplo puede ser una pareja que se casa en Italia, adquieren un inmueble bajo el régimen de bienes en dicho país y tienen un hijo. Esta es una situación absolutamente nacional, y cualquier controversia surgida (como el divorcio o la disolución del régimen de bienes) es resuelta por el juez italiano, aplicado su propia ley. Ahora bien, si esta pareja se muda al Uruguay, a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico, no estamos ante una relación nacional, sino extra-nacional, con elemento extranjero y por tanto regulada por nuestras normas de DIPr. Entonces, una relación es “relativamente internacional” cuando su calidad varía dependiendo del “Estado donde se presente la pretensión”.
- Relaciones absolutamente internacionales: Aquí estamos ante un nuevo estadio, y es que la relación jurídica, desde el momento de concebirse, adquiere notas de internacionalidad, sin importar el juez ante el cual se presente la pretensión. El caso más ejemplificante es el de la compraventa internacional de mercaderías, la cual presupone el traslado de bienes a través de fronteras, y por tanto un despliegue de diversas relaciones jurídicas transnacionales (el contrato de compraventa, seguros, transportes, etc.)¹³.

Razonar los grados de internacionalidad de las relaciones jurídicas es de vital importancia para entender por qué el legislador, nacional e internacional, elige utilizar normas materiales o de conflicto. En las relaciones jurídicas relativamente internacionales resulta obvio que la vocación regulatoria la tiene el Estado que la

¹³ Basado en Alfonsín, 1955, p. 148 y ss.

considera nacional, pues resulta normal que dichas reglas determinen su validez y eficacia. En los casos en que estamos ante relaciones absolutamente internacionales, el tema cambia, pues estamos ante relaciones pertenecientes a la sociedad internacional, y es ahí donde hay que elaborar normas materiales.

La elaboración de normas materiales o directas para regular las diversas dimensiones del caso privado internacional tiene varias funciones: 1) Determinar los factores de internacionalidad (art.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería; art. 1 de la Ley 19.636 y el art. 44 Ley 19.920); 2) Disponer el derecho competente al caso, sin hacer alusión a un “ordenamiento jurídico” nacional o extranjero y; 3) Determinar la configuración de algún conexión (como el domicilio) o ; 4) Disponer soluciones sustantivas tendientes a orientar materialmente la configuración de la categoría (art. 4-5 CIDIP-IV sobre Obligaciones Alimentarias; art. 3 de la Ley 18.895; art. 17 de la LGDIPr, etc.).

Estos elementos se configuran a través del método de creación. “El tipo legal de la norma material capta legalmente el caso *jusprivatista* multinacional. La consecuencia jurídica directamente proyecta la solución material al caso, sin recurrir a la elección de un sistema jurídico” (Boggiano, 1991. p. 501). Con el objetivo de “garantizar valores esenciales del DIPr: las necesidades del comercio internacional, la armonía internacional de decisiones, los fines de los derechos nacionales y las expectativas de las partes” (1991, p. 504)

La existencia de las normas materiales plantea un problema metodológico, dado que, si entendemos que la resolución del conflicto de leyes es el objeto de la disciplina, las normas materiales no integran el DIPr. Ahora bien, tal como han argumentado Herbert y Talice, el objeto del DIPr está dado por la relación jurídica privada internacional; el aspecto dinámico y las condiciones de continuidad jurídica

de estas. Por lo que, en lo que respecta a los aspectos legislativos, debemos aceptar la coexistencia de diferentes tipos de normas (pluralismo metodológico).

La interpretación de las normas materiales debe hacerse de conformidad con las normas previstas, tanto para el DIPr de fuente nacional como supranacional. En estos últimos casos “el intérprete ha de entender la norma en el sentido que más garantice la finalidad de unificación sustancial perseguida, cuidando de no desvirtuarla” (Boggiano, 1991, p. 511). En caso de lagunas, aplican las normas de conflicto vigentes para la categoría.

Al igual que las normas de conflicto, las normas materiales pueden provenir del DIPr de fuente etático o plurietático. Por ejemplo, el art. 30 del Decreto Ley 14.701 sobre títulos valores instituye en el art. 30 que “Los títulos creados en el extranjero tendrán la consideración de títulos valores si llenan los requisitos mínimos que está ley establece”. Este tipo de normas solo aplica en los casos que deseé hacerse valer el título valor en nuestro país. Como argumentan Boggiano y Lalive, lo que interesa son las normas materiales independientes, vinculantes con otros Estados, y que, por tanto, disponen sistemas directos para los casos absolutamente internacionales, como es la compraventa internacional de mercaderías (en adelante; C/Viena, 1980).

IV. CONFLICTUALISMO Y NORMA FORMAL O INDIRECTA

Siguiendo al maestro Henri Batiffol, afirmamos que la distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales es uno de los fenómenos más antiguos en el DIPr, en sus propias palabras, estamos ante una cuestión congénita. Pues, el otorgar continuidad jurídica a las relaciones privadas internacionales, con una concepción formal tiene aproximadamente 800 años. No obstante, desde el surgimiento de los

glosadores italianos¹⁴ hasta la erección del método conflictual moderno, se dieron diversos fenómenos. Las escuelas estatutarias¹⁵ (italianas, francesas y holandesas), cuyo enfoque era en esencia unilateral (es por lo que a la escuela realista americana se la conoce como “neoestatutaria”). Si bien este sistema se encuentra (por lo menos en América Latina) superado, sus enseñanzas son trascendentales, pues es a partir de estas escuelas que surgen los presupuestos de la disciplina (parcelamiento jurídico y *comercium internacional*) y muchas de las reglas que actualmente aplicamos.

1. *EL GIRO COPERNICANO*¹⁶

A fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX irrumpen en las Relaciones Internacionales el paradigma liberal y el principio nacional como ejes político-ideológicos. En 1776 se publica “La Riqueza de las Naciones” de Adam Smith y “El Sentido Común” de Thomas Paine, en 1817 ve la luz el libro sobre “Principios de Economía Política y Tributación” de David Ricardo. A su vez, si bien la revolución francesa es abortada y se restaura el absolutismo monárquico en Viena (1815), el influjo liberal es irreversible (tal como se ve en las revoluciones europeas de 1830 y 1848). Esto socava la concepción del Estado identificado sobre la persona del monarca, por lo que surgen los primeros parlamentos, la burocratización llevada a cabo por Austria y Prusia, etc. Estos elementos influyeron notoriamente en el derecho, y es en

¹⁴ Todo comenzó con los problemas de colisiones entre normativa y jurisdicciones en las ciudades del norte de Italia como Bolonia, Padua, Modena entre otras durante el siglo XII y XIII. En las cuales a raíz del comercio se gestaron relaciones jurídicas que poseían puntos de conexión con diferentes centros de poder independientes (Estados), los juristas italianos de la Edad Media se basaban en las técnicas de las “glosas”, es decir, los comentarios que se hacían sobre el Código de Justiniano y en materia de DIPr, entre ellos destacó Acurssio.

¹⁵ Entendemos por escuela estatutaria como “el conjunto de reglas doctrinales elaboradas en los siglos XIII y XVII por juristas de distintos países para la resolución de los conflictos de leyes” (Miaja de la Muela, 1956, p. 80).

¹⁶ Expresión utilizada por Bernard Audit en su curso de la Academia de la Haya en 2011.

este contexto que surge la obra de Karl Savigny, a partir de la cual comenzará a debilitarse la concepción estatutaria, que si bien había posibilitado una interconexión civilizatoria (la cual facilitó que los pueblos y culturas pudieran interconectarse de forma más eficiente), estaba superada.

Reparar en la figura de Savigny es central, puesto que, a partir de su obra titulada “Sistema de Derecho Romano Actual” en nueve tomos, permitió superar las viejas teorías medievales estatutarias¹⁷, fundando el DIPr clásico. En su IV tomo, al evaluar el “Imperio de las Reglas del Derecho sobre las Relaciones Jurídicas”, sienta la piedra fundamental sobre la que se edificará el sistema conflictual, a pesar de que su obra no buscó ser un tratado de DIPr¹⁸. En vista de que, Savigny se concentró en analizar los límites al imperio territorial de las normas jurídicas, sentando así las bases del concepto de extraterritorialidad y de la aplicación uniforme del derecho en casos equivalentes. Propuso, en consecuencia, una concepción y un método universalista, considerando deseable que los puntos de conexión bilaterales se encuentren recogidos en tratados internacionales, a fin de garantizar la uniformidad y previsibilidad de las soluciones jurídicas en el ámbito internacional.

La innovación del autor radica en el cambio de perspectiva, de lo nacional a lo internacional, sentando las bases para la equivalencia de todos los ordenamientos jurídicos (Weller, 2022, p. 151). A partir de la consagración de este método, se materializan los siguientes principios: a) La ligadura entre comunidad internacional y

¹⁷ “Hasta entonces, las escuelas tradicionales de derecho se habían concentrado en el ámbito de aplicación espacial de su propio derecho material. Solo discutían sobre la extensión espacial del derecho doméstico” (Weller, 2022 p. 151).

¹⁸ A pesar de ello, es posible afirmar que “su teoría elevó claramente conflicto de leyes al nivel del derecho internacional. La territorialidad de leyes, punto de partida de la Escuela Holandesa, fue abandonada. En su lugar, las leyes privadas de los Estados que pertenecen a la comunidad de naciones civilizadas se consideran intercambiables” (Vischer, 1991, p. 33).

DIPr (universalismo¹⁹ basado en una comunidad de principios), ya que el autor es uno de los fundadores del historicismo jurídico²⁰; b) Un método racional y analítico que oriente al legislador y que supere las lagunas normativas (Aguilar Navarro, 1955, p. 111); c) Traslada el objeto de la disciplina al poliedro jurídico, es decir, a la persona humana; d) A nivel técnico sienta las bases para la neutralidad de la norma de conflicto y su universalidad (Weller, 2022, p. 152-153); d) La distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales que efectúa el DIPr se da en forma autónoma entre sí, lo cual permite que el legislador pueda realizar un justo equilibrio de intereses entre demandantes y demandados.

A partir de la confección de esta concepción, se buscará poner el foco en poder determinar el asiento de la relación y establecer los posibles límites, a los que Savigny denomina como reglas absolutamente obligatorias, absolutamente prohibitivas e institución desconocida, (las que significan para el autor la excepción de OPI). Determinando, por tanto, el único derecho aplicable a la relación multinacional²¹, fundado en la comunidad de derechos, que no es más que un orden occidental y cristiano que permite la tolerancia de las leyes extranjeras.

En este sentido debe crearse un sistema de DIPr que permita cierta estabilidad y unificación en las soluciones (refiriéndose a los tratados internacionales como

¹⁹ A partir de aquí “se estructuró así la idea de un sistema abierto, en el que campea la norma de conflicto. Esta norma, de estructura bimembre, no da la solución del caso *iusprivatista* multinacional, indica cuál es el derecho que habrá de proporcionarla; describe un caso *iusprivatista* multinacional en su tipo legal y, en su consecuencia jurídica, determina y elige el derecho aplicable a través de conceptos neutrales” (Uzal, 2016, p. 12).

²⁰ “Savigny opera utilizando dos conceptos filosóficos perfectamente relacionados: la noción del Hombre y de la Comunidad cristiana y occidental” (Aguilar Navarro, 1955, p. 111).

²¹ Expresando que cualquier imperio normativo tiene dos límites, los locales (que consisten en que el legislador modifique el ordenamiento jurídico), y los temporales (que implica la variación temporal del centro fáctico de la relación jurídica).

solución). En consecuencia, es destacable mejorar las condiciones de continuidad jurídica de las relaciones mediante la creación de un sistema armonizable, no solo con el derecho etático, sino con el DIPr de otros países. Por lo que “las soluciones de conflicto uniformes a nivel internacional requieren necesariamente normas de conflicto bilaterales que atribuyan las cuestiones jurídicas de forma neutral a un ordenamiento jurídico” (Vischer, 1991 p. 34). El sistema propuesto por Savigny es determinar la Sitz de la relación jurídica de conformidad con las reglas del *Ius Civile*) y crear condiciones para la salvaguarda de los derechos adquiridos e igualar los tratos procesales al litigante foráneo.

La configuración del método tiene como consecuencia medular que la *lex fori*, es decir, la Ley 3 del juez actuante en la causa, y la *lex causae*, que es el ordenamiento en el cual el litigio tiene su lugar de asiento, se encuentran en pie de igualdad, salvo por las excepciones a la aplicación del derecho extranjero. Esto no se debe interpretar como una subordinación, pues, en realidad si lo vemos desde un ámbito global, tanto la *lex fori o causae* se encuentran sometidas a reglas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).

Si bien la construcción formal ha sido el buque insignia de nuestra disciplina, no se encuentra exento de fuertes críticas, sus mayores críticos aluden a la propia existencia de los problemas generales como argumento central. Pues este método tuvo que crear un enorme cúmulo de “institutos” para intentar solucionar las patologías de la norma formal o de conflicto, a través de la cual solo se puede llegar a una solución justa mediante la manipulación de sus soluciones. A su vez la tesis de Savigny, si bien intentan ser de carácter universal, terminan provocando la territorialidad de la disciplina, puesto que los Estados erigen sistemas autónomos que en muchos casos provocan conflictos de competencia positivos y negativos. O sea, que en virtud de las

normas formales de los Estados con los cuales el caso multinacional tiene puntos de contacto, otorgue competencia a más de una autoridad jurisdiccional, o a ninguna.

El corazón del método es la norma de colisión, indirecta o simplemente norma de conflicto, la misma puede ser definida como aquella que luego que le subsumimos un caso *Jusprivatista* multinacional, cual función matemática, nos redirecciona inequívocamente hacia el derecho sustantivo donde la relación posee su centro de gravedad factico o Sitz.

2. MÉTODO CONFLICTUAL

La norma de conflicto “brinda solución al caso en forma indirecta, designando un derecho nacional” (Talice), es decir, lo ubica o nacionaliza en el Estado donde posee su centro de gravedad factico obteniendo así “una solución de justicia de tipo instrumental a través de la elección de conexiones justas”. Este ideal de justicia supone la “despolitización del DIPr”, ya que “la determinación de la Ley aplicable (...) no debe hacerse a partir de los intereses del Estado” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 199) sino, justamente, en visualizar donde dicha relación tiene su asiento o lugar con mayor cantidad de contactos. A su vez, como señala Talice:

d) La elección puede ser rígida o flexible. El método de elección es rígido cuando somete el caso al derecho precisamente señalado por la conexión. El método de elección es flexible cuando el juzgador goza de un margen de latitud para determinar el derecho material aplicable al caos, a fin de lograr una solución más justa en consideración a todas las circunstancias.

La erección de un sistema de conflicto es parte de la política legislativa, por lo que los Estados pueden querer elaborar complejos sistemas que regulen la mayor parte de las dimensiones del caso privado internacional, o regular algunos aspectos básicos, dejando al arbitrio de la doctrina y la jurisprudencia la determinación del lugar de

asiento de dichos casos *iusprivatistas* internacionales. Esto es el “principio de independencia de las normas de conflicto”, a través del cual “1. Cada Estado posee sus propias normas conflictuales; 2. La aplicación de estas normas es rigurosamente territorial, de tal suerte que cada juez o funcionario ha de aplicar las prescritas por su propio legislador” (Vallindas, p. 209; Op. Cit. Miaja de la Muela, 1981, p. 281).

A partir de esta afirmación podemos presentar algunas conclusiones: 1) Los Estados son libres de regular las categorías que entiendan convenientes; 2) La aplicación e interpretación de las normas de conflicto se llevará a cabo en virtud de lo dispuesto por las normas del juez que está entendiendo en la causa, con independencia del derecho resultante de la norma de conflicto; y 3) Las consecuencias por su mala aplicación o su desconocimiento serán resueltas por las normas nacionales.

Con respecto a la construcción del método conflictual es posible visualizar dos grandes corrientes; bilateralismo y unilateralismo, las cuales presentan características bien precisas y diferenciadas, a saber:

A) *Lex Fori*

La aplicación de la ley del foro que está entendiendo en la causa es, quizás, un instinto natural a la hora de entender un asunto. A partir de esta concepción, el DIPr tendría como función esencial determinar la autoridad judicial, administrativa o arbitral llamada a regular el caso privado con elemento extranjero y las reglas de eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales. Uno de los inconvenientes clásicos que ha señalado la doctrina sobre su aplicación es que es:

[U]n contrato ejecutado en Bolonia y válido según los estatutos de Bolonia, que requería la presencia de dos testigos, podría ser nulo según los estatutos de Módena, donde iba a ejecutarse, porque, por ejemplo. exigían la comparecencia

de tres o más testigos. (Nova, 1966, p. 444-445 Op. Cit. Parra Aranguren, 1982, p. 59).

Su aplicación simplifica al método conflictual, pues elimina la aplicación del derecho extranjero, y por consiguiente, la valoración de sus excepciones (OPI, fraude a la Ley e institución desconocida). Un ejemplo práctico de esta concepción es el art. 15.1 del Convenio de la haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, dispone que: 1. En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados Contratantes aplican su propia ley.

B) Bilateralismo

La concepción bilateral ha sido la formulación clásica del método conflictual desde la configuración de la estatutaria italiana hacia mediados del siglo XII. Obedece a una concepción formal y distributiva, pues a través de este tipo de normas, se le atribuye vocación regulatoria o competencia al ordenamiento jurídico con el cual el caso tiene mayores contactos²². O sea, a través de esta visión se plantea elaborar un presupuesto categórico (el tema por regular), y se dispone una conexión objetiva y abstracta que nos direccione ineffectivamente al derecho material aplicable con independencia de que sea *lex fori* o *lex causae*. Esta conexión “remite esta relación a un ordenamiento jurídico que, siempre que no se aplique el reenvío rige todas las cuestiones jurídicas derivadas de la relación” (Vischer, 1991, p. 25). Vallindas “denomina [al bilateralismo] como el desideratum de la doctrina, puesto que,

²² Dado que esto, para diversos autores entre los que se encuentran Audit y Juenger, representa un “salto al vacío”, la doctrina conflictual ha elaborado técnicas que permiten la no aplicación de la ley extranjera en diversos supuestos.

inspirándose en él, el legislador formula sus normas conflictuales según datos que en su opinión son ciertos, generalmente justos, y se decide por la ley nacional o extranjera que entiende más apropiada para regular cada relación jurídica” (Op. Cit. Miaja de la Muela, 1981, p. 347). El fundamento central de esta concepción es la “equivalencia de los ordenamientos jurídicos. Sitúa a la *lex fori* en pie de igualdad con el derecho extranjero y trata de alcanzar este objetivo remitiendo una relación jurídica a la ley con la que está más estrechamente vinculada” (Vischer, 1991 p. 36).

La aplicación pura de esta “justicia conflictual” bilateral puede generar soluciones que se apartan de la justicia en el caso concreto, por lo que la doctrina, jurisprudencia y normas de derecho positivo, como ya vimos, plantearon enfoques correctivos, como ser la flexibilización teleológica (ya sea en la elaboración de normas con conexiones orientadas o a través de los mecanismos de la teoría general).

C) *Unilateralismo*

La técnica unilateral ha sido, al menos en el ordenamiento jurídico uruguayo, una *rara avis*. Pues en lo que refiere a la codificación nacional (iniciada con los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940; y la Ley 10.084, también conocida como apéndice del Código Civil), siguiendo las tesis de Savigny, se optó tradicionalmente por el sistema bilateral. A los efectos de dimensionar esta concepción, debemos remontarnos al origen mismo de la disciplina, con el pensamiento de los primeros estatutarios italianos. Quienes identifican al conflicto de leyes en base a primera oración del “código” de Justiniano. Si bien en esta regla el emperador “habló solo de personas bajo su poder (dominio misericordioso) o jurisdicción. Bartolo leyó esta frase como una limitación a su propio poder, y por tanto una delimitación implícita del alcance de la ley romana” (Symeonides, 2016, p. 47). Y, a partir de aquí, comienza a delimitar el alcance de las leyes romanas y no romanas,

dando origen al conflicto de leyes. Esta distinción entre estatutos es el origen del método unilateral en tanto que “se centra en las propias leyes sustantivas en conflicto y trata de determinar si el caso en cuestión se encuentra dentro del alcance previsto en una u otra ley. Al emplear este método” (Symeonides , 2016, p. 48) es que se produce la división entre estatutos reales y personales.

Esta técnica es conflictual en tanto que no proporciona una solución directa al caso privado internacional, y rechaza “la idea de que los casos multiestatales deben ser regulados por un cuerpo normativo supranacional” (Juenger, 2006, p. 176), basados en una concepción soberana. Aunque el enfoque es diferente, mientras que los bilateralistas entienden que la soberanía es un obstáculo, los unilateralistas “pretenden obedecer [sus mandatos] aplicando las leyes de acuerdo con los deseos de los respectivos legisladores. Razón por la cual quedan bloqueados si más de un soberano “quiere” que su derecho se aplique a un determinado caso, o si a ninguno le importa hacerlo²³” (Juenger, 2006, p. 176).

Un concepto intuitivo de unilateralismo refiere a que la norma evalúa el alcance de las competencias legislativas y jurisdiccionales del Estado. O sea, la norma de conflicto no remite al caso al derecho material aplicable o determina que juez asume competencia, sino que dispone las condiciones en que un juez uruguayo puede entender en un caso privado internacional y en qué condiciones puede aplicar su propia ley²⁴. Los autores que postulan estas tesis “hablan del alcance de las normas,

²³ Para los unilateralistas, la norma bilateral hería la soberanía de los demás Estados, dándole un alcance a la norma de éstos que su legislador no le había dado. Es al legislador extranjero al único que le compete decir dónde alcanzan sus propias normas” (Fresnedo, 2013, p. 35).

²⁴ Este tipo de normas consideran “que no es posible realizar un reparto o distribución de leyes y, por tanto, renuncia a abocarse a dicha tarea: las reglas de conflicto de un Estado solo pueden determinar el ámbito de aplicación espacial de su propio Derecho Material y de acuerdo con las necesidades de ese Derecho Material” (Santos, 2021, p. 178).

los conflictualistas de la “sede” de las relaciones jurídicas (o de “su centro de gravedad”) o “derechos adquiridos” en un lugar en particular” (Juenger, 2006, p. 171).

Con estos elementos podemos afirmar que en principio no dispone conexiones, sino que instituye el alcance de la *lex fori* o el ejercicio de la potestad jurisdiccional de las autoridades judiciales o administrativas (o por lo menos lo es en estilo puro²⁵). Desde el punto de vista técnico, esto es un acierto de enormes dimensiones, por varios motivos. Cuando una norma de conflicto dispone una distribución de competencias legislativas, está presuponiendo que el Estado remitido tiene voluntad de entender en el juicio. Dicha voluntad (o *ratio legis*) se manifiesta en la norma de conflicto ¿Qué significa esto? Que mientras el art. 56 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente, y el derogado art. 2401 del Apéndice del Código Civil, disponen como base de competencia el criterio ASSER y domicilio del demandado, el Estado remitido no está obligado a tener dicho localizador, por lo que esto posibilita la generación de reenvíos negativos. Esto no es algo menor, sino que representa uno de los argumentos más importantes para adoptar criterios unilaterales en la determinación de la competencia directa. Con la aprobación de la Ley General de Derecho Internacional Privado, la orientación conflictual del sistema autónomo de DIPr cambia de forma sustantiva. A raíz de que el art. 57 de la ley recién citada, instituye (cuando no hay tratado vigente, no opera la autonomía de la voluntad y lo dispuesto en el art. 59 de la presente ley) las condiciones en que los tribunales

²⁵ “El enfoque unilateral “puro” se basa en el supuesto de que la norma sustantiva tiene necesariamente un ámbito espacial específico. El alcance de una norma viene determinado por la cuestión de para quién tiene la norma fuerza legal o, en otras palabras, quién es su destinatario” (Vischer, 1991, p. 37). A través de una faz interna (“determinar el ámbito de aplicación de las normas sustantivas de la *lex fori*”) y una externa (“se ocupa del alcance de las normas extranjeras”).

uruguayos son competentes para entender un caso privado internacional, y no qué país tiene competencia internacional directa.

Otra de las ventajas de la adopción del sistema unilateral resulta de evitar la aplicación de leyes contrarias al OPI. Por ejemplo, las normas francesas de DIPr regulaban al divorcio por la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, pero “el creciente número de extranjeros establecidos en Francia hace que se apliquen con frecuencia leyes extranjeras, que a menudo son difíciles de conocer y algunas de las cuales plantean también un problema de compatibilidad con el orden público” (Audit, 1998, p. 439).

En este sentido, la legislación francesa decidió adoptar un criterio unilateral para la determinación de la ley aplicable a esta categoría (art. 310 de su CC), según el cual aplican las leyes francesas cuando las partes tienen dicha nacionalidad o cuando los cónyuges están domiciliados en Francia.

Ahora bien, cuando a partir de este tipo de normas no resultare aplicable la *lex fori*, siguiendo el ejemplo de la normativa francesa, cuando las partes tuvieran su domicilio conyugal en otro Estado y no fueran nacionales franceses, se otorga vocación reguladora a cualquier otro Estado. Esto quiere decir que no aplican, *a priori*, la “ley del domicilio conyugal”, este sería un enfoque estrictamente “bilateral”. La información proporcionada por el art. 310 del Código Civil francés refiere a que el caso privado internacional no cae dentro del ámbito de aplicación de las normas francesas.

Su no aplicación nunca significa una denegación de justicia, pues como han recalcado diversos autores (Audit, Vischer, entre otros), cuando ningún ordenamiento jurídico reclame vocación reguladora, se aplicará en forma subsidiaria la *lex fori*. Un ejemplo de esto es el art. 57 literal H), donde se disponen una serie de condiciones acumulativas para que nuestros tribunales puedan asumir competencia para evitar la

“denegación de justicia”, conjunto con otras causales, aunque este tema será analizado en profundidad en el capítulo de función jurisdiccional.

La adopción del presente no resulta inocua, pues a partir de esta concepción el DIPr no tiene por objeto la resolución del conflicto de leyes, sino la determinación del ámbito de aplicación de las leyes y tribunales nacionales.

3. LA NORMA DE CONFLICTO

La matriz del método conflictual son las normas de conflicto, las cuales representan el principio y fin, la unidad espiritual y quintaesencia del DIPr a la hora de realizar su principio y función central que es la de garantizar el acceso a la justicia a través de las fronteras. La doctrina ha elaborado algunas definiciones sobre normas de conflicto, entre las que destacan:

- “La norma de colisión, como cualquier norma jurídica, comprende un tipo legal y una consecuencia jurídica” con el objetivo de “brindar soluciones a los casos *jusprivatistas en general*” (Goldschmidt, 2011 p. 167-169) de forma indirecta.
- “La norma de conflicto es aquella norma de DIPr que localiza a la situación privada internacional en un concreto Estado, Estado cuyo ordenamiento jurídico debe regular dicha situación privada internacional “(Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 198).
- “La regla de conflicto intenta desatrabar el conflicto que (eventualmente) pueda presentarse al tener una relación privada internacional puntos de contacto con más de un ordenamiento jurídico, lo cual la lleva a decidir cuál de esos ordenamientos conectados es al que le corresponde regular la relación y/o los tribunales de qué país deben resolver los litigios que puedan suscitarse al respecto” (Santos, 2012 p. 291).

A) *Obligatoriedad del sistema conflictual*

Uno de los temas que se ha debatido en la doctrina, sobre todo extranjera, de principios del siglo XIX es sobre la obligatoriedad o no del sistema conflictual. Con respecto a esto destaca la sentencia de la Corte de Casación francesa “Bisbal” en la que se sentenció que:

[L]as normas francesas de conflicto de leyes, al menos en la medida en que prescriben la aplicación del derecho extranjero, no tienen carácter de orden público, en el sentido de que queda a las partes reclamar su aplicación, que no se puede culpar a los jueces de primera instancia por no aplicar automáticamente el derecho extranjero y, en este caso, apelar a la ley interna francesa que tiene vocación de regir todos los informes de derecho privado (1959, p. 62766., Op. Cit. Boggiano, 1991, p. 446)²⁶.

La consideración del carácter facultativo del sistema conflictual (*Fakultatives Kollisionerecht*), ha encontrado algunos argumentos a favor, entre los que destacan: “la calidad inferior de la justicia por aplicación de oficio del derecho extranjero conectado por la norma de conflicto del juez”; “la calidad superior de la justicia por aplicación de la *lex fori*” y el “interés común de las partes en esta superioridad” (Boggiano, 1991, p. 447).

Ahora bien, es sabido que la mayoría de la doctrina, tanto nacional como internacional, de todas las corrientes existentes se afilan a la tesis (de forma casi confesional) de la obligatoriedad del sistema conflictual, fundándola en el art. 2 de la CIDIP-II sobre Normas Generales, art. 2 de la LGDIPr, entre otras disposiciones. Si bien

²⁶ Este es un caso de divorcio en el que “la mujer se agravio porque el juez decidió el caso sin aplicar de oficio la ley extranjera española, aplicable según la norma de conflicto francesa entonces vigente” (Boggiano, 1991, p. 446).

esta tesis es verificada día a día, sentencia a sentencia, dejaré sentada una opinión divergente en virtud de la cual, a través del sistema de la autonomía de la voluntad, es posible hablar de un DIPr facultativo, por ejemplo en materia de contratación internacional, dispuesto en los arts. 45 y 60 de la LGDIPr y en relaciones patrimoniales entre los cónyuges, en la cual la norma, a texto expreso permite que sin perjuicio de los puntos de conexión dispuestos “En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el registro respectivo”.

B) Eliminación de conexiones discriminatorias

Como se ha dicho, la elaboración de los puntos de conexión responde, casi en esencia, a una política legislativa determinada. O sea, el localizador (que responde a un factor de internacionalidad determinado) es precisado por el legislador sin tenerse que explicar el porqué de su elección. No obstante, se ha manejado la tesis de la eliminación de los puntos de conexión discriminatorios. A nivel de jurisprudencia podemos observar las siguientes sentencias del tribunal constitucional italiano, a saber: Sentencia de la Corte Costituzionale italiana N°. 477/1987. Aquí se planteó:

[L]a legitimidad constitucional del art. 1, apartado 2, y del art. 2, apartado 2, de la Ley N°. 555, de 13 de junio de 1912 (sobre la ciudadanía italiana), así como del art. 20 de las Disposiciones sobre la ley en general, incoado mediante auto del *Pretore di Génova*, de 28 de junio de 1982.

En estos artículos se legisló que:

[E]l hijo de madre ciudadana es ciudadano por nacimiento si el padre es desconocido o no posee la ciudadanía italiana o la de otro Estado, o si el hijo no

posee la ciudadanía del padre extranjero según la ley del Estado al que pertenece.

Posteriormente instituye que “a efectos de la determinación de la nacionalidad del hijo por reconocimiento o declaración judicial de la filiación, que prevalecerá la nacionalidad del padre, aunque la paternidad sea reconocida o declarada después de la maternidad”. Estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales porque violentaban la igualdad entre hombres y mujeres, en virtud de lo dispuesto en la constitución italiana.

Sentencia de la Corte Costituzionale italiana N°. 254/2006: El planteamiento se retoma en esta sentencia, cuando se interpone un recurso de inconstitucionalidad sobre las disposiciones de su código preliminar del Código Civil (ya superado por la nueva legislación italiana de DIPr), porqué aquí se disponía que en "ausencia de una ley nacional común [...], establece que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio". El tribunal, basándose en las sentencias N.º 71 de 1987 y N.º 477 de 1987, entendió que la conexión mencionada era manifiestamente inconstitucional, en virtud del art. 19 de la Constitución italiana, porque debía de revisarse constitucionalmente las conexiones vigentes para que no pueda prevalecer “la posición preeminente del marido en la familia” al ser contraria a “los principios constitucionales de igualdad entre el hombre y la mujer, prohibición de la discriminación entre los sexos e igualdad moral y jurídica entre los cónyuges”.

Las sentencias presentadas *ut supra* son meridianas, si bien la adopción de las conexiones son parte de la política legislativa del Estado, estas (al ser leyes) constituyen normas sujetas a un control convencional y a ser declaradas inconstitucionales. En nuestro ordenamiento jurídico aún persiste el art. 8.1 del

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889²⁷, que entendemos invalido por violentar principios constitucionales y normas de *jus cogens*.

C) *Sistemas rígidos o flexibles*

Los elementos argumentados *ut supra* nos coadyuvan a determinar la norma precisa aplicable al caso privado internacional, ahora bien, cuando estamos ante normas de conflicto, es decir, aquellas que nos determinan de forma indirecta (a través del punto de conexión²⁸) el derecho material aplicable a la relación jurídica²⁹, es posible distinguir soluciones de carácter rígido o flexibles. Este análisis será realizado en torno a dos vertientes, por un lado, lo que respecta a la propia construcción normativa, y después en virtud del concepto de flexibilización teleológica. Normalmente se entiende que una solución es rígida cuando proporciona un único punto de conexión, de forma expresa y más aún cuando este es de naturaleza fija. Se ha argumentado que:

²⁷ “El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro”.

²⁸ “El punto de contacto, o de conexión, es un elemento de la parte dispositiva de la regla indirecta que tiene por cometido indicar cuál es el Derecho material interno de un determinado Estado, aplicable al caso privado internacional” (Santos, 2021 p. 201). A su vez, Scotti (2017) lo define como “el elemento que identifica a una norma indirecta como tal. Representa un vínculo, una relación entre la situación privada internacional y el derecho de un país que resultará aplicable. Su función es localizar, focalizar, remitir, enviar, conducirnos a un determinado ordenamiento jurídico, del cual se desprenda la solución material del caso” (p. 42).

²⁹ La determinación de este derecho material aplicable es con indistinción de que resulte aplicable la *lex fori* o *lex causae*, puesto ambos ordenes jurídicos están en pie de igualdad. Por lo que “tal elección es neutral. Esta neutralidad de la elección indeterminada de la norma de conflicto ha sido considerada una característica esencial del DIPr *strictu sensu*. Dicha neutralidad se refiere a la falta de preferencia por el contenido de los derechos materiales que pueden ser objeto de elección” (Boggiano, 1991, p. 112).

[T]al rigidez, en cuanto aumenta la previsibilidad del derecho aplicable, favorece sin dudas la seguridad jurídica internacional, y esta es ya justicia incipiente, porque, posibilitando la previsión del derecho eventualmente aplicable en el ámbito de una jurisdicción nacional, garantiza la defensa o tutela de los derechos (Boggiano, 1991, p. 126).

Notoria es la posición “pro-rigidez”³⁰, que en la ley general de DIPr 19.920 se adoptaron soluciones de este estilo en torno a varias categorías, como ser el matrimonio (art. 22), la sucesión (art. 30 y 31), bienes (art. 39 y ss.), entre otros. No debemos pensar que las soluciones rígidas involucran, en esencia un aspecto negativo, pues en algunas áreas dicha elección tiene como objetivo permitir su continuidad jurídica transnacional, como en la categoría del matrimonio, aunque en otros, es parte de la *ratio legis*, como los es en temas de estatutos reales, donde la rigidez está dada por el respeto irrestricto a la territorialidad.

Ahora bien, en algunas categorías si bien se proporcionaron soluciones rígidas, también se proporcionaron criterios subsidiarios que buscan aproximarse al concepto de flexibilización. En torno a las relaciones patrimoniales entre los esposos, cuando estas no son de carácter convencional, se entendió que debían regularse “por la ley del Estado del primer domicilio conyugal”. Este segundo párrafo es similar al que disponía el antiguo art. 2397 del CC, no obstante, este tenía el inconveniente de ser inaplicable cuando los cónyuges poseían domicilios en Estados diferentes, por eso la normativa deja sentado que: “A falta de dicho domicilio o siendo imposible determinarlo, las relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado dentro del cual ambos cónyuges tenían sus respectivos domicilios al momento de la celebración

³⁰ Rigidez que provoca grandes problemas prácticos, imaginemos probar un domicilio constituido en los años 60 o 70 en países que ya no existen como la URSS, Yugoslavia, entre otros.

del matrimonio”. Esto se encuentra en concordancia con los últimos desarrollos normativos en materia de domicilio conyugal, tanto a nivel supranacional como nacional³¹. Y cuando todo esto falla se legisló que “las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley del Estado de celebración del matrimonio”³² Este no es el único ejemplo, sino que en materia de obligaciones extracontractuales generales en el DIPr de fuente supranacional visualizamos que de igual modo se reglaron este tipo de soluciones rígidas, (*lex loci delicti comissi*), que se ha intentado flexibilizar aplicando la ya conocida teoría de la ubicuidad y el cambio de rumbo en el DIPr de fuente nacional con el art. 52³³ de la Ley 19.920.

No obstante, hay categorías que han sido reguladas con mecanismos de conflicto notoriamente más flexibles, como es el sistema interamericano y nacional

³¹ Tradicionalmente el domicilio conyugal estaba dado por “el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de este, se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro” (art. 8 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889). Posición que se mantiene en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, aunque reservado por nuestro país al encontrarlo incompatible con los principios sobre los cuales se asienta la individualidad jurídica de la República, y, ya con una lectura posterior, se lo considera violatorio de las normas de *jus cogens*. Ya con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Domicilio de la persona física, tenemos una solución más equitativa, pues su art. 4 sienta a texto expreso que “el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consumo, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2”. Y el art. 2 señala que [e]l domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual. 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encuentre”.

³² Finalmente, y representando un importante avance jurídico, el art. 25 resolvió que: “En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el registro respectivo”.

³³ Entre otras disposiciones, en este artículo se legisló que: “Las obligaciones no contractuales se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho o acto, lícito o ilícito, que las genera o por la ley del lugar donde se produjo el daño, a opción del damnificado. Si el demandado por el hecho dañoso y el reclamante por este hecho tuvieren su domicilio en el mismo Estado, se aplicará la ley de este”.

en materia de obligaciones alimentarias, aquí vemos que el mecanismo normativo creado para determinar el juez internacionalmente competente y la ley aplicable, opera en pos de garantizar los derechos del acreedor alimentario, pues es este quien está facultado para determinar el juez competente entre cinco hipótesis: domicilio o residencia habitual, tanto del deudor como el acreedor y donde el acreedor tenga “vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos” (art. 8)³⁴. Y en el marco del derecho aplicable, el convenio le proporciona cuatro opciones a la autoridad judicial (domicilio o residencia habitual³⁵ tanto del deudor como acreedor), pero con una orientación material clara hacia el interés del acreedor³⁶ (art. 6).

Esta flexibilización se sustenta en varios pilares. Por un lado, la existencia de normas de *jus cogens* en materia de protección de personas vulnerables, y por otro lado una visión global del instituto derecho extranjero, el cual supone que no solo estamos

³⁴ El criterio de jurisdicción debe ser leído de conformidad con las disposiciones del art. 9, el cual expresó que “Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el artículo 8. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos”. “La ratio de esta solución es facilitar al acreedor de alimentos la posibilidad de lograr una mejora en las prestaciones que recibe, y limitar la posibilidad del deudor de reducir o cesar dichas prestaciones” (Herbert y Fresnedo, 2002, p. 68).

³⁵ La adopción de la residencia habitual “apunta a la protección del menor; a esos efectos cobra importancia la no dependencia del domicilio forzoso del representante legal, (...) señala Opertti que (...) solo busca conciliar posturas adversarias sobre la conexión” (Opertti, Op. Cit., Herbert y Fresnedo, 2002, p. 66) sobre todo en la dicotomía domicilio forzoso versus domicilio real.

³⁶ Este límite a la elección del derecho material aplicable, hace que estemos ante una norma que tiene como objetivo la búsqueda de la justicia y equidad al caso concreto.

localizando a la relación jurídica en base a normas concretas, sino que es imperante tener en cuenta las “políticas legislativas e intereses gubernamentales”³⁷.

Esta posición, como afirman Herbert y Fresnedo, ha influido notoriamente en la Convención Interamericana sobre normas generales, especialmente en el art. 9, el cual dispuso que:

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Esta flexibilización teleológica, como señalan Herbert y Fresnedo, pueden verse reflejadas ampliamente en diversos textos interamericanos como son las Convenciones Interamericanas sobre Adopción Internacional de Menores³⁸, el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales³⁹ y ahora en la ley general de DIPR,

³⁷ Currie parte de la idea de “que el tribunal debe investigar las políticas expresadas en las leyes respectivas y las circunstancias en las que es razonable para los respectivos Estados tener un interés en aplicar esas políticas” (Herbert y Fresnedo, 2002, p. 57).

³⁸ En el art. 19 se aprecia que “los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado”. Esta armonización es con respecto a las disposiciones del art. 3 y 4.

³⁹ Aquí vemos un mecanismo de flexibilización en materia de autonomía de la voluntad, ya que en el art. 9 se consagró que “si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese

como en los casos de obligaciones alimentarias, el régimen de bienes en el matrimonio, las obligaciones extracontractuales, entre otros.

V. CRÍTICAS AL MODELO CONFLICTUAL

En el ámbito interamericano y europeo continental, las normas de conflicto o de colisión constituyen constructos dogmáticos cuyas ramificaciones metodológicas permean la teoría general y los problemas fundamentales de la disciplina. No obstante, corresponde señalar que un significativo sector doctrinal ha sometido esta concepción a un riguroso escrutinio crítico, considerándola estructuralmente deficiente. Estos autores caracterizan a los institutos derivados del método conflictual como artificios teóricos que, lejos de solucionar las problemáticas del tráfico jurídico internacional, representan verdaderas patologías sistémicas producto de una metodología conceptualmente insuficiente (Juenger, 2000).

Como afirma Kropholler (1997) "[L]a visión tradicional del conflicto de leyes como un sistema cerrado y geométricamente perfecto ha generado más problemas de los que pretendía resolver, creando una complejidad artificial que obstaculiza la consecución de resultados materialmente justos" (p. 165). En la misma línea, Audit (2013) sostiene que "el multilateralismo savigniano, con su pretensión de neutralidad valorativa, no es más que una ficción metodológica que oculta elecciones de política legislativa tras un velo de supuesta científicidad" (p. 87). Finalmente, Friedrich Juenger sentencia que:

[L]a experiencia adquirida a lo largo de más de un siglo demuestra que el enfoque de Savigny es incapaz de alcanzar su objetivo de la armonía de decisiones. Lo que es todavía peor es que el multilateralismo funciona

una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato".

caprichosamente, produciendo resultados saludables en casos multi estatales sólo por casualidad o mediante manipulación (2006, p. 95).

VI. LA NECESIDAD DE UN MÉTODO PLURALISTA O TRIPARTITO

La coexistencia de diversos métodos para abordar las relaciones jurídicas privadas internacionales se presenta como una consideración contemporánea. En vista de que, prominentes autores clásicos como Juenger, rechazaban de manera categórica la posibilidad de compatibilizar el unilateralismo y el multilateralismo, pues consideraba que “combinar o mezclar los tres métodos no es otra cosa que un pecado mortal” (Symeonides, 2006, p. XLV). No obstante, por más que intentáramos hallar un ordenamiento jurídico que se sustente exclusivamente en un único método, difícilmente lo encontraríamos en su forma pura. En la práctica contemporánea, es posible constatar la coexistencia de normas sustantivas y de conflicto, ya sea bajo el método bilateral, unilateral o incluso mediante la aplicación de la *lex fori*.

Es en los últimos lustros del siglo XX y principios del siglo XXI que surge la concepción del pluralismo metodológico, que no es lo mismo que pluralidad. Dado que el pluralismo hace referencia, atendiendo a su definición etimológica se entiende que es un:

[S]istema que reconoce la existencia de varios modos de pensamiento, comportamiento, opiniones políticas y religiosas, varios partidos políticos, etc. (...) Y en definitiva, varias formas de entender las cuestiones de DIPr. Mientras que la pluralidad es definida por el mismo diccionario como simplemente ‘el hecho de ser varios’. Veremos que, en el DIPr, si las fuentes y los objetivos son diversos, esto no es fruto del azar, no es una simple yuxtaposición; hay relaciones lógicas (relaciones jerárquicas, de causa y efecto, etc.) en esta multiplicidad que evocan la idea de sistema. Es cierto que, desgraciadamente,

en algunos casos el sistema no parece ser muy coherente; son las debilidades del pluralismo que tendremos ocasión de discutir, pero el objetivo del DIPr debe ser lograr la coherencia del sistema, lo que justifica que se hable de pluralismo y no de pluralidad. (Gaudemet-Tallon, 2005, p. 24).

Para promover una concepción pluralista del DIPr, es fundamental, en primer lugar, redefinir el objeto de la disciplina. Esto implica trascender las visiones exclusivistas que tradicionalmente han reducido su alcance al conflicto de leyes -ya sea desde una perspectiva materialista orientada a la creación de un derecho sustantivo- o desde la clásica noción del conflicto normativo. En su lugar, se propone centrar el análisis en la persona y en la relación jurídica que trasciende las fronteras nacionales, la cual requiere un tratamiento específico.

Este enfoque pluralista surge, además, como respuesta a la crisis del método conflictual rígido, tanto en su variante bilateral como unilateral, así como a las deficiencias de los intentos de flexibilización del método conflictual. Así, asumir una concepción pluralista del DIPr implica la coexistencia de diversos métodos, con un énfasis primordial en la persona humana y en la continuidad jurídica de las relaciones privadas internacionales.

VII. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO

A nivel de fuente etática o autónoma de DIPr, los ordenamientos jurídicos de Perú y Uruguay presentan desarrollos normativos propios, orientados a regular las relaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros. A pesar de compartir principios estructurales comunes, existen diferencias sustantivas en la técnica legislativa, el alcance regulatorio y la precisión conceptual de cada sistema. Ambos países coinciden en otorgar primacía a los tratados internacionales ratificados por el

respectivo Estado. En el caso peruano, el art. 2047 del Código Civil establece que el derecho aplicable se determinará en primer lugar por los tratados internacionales y, en su defecto, por las normas del Libro X. A su vez, se reconoce la aplicación supletoria de los principios doctrinales del DIPr. Según Delgado y Delgado (2017), “en el DIP hay un predominio cuantitativo de las fuentes internas frente a las internacionales” aunque “las fuentes internas son insuficientes” para resolver todas las situaciones del tráfico jurídico internacional (p. 29).

Por su parte, el Artículo 1 de la ley uruguaya sobre DIPr dispone que las relaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regirán prioritariamente por convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas nacionales de la ley y del sistema de DIPr uruguayo. Además, integra como criterio interpretativo el Título Preliminar del Código Civil y la naturaleza internacional de las relaciones jurídicas privadas. Tanto Perú como Uruguay imponen a los jueces la aplicación de oficio del derecho extranjero determinado conforme a sus respectivas normas de conflicto (art. 2051 del Código Civil peruano y el art. 2 de la ley uruguaya). No obstante, difieren en cuanto a la prueba y determinación de su contenido. En Perú, el art. 2052 permite a las partes ofrecer prueba sobre la existencia y sentido del derecho extranjero, y el art. 2053 faculta a los jueces a solicitar informes diplomáticos. En contraste, Uruguay, en el art. 3, impone a los tribunales la obligación de investigar de oficio el texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero, lo cual representa “una flexibilidad mayor que la que ofrece la literalidad del Código Civil peruano” (Vassallo, 2022, p. 73).

En cuanto a la interpretación de la norma extranjera, el art. 2055 del Código Civil peruano dispone que esta debe realizarse conforme al sistema al que pertenece. Uruguay complementa esto con el art. 2, que establece que el derecho extranjero debe interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado de origen. A su vez, ambos

sistemas consideran el orden público internacional como un límite a la aplicación del derecho extranjero. En Perú, el art. 2049 dispone que se excluirán las disposiciones extranjeras incompatibles con el orden público o las buenas costumbres. La solución uruguaya, consagrada en su art. 5, proporciona un análisis más detallado, al establecer que se declararán inaplicables los preceptos extranjeros que contrarién en forma grave, concreta y manifiesta los principios fundamentales del orden público, incluyendo los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y tratados internacionales.

Con relación al reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, ambos sistemas adoptan una postura favorable. El art. 2050 del Código Civil peruano reconoce los efectos en Perú de los derechos adquiridos conforme a un ordenamiento extranjero competente, siempre que sean compatibles con el orden público. Uruguay, en su art. 9, establece que una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero debe ser reconocida en la República si tiene una conexión relevante con ese Estado y no es contraria al orden público internacional. El art. 6 establece la aplicación directa de normas imperativas de fuente nacional e incluso extranjera, cuando el caso tenga vínculos relevantes. El art. 7 introduce expresamente la figura del fraude a la ley, negando la aplicación de una norma cuando se ha eludido intencionalmente el orden jurídico nacional. El art. 8 permite la aplicación del derecho extranjero aun cuando existan instituciones no reconocidas localmente, siempre que haya instituciones análogas en el derecho uruguayo y se evite así una denegación de justicia. En contraste, la legislación peruana a nivel de fuente etática no hace una expresa alusión al respecto, lo cual se zanja con la aplicación, por vía de integración, de sus disposiciones previstas a nivel supranacional o por medio de la fecunda doctrina y jurisprudencia peruana, la cual es un ejemplo regional. En lo que atañe a la aplicación del derecho extranjero, en Perú “está limitada por el orden público y por la

necesidad de prueba suficiente de su contenido y vigencia” (Delgado y Delgado, 2017, p. 70).

Uruguay regula de forma explícita el tratamiento de cuestiones incidentales (art. 10), disponiendo que se rigen por el derecho aplicable a cada una según su naturaleza (incorporándose a la teoría de la equivalencia), y también prevé el rechazo general del reenvío en su art. 12, con excepción de ciertos supuestos específicos. Asimismo, el art. 11 consagra el principio de aplicación armónica de las normas, considerando la finalidad de cada régimen jurídico implicado. El sistema peruano, por su parte, no incluye regulaciones explícitas sobre estos puntos. Finalmente, Uruguay otorga al derecho comercial internacional un tratamiento especial. El art. 13 lo reconoce como un derecho de carácter específico, dotado de fuentes materiales propias -usos internacionales, principios generales, jurisprudencia comparada y doctrina-, lo que evidencia un enfoque moderno y pragmático. En el sistema peruano, no se prevé una regulación diferenciada para este ámbito. Al respecto, “la legislación nacional prioriza el método conflictual, dejando en segundo plano las normas materiales uniformes y la *lex mercatoria*” (Delgado y Delgado, 2017, p. 28).

VIII. CONCLUSIONES

La presente investigación aborda aspectos fundamentales relacionados con la construcción metodológica del Derecho Internacional Privado, en particular los métodos de producción normativa empleados en esta disciplina. Esta investigación se justifica en la profunda transformación legislativa que experimentó nuestro país con la aprobación de la Ley 19.920, la cual renovó sustancialmente la técnica de producción normativa en el ámbito del Derecho Internacional Privado de fuente nacional. Anteriormente, el régimen sin Código Civil se caracterizaba por soluciones limitadas y cierta rigidez en sus categorías, además de reflejar una visión teológica en

la adopción del sistema conflictual bilateral. Sin embargo, la transformación legislativa introducida por la Ley 19.920 marca un cambio radical en sentido contrario: amplía los métodos normativos y adopta y precisa normas de aplicación necesaria o inmediata, así como criterios unilaterales, especialmente en materia de jurisdicción internacional tanto general como específica. La reforma también incorpora una flexibilización de las técnicas de conexión a través de sistemas de conexiones opcionales, promoviendo la armonización internacional, como queda evidenciado en el art. 11 de la ley y otras disposiciones.

Asimismo, poniendo el foco en los diversos métodos, es posible afirmar que:

El concepto de normas de aplicación inmediata o de policía constituye una herramienta fundamental en el derecho internacional privado, particularmente en la defensa de los intereses esenciales del Estado. Estas normas surgen como una respuesta a la necesidad de mantener el control sobre ciertos aspectos críticos de la organización social, económica y política del país, impidiendo la aplicación de leyes extranjeras que podrían afectar estos valores. A diferencia de la regla de conflicto tradicional, que selecciona neutralmente la ley aplicable, las normas de policía aplican automáticamente la ley nacional, mostrando un enfoque unilateral y de carácter imperativo que prevalece sobre el principio de autonomía de las partes en situaciones multinacionales. Este enfoque busca garantizar que las decisiones jurídicas dentro del territorio respeten los fundamentos legislativos del Estado, aunque sin excluir del todo la influencia del derecho extranjero cuando sea apropiado. En última instancia, el desarrollo y aplicación de estas normas reflejan un equilibrio entre la apertura internacional y la protección de los valores internos, enmarcando así la dinámica compleja entre territorialismo y globalización en el ámbito jurídico.

En conclusión, la incorporación de normas imperativas de aplicación necesaria en el artículo 6 de la LGDIPr representa un avance significativo en el DIPr uruguayo, al dotarlo de una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a las necesidades de protección de políticas públicas esenciales. Esta disposición, al permitir la aplicación de normas materiales en ciertos casos y al conferir al Estado la potestad de excluir el sistema conflictual en relaciones jurídicas internacionales de particular relevancia social y económica, fortalece la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a contextos de creciente interdependencia global. Sin embargo, el enfoque del artículo plantea importantes desafíos interpretativos y prácticos para los jueces, quienes deben evaluar cuidadosamente la pertinencia y alcance de las normas imperativas tanto nacionales como de terceros Estados con los que el caso presente vínculos significativos.

El método conflictual en el DIPr revela una compleja estructura destinada a resolver casos con elementos transnacionales mediante la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente. La diversidad de enfoques -bilateralismo y unilateralismo, así como la aplicación de la *lex fori*- resalta el objetivo central de encontrar soluciones justas y equitativas, evitando la politización de las normas de conflicto. Los Estados, al adoptar normas rígidas o flexibles, buscan no solo garantizar la justicia en el caso concreto, sino también proteger la coherencia y consistencia de su propio sistema jurídico.

Este marco conflictual, en última instancia, fomenta la cooperación internacional y asegura que, aun frente a complejidades jurisdiccionales, el acceso a la justicia no sea denegado, proporcionando una estructura que permita equilibrar el respeto por la soberanía de los Estados con las exigencias de un sistema globalizado de relaciones jurídicas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Audit, B. (2013). *Droit international privé* (7.^a ed.). Economica.
- Aguilar Navarro, M. (1955). *Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Parte General. E.I.S.A, España.
- Alfonsín, Q. (1955), *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ediciones Idea. Montevideo.
- Audit, B. (2011), “*Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général* (2001) (Volume 305)”, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- Bogdan, M. (2011), “*Private International Law as Component of the Law of the Forum General Course on Private International Law* (Volume 348)”, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- Boggiano, A. (1991). *Derecho Internacional Privado Tomo I*. Tercera edición. *Teoria General, Derecho Procesal Internacional, Derecho Civil Internacional*. Abeledo Perrot.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2018). *Derecho Internacional Privado Volumen I*. Decimoctava edición. Ediciones Comares.
- Delgado Barreto, C., y Delgado Menéndez, M. A. (2017). *Derecho internacional privado* (1.^a ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Dolinger, J. (1997). *Direito Internacional Privado (Parte General)*. Livraria e Editora Renovar LTDA.
- Fresnedo, C. (2022). *Derecho Internacional Privado. Tomo I. Parte general Jurisdicción estatal y arbitral*. Fundación de cultura universitaria.

Gaudemet-Tallon, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 312, 2005, p. 24.

Guedj, T. G. (1991). *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law-A Comparative Analysis with Modern American Theories*. The American Journal of Comparative Law, 39(4), 661–697.
<https://doi.org/10.2307/840737>.

Herbert. (1990). *Sobre objeto y método en el derecho internacional privado*. Fundación de Cultura Universitaria.

Juenger, F. (2006). *Derecho Internacional Privado y Justicia material*. Editorial Porrúa México y Universidad Latinoamericana.

Kropholler, J. (1997). *Internationales Privatrecht* (6.^a ed.). Mohr Siebeck.

Lorenzo Idiarte, G. (2017). Normas de policía limitantes de la planificación fiscal internacional en materia societaria. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 9, 29-50. <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudip/article/view/871>

Miaja de la Muela, A. (1981). *Derecho internacional Privado Parte especial*. Octava edición, Lope de Vega.

Parra Aranguren, G. (1988). *General on Private International Law*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law Volume 21O.

Rudip. (2020). *Identificación de posibles normas de aplicación inmediata en el orden jurídico uruguayo: Sesión de noviembre 2019*. Revista Uruguaya De Derecho Internacional Privado, (11), 331–341. Recuperado a partir de <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudip/article/view/2033>

Santos, R. (2021). *Ley de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano*. *Curso General*. Asociación de Escribanos del Uruguay.

Scotti, L. (2017). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Thomson Reuters LA LEY.

Symeonides, S. (2006). *Sobre teleología, intereses estatales y pluralismo en el derecho aplicable: en memoria afectuosa de Friedrich K. Juenger*. En Derecho Internacional Privado y Justicia Material. Friedrich K. Juenger. Traducción. Diego. P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre. Editorial Porrúa México, Universidad Iberoamericana.

Uzal, M.E (2017). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Thomson Reuters LA LEY.

Vassallo, N. (2022). *El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú*. Revista N° 16, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Vischer, F. (1992). *General Course on Private International Law* Collected Courses of the Hague Academy of International Law Volume 232.

Weller, M-P. (2022). La méthode tripartite du droit international privé : désignation, reconnaissance, considération (Vol. 427). Brill | Nijhoff.
https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004527706_03

Por:

Juan Carlos Jara Luna *

Melissa Carlin Chiroque **

*EL DISCURSO DE ODIO EN EL
CIBERESPACIO: COLECTIVOS
VULNERABLES FRENTE A LA FALTA DE
REGULACIÓN EN EL PERÚ*

Resumen

El presente artículo aborda el análisis del discurso de odio en el ciberespacio, con énfasis en su impacto sobre colectivos vulnerables en el Perú y la insuficiencia del marco normativo vigente para afrontarlo. Factores como el anonimato, la desinhibición en línea y los algoritmos de recomendación de las plataformas digitales han facilitado su proliferación. Aunque la normativa peruana tipifica ciertos actos de discriminación, no aborda de forma específica el discurso de odio en entornos digitales. El artículo concluye con un llamado a establecer un marco legal claro, integral y alineado con los estándares internacionales, que contemple sanciones proporcionales, estrategias preventivas, educación digital y mecanismos de protección para los grupos afectados.

Abstract

This article addresses the analysis of hate speech in cyberspace, with emphasis on its impact on vulnerable groups in Peru and the inadequacy of the current regulatory framework to address it. Factors such as anonymity, online disinhibition and the recommendation algorithms of digital platforms have facilitated its proliferation. Although Peruvian regulations criminalize certain acts of discrimination, they do not specifically address hate speech in digital environments. The article concludes with a call to establish a clear, comprehensive legal framework aligned with international standards, including proportional sanctions, preventive strategies, digital education and protection mechanisms for affected groups.

* Abogado por la Universidad de Piura. Maestro en Ciberdelincuencia por la Universitat Oberta de Catalunya. Maestro en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Piura. juanjaraluna@gmail.com ORCID 0009-0000-4819-3145

** Abogada por la Universidad de Piura. Estudios concluidos de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Piura. melissa.carlin17@gmail.com ORCID 0009-0009-1073-3033.

Palabras clave: Discurso de odio, ciberespacio, colectivos vulnerables, libertad de expresión

Keywords: Hate speech, cyberspace, vulnerable groups, freedom of expression

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II. EL DISCURSO DE ODIO: MARCO CONCEPTUAL Y EL ROL DE LAS PLATAFORMAS.** 1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO Y EL CIBERODIO. 2. COLECTIVOS VULNERABLES COMO OBJETIVO. 3. POLÍTICAS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: UN ANÁLISIS CRÍTICO. **III. EL VACÍO NORMATIVO EN EL PERÚ FRENTE AL DERECHO COMPARADO.** 1. PERSPECTIVAS DEL DERECHO COMPARADO: LECCIONES DESDE LA UE Y AMÉRICA LATINA. 2. LA LEGISLACIÓN PERUANA VIGENTE: EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y SUS LÍMITES. A) Sobre el delito de discriminación. B) Limitación y debido enfoque. **IV. ANÁLISIS DEL FENÓMENO EN EL PERÚ: CASOS Y FACTORES DE PROLIFERACIÓN.** 1. EL CASO "LA PAISANA JACINTA" COMO PRECEDENTE CULTURAL. 2. MANIFESTACIONES CRÍTICAS DE CIBERODIO. 3. FACTORES DE PROLIFERACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL PERUANO. **V. CONCLUSIONES.** **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

En esta era digital, el ciberespacio se ha transformado en un extenso escenario de interacción, donde las ideas y las comunicaciones trascienden las barreras geográficas y culturales con una rapidez sin precedentes. Esta nueva realidad ofrece numerosas oportunidades para el avance y la difusión del conocimiento; no obstante, también plantea desafíos significativos en términos de regulación y control de contenidos nocivos como el discurso de odio. Este fenómeno, caracterizado por expresiones vejatorias que incitan al odio, la discriminación y la violencia hacia grupos vulnerables, ha encontrado en internet un terreno fértil para su proliferación.

En el Perú, al igual que en muchos otros contextos, aunque existe legislación contra la discriminación, la regulación específica del discurso de odio en el ciberespacio aún es incipiente. Esto plantea una problemática compleja en términos de regulación de este tipo de conductas garantizando una protección contra el discurso de odio sin afectar derechos fundamentales como la libertad de expresión; más aún si, en los últimos años, nuestro país se ha polarizado debido a las crisis políticas recurrentes, los problemas que trae consigo la migración, el aumento del desempleo, entre otros. A esto se suma el rol de los espacios digitales, que amplifican la estigmatización, denigración y violencia contra individuos y colectivos vulnerables (Maya, 2023).

Uno de los impactos más relevantes es el daño psicológico. Estudios internacionales y nacionales indican que las personas expuestas a constantes mensajes de odio pueden experimentar ansiedad, depresión, baja autoestima, e incluso trastorno de estrés postraumático (Agustina et al., 2020). En el contexto peruano, estos efectos son particularmente agudos en colectivos como la comunidad LGTBIQ+, inmigrantes y pueblos indígenas, quienes ya enfrentan diversas formas de discriminación y marginación. Además, el discurso de odio contribuye a la polarización social y al aislamiento de las víctimas. La estigmatización y el acoso en línea pueden llevar a que estas personas se sientan excluidas de la comunidad, afectando su participación en la vida social y cívica. La normalización del odio en plataformas digitales también refuerza estereotipos negativos y perpetúa prejuicios, creando un ambiente hostil que afecta el bienestar general de la sociedad (Cabo et al., 2017).

Ante esta situación, existe una demanda crítica para que el gobierno establezca un conjunto de leyes que permitan limitar estas expresiones, especialmente cuando puedan desencadenar actos lesivos. Este artículo propone un análisis crítico del

discurso de odio en el ciberespacio, con especial énfasis en su impacto sobre los colectivos vulnerables en el Perú. Asimismo, evalúa las leyes vigentes y su aplicabilidad al entorno digital, que facilita la rápida propagación de este tipo de expresiones.

La importancia de este análisis reside en contribuir significativamente a la literatura existente al proporcionar un estudio ajustado a la realidad peruana, sirviendo de referencia para futuros estudios y, guiando el desarrollo de políticas públicas y estrategias enfocadas en la educación, sensibilización y prevención del discurso de odio en línea. Asimismo, ofrecer un diagnóstico que ayude al legislativo a entender mejor las dimensiones del problema y la necesidad de leyes más firmes, en irrestricta armonía y respeto por los demás derechos constitucionales que circundan.

Para guiar el presente análisis y articular una respuesta coherente a la problemática expuesta, este artículo busca responder a la siguiente interrogante central: ¿De qué manera el marco normativo peruano actual resulta insuficiente para proteger a los colectivos vulnerables frente al discurso de odio en el ciberespacio y qué elementos son indispensables para la construcción de una futura regulación que sea eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales?

II. EL DISCURSO DE ODIO: MARCO CONCEPTUAL Y EL ROL DE LAS PLATAFORMAS

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO Y CIBERODIO

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015) entiende el discurso de odio como el empleo de expresiones dirigidas a la defensa, promoción o incitación al odio, así como la humillación o el menoscenso hacia una persona o un grupo de personas. Esto incluye también el acoso, el descrédito, la propagación de estereotipos negativos, la estigmatización o la amenaza hacia dichas personas o

grupos, y la justificación de tales expresiones basadas en un catálogo amplio de características personales. Resulta importante definir con claridad qué se entiende por discurso de odio y, en particular, por delito de odio. Ello, considerando que en muchos casos el discurso de odio suele preceder a los delitos de odio; no obstante, un adelantamiento injustificado de la barrera punitiva puede llevar a la criminalización de expresiones ofensivas limitando la libertad de expresión.

2. COLECTIVOS VULNERABLES COMO OBJETIVO

Los blancos habituales del discurso de odio son colectivos pertenecientes a minorías, identificados por características como raza, género, identidad de género, ideologías, etnias, o capacidades distintivas, entre otros. Es crucial señalar que, el odio es un fenómeno humano susceptible a fluctuaciones dependiendo del contexto temporal y espacial, así como de las particularidades de los grupos minoritarios involucrados; sobre esto último, González, (2020) ha precisado que un factor que define a las víctimas del discurso de odio es precisamente la discriminación.

En ese sentido, Assiego Cruz et al. (2018), destacan la importancia de una comprensión precisa de los delitos de odio dentro del ordenamiento jurídico, buscando un equilibrio entre el derecho a expresarse libremente y la necesidad de preservar la dignidad de los individuos frente a discursos ofensivos, resaltando la creciente problemática del ciberodio y la necesidad de nuevos mecanismos para su identificación y persecución en el entorno digital. Los autores identifican como especialmente vulnerables frente al discurso de odio en línea a diversos grupos: personas por su orientación sexual o identidad de género (como el colectivo LGTBIQ+), por su raza, origen étnico o nacional (incluyendo la xenofobia), por enfermedades o discapacidades, por pertenencia a minorías religiosas (como el

antisemitismo e islamofobia), por sus creencias ideológicas o políticas, y a quienes sufren aporofobia, es decir, discriminación y violencia por su condición económica.

3. POLÍTICAS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: UN ANÁLISIS CRÍTICO

Habiéndose orientado el enfoque del discurso de odio en el ciberespacio, resulta fundamental examinar las plataformas donde este fenómeno se manifiesta con mayor frecuencia y las políticas internas que estas implementan para mitigarlo. Las redes sociales se han convertido en los principales escenarios para la difusión de discursos de odio debido a su amplio alcance y la facilidad con la que los mensajes pueden ser compartidos. Frente a ello, cada plataforma digital ha desarrollado políticas específicas que buscan identificar, moderar y, en muchos casos, eliminar el contenido que incite al odio, la violencia o la discriminación, como se resume a continuación:

Tabla 1

Políticas de las principales plataformas digitales frente al discurso de odio

Plataforma	Políticas frente al discurso de odio
Facebook	Prohíbe el contenido que incite al odio, la violencia o la discriminación, incluso cuando se dirige a ideas o creencias vinculadas a grupos vulnerables. Para ello, combina inteligencia artificial y moderadores humanos en la detección y eliminación de dicho contenido, además de permitir su reporte por parte de los usuarios (Meta, 2024).
Twitter (ahora X)	Aborda el discurso de odio a través de su política de “conducta odiosa”, que prohíbe la promoción de violencia, amenazas y acoso en contra de los grupos vulnerables (Mchangama et al., 2023). También restringe el uso de símbolos de odio en perfiles y aplica medidas para limitar la visibilidad de contenido ofensivo, como la degradación de tweets y suspensión de cuentas (X, 2024).
Instagram	Bajo la misma empresa matriz que Facebook, aplica políticas similares y ha ampliado su alcance para prohibir la supremacía blanca, el separatismo blanco, la negación del holocausto y otros discursos implícitos de odio, además de eliminar estereotipos dañinos (Instagram, 2024).
YouTube	La plataforma utiliza una combinación de algoritmos y moderadores humanos para identificar y eliminar videos que violen sus políticas. Asimismo, ha implementado sistemas de advertencia y suspensión de cuentas para los infractores reincidentes (Google, 2024).

Plataforma	Políticas frente al discurso de odio
Tik Tok	Utiliza inteligencia artificial y moderadores humanos para identificar y eliminar contenido ofensivo, permitiendo también a los usuarios reportar contenido que consideren inapropiado; además, ha implementado medidas para educar a sus equipos de moderación sobre el contexto detrás del uso de ciertos términos en contra de comunidades marginadas (TikTok, 2024).

Sin embargo, la eficacia de estas políticas en el contexto peruano es cuestionable. La moderación de contenido a menudo falla en reconocer jergas locales, contextos culturales específicos o el uso de lenguaje codificado para enmascarar el odio. Esto plantea un dilema ético fundamental: ¿Hasta qué punto es legítimo que corporaciones extranjeras, a través de algoritmos y moderadores no familiarizados con la realidad nacional, actúen como árbitros del debate público en nuestro contexto, balanceando intereses comerciales con la protección de derechos?

Sin perjuicio de este cuestionamiento, se puede afirmar que, aunque cada plataforma tiene su enfoque específico, todas comparten el objetivo común de reducir la prevalencia del discurso de odio y proteger a sus usuarios. A medida que la tecnología y las normas sociales evolucionan, es previsible que estas políticas continuarán adaptándose para abordar nuevas formas de discurso dañino.

III. EL VACÍO NORMATIVO EN EL PERÚ FRENTE AL DERECHO COMPARADO

1. PERSPECTIVAS DEL DERECHO COMPARADO: LECCIONES DESDE LA UE Y AMÉRICA LATINA

La proliferación del discurso de odio en línea, especialmente en las redes sociales, ha generado un intenso debate jurídico y social en torno a los límites de la libertad de expresión y la necesidad de proteger los derechos de las personas y colectivos más vulnerables. Diversos países y organismos internacionales han

abordado esta problemática desde diferentes perspectivas, buscando un equilibrio entre la garantía de la libre expresión y la prevención de daños a terceros.

En esa línea, la perspectiva europea se ha caracterizado por una mayor sensibilidad hacia la restricción del discurso de odio en comparación con la perspectiva estadounidense, más tolerante y defensora de la libertad de expresión (Gutiérrez, 2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que ciertos discursos, como los que incitan al odio, la discriminación o la violencia contra grupos vulnerables, pueden ser restringidos (Álvarez, 2020). El TEDH ha aplicado un test de proporcionalidad para determinar la legitimidad de estas restricciones, considerando si son necesarias en una sociedad democrática y si persiguen un objetivo legítimo (Gutiérrez, 2020).

En el ámbito de la Unión Europea (UE), se han adoptado diversas medidas para combatir el discurso de odio en línea, como la Decisión Marco 2008/913/JAI, que establece sanciones penales para conductas racistas y xenófobas. Además, se ha promovido la autorregulación de las plataformas de internet a través del Código de Conducta, que busca la cooperación entre empresas tecnológicas y autoridades nacionales para eliminar contenidos ilegales y fomentar un contradiscurso positivo (Gutiérrez, 2020).

Un ejemplo de ello es el caso de España, que castiga la incitación al odio, la violencia o la discriminación por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, origen, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad (Gordon, 2024). No obstante, su Tribunal Constitucional ha adoptado una interpretación restrictiva del discurso de odio, limitando la libertad de expresión únicamente cuando existe un peligro real para bienes jurídicos como la dignidad

humana (Marchena, 2018). Por otro lado, algunos autores han criticado esta interpretación y a la propia tipificación penal del discurso de odio, argumentando que existen otras vías más adecuadas y proporcionadas para abordar este problema, como sanciones administrativas o indemnizaciones civiles (Gordon, 2024; Rey, 2015).

Por otro lado, en el caso del Reino Unido, la Comisión de Derecho ha publicado un informe en 2021 sobre crímenes de odio y discurso de odio, en el que sugiere reformas para abordar estas problemáticas. El informe propone ampliar las categorías protegidas por la ley, establecer un único estándar probatorio para todas las formas de odio y crear una ley única sobre crímenes de odio (CELE, 2024). Asimismo, destaca la importancia de proteger la crítica y los discursos irritantes o molestos que no inciten a la violencia, garantizando así la libre circulación de opiniones e ideas.

En América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 13 la prohibición de la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha distinguido entre discurso de odio, que incita a la violencia, y discurso intolerante, que abarca expresiones ofensivas, discriminatorias u hostigadoras, pero no necesariamente violentas. La CIDH ha abogado por un enfoque integral para enfrentar la intolerancia, promoviendo la educación en derechos humanos y la no discriminación, así como la autorregulación de las plataformas de internet y el uso del contradiscurso (Rosales, 2019).

En el contexto digital, el discurso de odio adquiere una dimensión particular debido a las características propias de internet y las redes sociales, como la sobreabundancia comunicativa, la descentralización de la comunicación, la permanencia de los contenidos, el anonimato y la transnacionalidad (Milanes &

Ferreyra, 2020). Estas características amplifican el alcance y el impacto del discurso de odio, dificultando su control y persecución.

En este sentido, se han planteado diversas estrategias para combatir el discurso de odio en línea, que van desde la atribución de responsabilidad a las empresas proveedoras de servicios de internet, hasta la promoción de la autorregulación y la implementación de filtros informáticos (Gutiérrez, 2020). Sin embargo, estas estrategias no están exentas de críticas, ya que pueden afectar la libertad de expresión y, generar problemas de control y censura por parte de actores privados.

En síntesis, el discurso de odio en línea representa un desafío global que requiere una respuesta integral y multidisciplinaria. La legislación penal, aunque necesaria en casos extremos, no es la única ni la más adecuada solución para abordar este problema. Es fundamental promover la educación en derechos humanos, la no discriminación y el respeto a la diversidad, así como fomentar el uso responsable de las redes sociales y la autorregulación de las plataformas de internet.

2. LA LEGISLACIÓN PERUANA VIGENTE: EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y SUS LÍMITES

A) Sobre el delito de discriminación

Actualmente, el Perú carece de una legislación específica y robusta que aborde de manera integral el discurso de odio en el ciberespacio (Maya, 2023). Si bien existen algunas leyes que protegen contra la discriminación, no hay una normativa clara que defina y penalice específicamente el discurso de odio en línea.

El artículo 323 del Código Penal, tipifica el delito de discriminación, que incluye actos de "distinción, exclusión, restricción o preferencia" basados en diversos motivos como raza, religión, sexo, orientación sexual, entre otros (Mendoza, 2024). Asimismo,

una modificación al referido precepto en 2017, estableció como agravante cuando la discriminación se realiza "a través de internet u otro medio análogo"; sin embargo, esta no aborda explícitamente el discurso de odio en el ciberespacio. Esto podría aplicarse a casos de discurso de odio en línea, pero no es una disposición específica para este fenómeno.

Sobre la discriminación, nuestra Constitución Política, específicamente en el artículo 2, inciso 2, establece como derecho fundamental de la persona, la igualdad ante la ley. Este derecho prohíbe la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, entre otros. No obstante, es importante destacar que la igualdad trasciende su condición de derecho fundamental y se erige como un principio guía, tanto para la estructura del Estado social y democrático de Derecho como para la conducta de los órganos del poder público. Como principio, la igualdad admite que no todas las formas de desigualdad constituyen discriminación, ya que no se prohíben todas las diferencias en el trato. La violación de la igualdad ocurre únicamente cuando la discriminación no tiene justificación objetiva y razonable. Por lo tanto, el principio de igualdad no elimina la posibilidad de un trato diferenciado si este se basa en criterios objetivos y razonables (Sentencia, 2011).

Sobre la base de este precepto, Felipe Villavicencio (2017) entiende que el bien jurídico protegido por el delito de discriminación es el derecho a la igualdad. Este derecho se entiende como la garantía de que ninguna persona sea tratada de manera desigual ni se le restrinja el goce y disfrute de sus derechos debido a características innatas (raza, sexo, identidad étnica, idioma, etc.) o a posiciones voluntariamente asumidas en la sociedad (religión, opinión, etc.). Asimismo, distingue tres conductas: el acto de discriminar, que consiste en dar un trato de inferioridad basado en motivos prohibidos; la incitación a la discriminación, que implica estimular públicamente a

otros a realizar actos discriminatorios, diferenciándose de la instigación en que es una conducta autónoma; y el acto de promover la discriminación, entendido como iniciar o impulsar conductas discriminatorias, equivalente a la incitación.

Bajo estas conductas, el autor considera que el delito de discriminación es un delito doloso, lo que significa que el agente debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Además del dolo, este delito requiere un elemento subjetivo especial: la intención de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. Este elemento subjetivo, conocido como tendencia interna trascendente, implica que la intención del autor va más allá de la mera realización de la conducta típica; consumándose sin necesidad de que se logre el resultado pretendido.

Por último, con relación a las agravantes de la conducta cuando se materializa mediante actos de violencia física o mental, o a través de internet u otro medio análogo, Alonso Peña-Cabrera (2018) considera en cuanto a la primera, que si la afectación principal recae sobre la integridad física del sujeto pasivo, la discriminación se desplaza a ser un delito de lesiones; sin embargo, si el acto discriminatorio incluye violencia, pero no resulta en un menoscabo efectivo, sigue considerándose discriminación. Por otro lado, respecto al agravante de uso de las tecnologías de la información en la comisión de actos discriminatorios, considera que solo se ha cumplido con especificar el medio empleado debido a la capacidad de estos para transmitir información de manera masiva y rápida, lo cual justificaría una mayor severidad en la respuesta penal.

En consecuencia, como se expresó al inicio de este análisis pormenorizado del tipo penal de discriminación, queda demostrado que la orientación básica de este ilícito es sancionar acciones que están dirigidas a impedir o limitar el ejercicio de los

derechos fundamentales de la persona afectada. De esta manera, la discriminación se entiende como cualquier acto que impida o limite el acceso igualitario a derechos fundamentales reconocidos en la ley, la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos, que incluye derechos como la educación, la salud, el trabajo, la justicia, entre otros (Salomé, 2017).

B) Limitación y debido enfoque

Sobre la base de lo evaluado, queda claro que el artículo 323 del Código Penal, sobre discriminación e incitación a la discriminación, tiene una aplicabilidad limitada al discurso de odio en línea. Si bien incluye como agravante la comisión del delito "a través de internet u otro medio análogo", su enfoque principal es la discriminación, en cuanto tenga como resultado la negación o restricción del goce pleno de derechos en condiciones de igualdad, y no aborda específicamente las diferentes formas de discurso de odio y las consecuencias que podría acarrear.

Como ya se expresó, la agravante "si se realiza a través de internet u otro medio análogo" en el contexto del delito de discriminación en Perú, se refiere a la utilización de tecnologías de la información y comunicación para llevar a cabo actos discriminatorios. Esta agravante se introdujo para reconocer y sancionar la creciente incidencia de actos de discriminación que se cometen en el entorno digital; no obstante, se debe tener en claro su aplicabilidad a actos concretos que afectan derechos constitucionalmente protegidos. Por otro lado, el discurso de odio en línea abarca expresiones más generales de hostilidad o desprecio, sin necesariamente afectar un derecho específico, ya no centrándose en proteger la igualdad, sino además la dignidad, cohesión social y prevenir la violencia contra los colectivos vulnerables.

Teniendo esta premisa clara, al ser el discurso de odio una forma de comunicación que tiene como objetivo promover y alimentar una opinión prejuiciosa,

errónea, estigmatizante y destructiva hacia un grupo de individuos históricamente discriminado o perseguido por los motivos ya precisados, corresponde desarrollar brevemente, cuándo se está frente a un discurso de odio con cierta reprochabilidad. Para determinar si una expresión constituye discurso de odio, se deben considerar varios criterios que han sido desarrollados tanto en el ámbito jurídico como en el académico.

Al respecto, una de las posturas que cuenta con mayor respaldo y desarrollo son las de Kaufman (2015), quien sostiene que para identificar si estamos frente o no, ante un discurso de odio penalmente relevante, debemos entender que existen tres categorías, las cuales permiten una respuesta proporcionada según la gravedad del discurso de odio, desde sanciones penales severas hasta medidas educativas a largo plazo, pasando por intervenciones administrativas para casos de gravedad intermedia.

En primer lugar, identifica el discurso de odio de mayor gravedad, que incluye expresiones que incitan al genocidio, terrorismo o violencia directa, o que buscan denigrar e incitar a la exclusión de grupos vulnerables, y que deben ser sancionadas penalmente. En segundo lugar, el discurso de mediana entidad, que, si bien no incita directamente a la violencia, puede generar humillación, exclusión o discriminación, por lo que debe ser abordado mediante sanciones administrativas. Finalmente, el discurso de menor gravedad comprende expresiones insensibles hacia grupos vulnerables, sin un daño inmediato, que deben enfrentarse mediante estrategias educativas a largo plazo.

Es evidente que la principal dificultad reside en discernir si un discurso de odio está diseñado explícitamente para humillar o convencer a otros de discriminar, o si simplemente podría tener ese efecto. A simple vista, parece problemático limitar las sanciones solo a aquellos discursos que podrían generar ciertos efectos, ya que esto

podría interpretarse como una omisión de la intención subyacente; no obstante, esta no es la interpretación correcta. Se debe entender que la distinción entre los discursos de odio que ameritan una sanción penal y aquellos que pueden recibir sanciones administrativas se basan claramente en la intención. Por ello, se considera que los discursos de odio que explícitamente buscan humillar o incitar a la discriminación deben ser tratados penalmente, mientras que aquellos discursos que, aunque dañinos, carecen de tal intención explícita pueden recibir sanciones administrativas o civiles (Díaz, 2015).

Después de distinguir cuándo debería imponerse una sanción penal en lugar de una sanción civil o administrativa para el discurso de odio, es esencial determinar los factores para evaluar su severidad. Es decir, cuándo un discurso de odio es lo suficientemente perjudicial para no quedar impune y merece sanción por abusar del derecho a la libertad de expresión. En este contexto, las conclusiones del Plan de Acción de Rabat ofrecen valiosas perspectivas, proporcionando una guía sobre cómo juzgar la gravedad de los discursos de odio en cada caso.

El Plan de Acción de Rabat es un documento importante desarrollado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) con el objetivo de abordar la compleja relación entre la libertad de expresión y la incitación al odio (ONU, 2013). Un elemento central del Plan de Acción de Rabat es la "prueba de umbral", que proporciona seis criterios para evaluar si una expresión particular constituye incitación al odio punible; estos criterios son:

- Contexto: Se evalúa el contexto social y político en el que se produce la expresión. Por ejemplo, se considera si existe tensión entre grupos, conflictos recientes o discriminación histórica. El contexto es crucial para determinar si una expresión puede tener un impacto más significativo o peligroso.

- Orador/a: Se analiza la posición o estatus del emisor en la sociedad, especialmente en relación con su audiencia. Las declaraciones de líderes políticos, religiosos o figuras públicas suelen tener mayor peso e influencia que las de ciudadanos comunes.
- Intención: Se examina si el orador tenía la intención de incitar a la discriminación, hostilidad o violencia contra el grupo objetivo. Esto puede inferirse del lenguaje utilizado, el tono y el contexto de las declaraciones.
- Contenido y forma: Se evalúa el significado, tono y estilo del discurso. Se considera si el lenguaje es provocativo, directo o si utiliza estereotipos negativos. También se analiza la forma en que se transmite el mensaje (oral, escrito, artístico, etc.).
- Extensión del discurso: Se considera el alcance del acto comunicativo, incluyendo si fue público, los medios de difusión utilizados y la magnitud de la audiencia. Un discurso transmitido por medios masivos tendrá mayor impacto que una conversación privada.
- Probabilidad, incluyendo inminencia: Se evalúa la probabilidad de que el discurso resulte en acciones contra el grupo objetivo. Se considera si existe un vínculo causal razonable entre el discurso y una acción discriminatoria o violenta.

Esta prueba de umbral es una herramienta importante diseñada para ayudar a determinar cuándo una expresión cruza la línea de la libertad de expresión protegida y se convierte en incitación ilegal al odio. Es importante destacar que, el mismo documento advierte que la aplicación de estos criterios requiere un juicio cuidadoso por parte de los operadores de justicia, debiendo estos equilibrar la protección de la libertad de expresión con la prevención de daños a grupos vulnerables. Asimismo, se

debe considerar que el Plan de Acción de Rabat se basa y complementa con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se protege por un lado en el artículo 19, la libertad de expresión, y por otro, en el artículo 20, se prohíbe la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

De esta manera, considerando que Perú ratificó este Pacto desde 1978, tenemos un compromiso internacional de respetar y garantizar los derechos civiles y políticos reconocidos en este instrumento, debiendo adoptar medidas legislativas y administrativas para este fin.

En conclusión, la normativa actual, aunque incluye la agravante de actos de discriminación realizados a través de internet, no proporciona un marco adecuado para enfrentar las complejidades del discurso de odio en línea. Esto se debe a que nuestra legislación se centra principalmente en la discriminación, sin abordar suficientemente las diferentes formas y manifestaciones del discurso de odio que no necesariamente se traducen en una negación explícita de derechos, pero que sí fomentan un ambiente hostil y peligroso.

Por lo tanto, es imperativo que Perú desarrolle una legislación específica y robusta que no solo defina y penalice adecuadamente el discurso de odio en línea, sino que también contemple medidas preventivas y educativas para combatir este fenómeno de manera integral. Esta legislación debe estar alineada con los estándares internacionales de derechos humanos y adaptada a las particularidades del entorno digital, asegurando así una protección efectiva para todos los ciudadanos, especialmente aquellos pertenecientes a colectivos vulnerables.

IV. ANÁLISIS DEL FENÓMENO EN EL PERÚ: CASOS Y FACTORES DE PROLIFERACIÓN

1. EL CASO “LA PAISANA JACINTA” COMO PRECEDENTE CULTURAL

Debido a la falta de regulación penal del discurso de odio en el ciberespacio, no existen casos en la jurisprudencia nacional que hayan abordado el tema. No obstante, un caso que nos puede ilustrar sobre la orientación jurisprudencial sobre este tema es el caso de "La Paisana Jacinta", el cual ha trascendido las fronteras de la televisión y ha encontrado un nuevo espacio de difusión en internet y las redes sociales.

Este caso fue objeto de un intenso debate debido a las acusaciones de racismo y discriminación hacia la población andina. Este personaje, ha sido criticado por perpetuar estereotipos negativos sobre las mujeres indígenas andinas, lo que ha llevado a su prohibición en la televisión peruana. Desde su aparición en 1999, "La Paisana Jacinta" ha sido un fenómeno mediático que ha generado tanto popularidad como controversia. El personaje se caracteriza por su apariencia desdentada y desaliñada, su forma de hablar con errores gramaticales y su comportamiento torpe y vulgar (Heros, 2016). Estas características han sido vistas como una burla hacia las mujeres andinas, reforzando estereotipos de ignorancia, suciedad y falta de educación (CNCD, 2019).

El programa ha sido acusado de promover un discurso de odio al representar a las mujeres andinas de manera denigrante. Según un informe del Centro de Culturas Indígenas del Perú, el personaje de Jacinta no es una parodia inocente, sino un estereotipo que refuerza la imagen de marginalización y subordinación de los pueblos indígenas (CHIRAPAQ, 2014). Esta representación negativa ha tenido un impacto significativo en la percepción pública, alimentando prejuicios racistas y

contribuyendo a la discriminación en diversos ámbitos, incluyendo el sistema educativo (CNCD, 2019).

En 2020, la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el Exp. 00798-2014, ordenó la suspensión del programa, argumentando que constituía una ofensa y un atentado racista contra la dignidad de las mujeres indígenas andinas (DW, 2020). Esta decisión fue el resultado de una lucha legal de seis años impulsada por mujeres cuzqueñas que se sintieron ofendidas por la representación de Jacinta. El análisis del discurso de "La Paisana Jacinta" revela que el humor del programa se basa en la ridiculización de las características físicas y lingüísticas de las mujeres andinas. La exageración de la "motosidad" y el uso de onomatopeyas incomprensibles refuerzan la exotización del quechua y la percepción de los indígenas como personas de baja inteligencia (Viola, 2020). Además, el programa utiliza la violencia y el comportamiento vulgar de Jacinta para generar risa, perpetuando la idea de que las relaciones de pareja entre andinos son inherentemente violentas (Heros, 2016).

En conclusión, el referido programa ha sido señalado por reforzar prejuicios y estereotipos contra la mujer andina en Perú, mostrando características físicas y conductas negativas que contribuyen al discurso de odio y a la discriminación racial y cultural. Esta representación ha generado rechazo y debates acerca de los límites de la libertad de expresión y la responsabilidad de los medios en la promoción de la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural (CNCD, 2019).

2. MANIFESTACIONES CRÍTICAS DE CIBERODIO

Para el año 2023, en el ámbito nacional, se ha logrado identificar varios ejemplos específicos de discursos de odio en el ciberespacio que afectaron a diversos colectivos vulnerables. A continuación, se presentan algunos casos destacados:

- Discriminación contra la comunidad LGTBI+: Un estudio reveló que el 50.1% de la conversación en redes sociales sobre la comunidad LGTBIQ+ era detractora, evidenciando un alto nivel de discurso de odio en línea contra este grupo (Stakeholders, 2024). Asimismo, Este fenómeno también se evidenció en un análisis de mensajes en Twitter, donde se observó que, en Perú los mensajes negativos hacia la comunidad LGTBI superaron en número a los positivos, reflejando un ambiente hostil en las redes sociales (Molina, 2023).
- Xenofobia y racismo contra migrantes venezolanos: Las personas refugiadas y migrantes de Venezuela, han sido objeto de discursos de odio en redes sociales, donde se les asocia con problemas sociales y económicos. Estos mensajes suelen incluir estereotipos negativos y llamados a la exclusión, los cuales acarrean serias limitaciones para acceder a información sobre mecanismos de denuncia y servicios de justicia (IDEHPUCP, 2023).
- Terruqueo: El fenómeno del "terruqueo", que consiste en acusar a personas de ser terroristas para desacreditarlas, se intensificó en el contexto político. Este término se utilizó ampliamente en redes sociales para estigmatizar a personas por su afiliación política, especialmente durante las protestas contra el gobierno de Dina Boluarte y en apoyo al expresidente Pedro Castillo; cabe precisar, que se observó que este tipo de discurso se empleaba mayormente para descalificar a los manifestantes y líderes políticos de origen indígena (Mago, 2023).
- Discurso Político del Odio: Durante las elecciones presidenciales, se observó una polarización extrema en los discursos de los candidatos y sus simpatizantes. Los discursos en redes sociales incitaban al conflicto, con acusaciones de comunismo y corrupción que generaban odio y discriminación

entre los seguidores de los partidos políticos (González, 2023). Asimismo, durante las protestas en Perú tras el intento fallido del expresidente Pedro Castillo de disolver el Congreso en diciembre de 2022, se observaron numerosos discursos de odio en línea dirigidos tanto a los manifestantes como a las autoridades. Estos mensajes incluían amenazas y lenguaje despectivo, intensificando las tensiones sociales y políticas en el país (Watanabe et al., 2023).

- Misoginia y Violencia de Género: Durante las elecciones de 2023, un estudio de IDEA Internacional evidenció un entorno digital misógino, en el que el 34.5% de los discursos de odio y la desinformación de género se dirigieron a mujeres políticas, afectando su participación mediante ataques personales, descalificaciones y teorías conspirativas (IDEA, 2023).

Los ejemplos expuestos demuestran la diversidad y complejidad del discurso de odio en el ciberespacio peruano durante 2023, afectando a múltiples grupos como la comunidad LGTBI+, migrante, indígena, entre otros. Es importante destacar que estos casos no solo reflejan prejuicios individuales, sino también tensiones sociales más amplias y desafíos estructurales en la sociedad peruana. La interseccionalidad de estas formas de discriminación (por ejemplo, cuando se combinan factores como género, etnia y clase social) agrava la exposición al discurso de odio en línea, lo que evidencia la necesidad urgente de una regulación específica y de estrategias educativas que promuevan el respeto y la tolerancia en el entorno digital.

3. FACTORES DE PROLIFERACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL PERUANO

Varios factores influyen en la proliferación del discurso de odio en el ciberespacio peruano. Estos se interrelacionaron de manera compleja, creando un

ambiente propicio para la propagación de expresiones discriminatorias y violentas en línea.

Uno de los factores de influencia es el anonimato en el ciberespacio, el cual permite a los usuarios expresarse sin temor a repercusiones directas, lo que fomenta la difusión de discursos de odio, pues pueden ocultar su identidad tras pseudónimos o perfiles falsos (Cabo et al., 2017). Esto dificulta la persecución de los responsables y propicia comportamientos agresivos que probablemente no ocurrirían en interacciones cara a cara debido a la posibilidad de represalias inmediatas (Maldonado et al., 2022).

Relacionado con esto, la teoría de la desinhibición online sostiene que las personas actúan con mayor agresividad en internet debido a la falta de contacto directo y la sensación de impunidad. Esto se explica por factores como el anonimato, la invisibilidad, la asincronía, la solipsística introyección (percepción de que el mundo en línea es una extensión de la mente del usuario) y la minimización de la autoridad. Como resultado, se produce una desconexión moral que lleva a justificar conductas agresivas en el entorno digital (Suler, 2004).

Por otro lado, el efecto de la cámara de eco en redes sociales y plataformas en línea se manifiesta cuando los usuarios solo reciben información que coincide con sus creencias, reforzándolas y radicalizándolas (Toottyp, 2022). Los algoritmos priorizan contenido acorde a las preferencias previas, generando un entorno homogéneo que limita la exposición a opiniones contrarias, lo que fomenta la polarización y radicalización (The Conversation, 2022).

Asimismo, los algoritmos de recomendación en muchas plataformas en línea buscan maximizar la interacción del usuario promoviendo contenido que genera fuertes reacciones emocionales. Esto incluye discursos de odio y mensajes

polarizantes, los cuales atraen más atención y generan más comentarios y compartidos. La viralidad de estos contenidos se potencia porque los algoritmos priorizan aquel material que provoca respuestas emocionales intensas (Ruiz, 2023).

Finalmente, la facilidad de difusión en internet, gracias a su rapidez y alcance, permite que los mensajes de odio se propaguen a gran velocidad a una amplia audiencia, amplificando su impacto. La capacidad de las redes sociales para diseminar contenido al instante hacia vastas audiencias globales hace que el discurso de odio se extienda en una magnitud sin precedentes (Holt et al., 2017). Esta rápida y amplia difusión dificulta el control y la eliminación de estos mensajes una vez publicados.

En adición, la proliferación del discurso de odio en el ciberespacio peruano no solo respondió a dinámicas propias del entorno digital —como el anonimato, la desinhibición o los algoritmos de recomendación—, sino también a la inacción legislativa frente a un fenómeno en constante evolución. La inexistencia de una normativa clara y específica ha permitido que estos discursos se consoliden en plataformas digitales sin una respuesta estatal proporcional. Por ello, resulta imperativo avanzar hacia un marco legal que, además de sancionar estas manifestaciones, comprenda la complejidad del entorno virtual y sus mecanismos de propagación, sin comprometer los principios democráticos ni la libertad de expresión.

V. CONCLUSIONES

El análisis realizado a lo largo de este artículo ha permitido responder a la pregunta de investigación, evidenciando que el marco normativo peruano es insuficiente para proteger a los colectivos vulnerables frente al discurso de odio en el ciberespacio. Se ha demostrado que la legislación actual, centrada en el delito de discriminación, no abarca la complejidad del fenómeno digital, el cual es exacerbado por factores como el anonimato, la desinhibición en línea y los algoritmos de

recomendación. Por tanto, superada la fase de diagnóstico, es imperativo avanzar hacia una solución legislativa concreta. A continuación, se exponen los hallazgos finales del estudio, articulados como lineamientos esenciales para una futura ley integral.

Es indispensable una tipificación penal específica para el discurso de odio. El estudio confirmó que el delito de discriminación del artículo 323 del Código Penal se enfoca en la anulación de derechos, dejando un vacío frente a expresiones de odio que, sin anular un derecho concreto, fomentan la hostilidad, la violencia y afectan la dignidad y la cohesión social.

Para ello, se propone la incorporación de un artículo al Código Penal, que sancione penalmente a quienes públicamente inciten de forma directa a la violencia contra personas o grupos por motivos protegidos (raza, religión, orientación sexual, etc.). Esta tipificación debe incluir no solo la incitación, sino también la producción, elaboración, distribución y difusión de material idóneo para tal fin. Crucialmente, la norma debe contemplar como agravante cuando los hechos se cometan a través de medios de comunicación social o internet, reconociendo el potencial magnificador del entorno digital. Para garantizar un equilibrio con la libertad de expresión, la interpretación y aplicación de este delito debe guiarse en los modelos de derecho comparado y los estándares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Perú.

La regulación debe incluir un régimen de corresponsabilidad para las plataformas digitales. El análisis de las políticas de las plataformas reveló que, si bien existen, su eficacia en el contexto peruano es cuestionable y plantea dilemas éticos sobre su rol como árbitros del debate público. En consecuencia, se recomienda que la futura ley establezca obligaciones de diligencia debida, forzando a las plataformas a

implementar mecanismos de denuncia accesibles y a cumplir con el retiro de contenido en plazos perentorios bajo orden judicial.

Las medidas punitivas deben complementarse con un enfoque preventivo y educativo. La investigación sobre los factores de proliferación demostró que el ciberodio es un fenómeno social complejo que no se resuelve únicamente con sanciones. Por ello, se concluye que un marco legal integral debe mandatar al Estado, a través de sus ministerios competentes, la implementación de programas de alfabetización digital y sensibilización en todos los niveles educativos, orientados a fomentar una cultura de respeto y pensamiento crítico en el entorno digital.

Es crucial centrar la normativa en la protección y reparación de las víctimas. El impacto del discurso de odio, manifestado en severos daños psicológicos y exclusión social, exige una respuesta que priorice al afectado. Por tanto, la legislación debe incorporar mecanismos de reparación y protección ágiles, como el cese inmediato de la difusión del contenido lesivo y la obligación de facilitar el acceso a servicios de apoyo psicológico, garantizando una tutela efectiva.

En síntesis, la adopción de estos lineamientos no solo llenaría un peligroso vacío legal, sino que también alinearía al Perú con sus compromisos internacionales, constituyendo un paso decisivo hacia la construcción de un entorno digital más seguro, inclusivo y democrático.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Agustina, J. R., Montiel Juan, I., & Gámez-Guadix, M. (2020). *Cibercriminología y victimología online*. Síntesis.

Álvarez Suárez, J. (2020). El concepto de "hate speech" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *El Tiempo de los Derechos*(16).

- Assiego Cruz, V., Orejón Sánchez de las Heras, N., Alises Castillo, C., Gracia González, J. V., & Santiago Reyes, C. (2018). *Delitos de Odio - Guía práctica para la abogacía*. Fundación Abogacía Española.
- Cabo Isasi, A., & García Juanatey, A. (2017). *Contrólate en las redes!: el discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Ajuntament de Barcelona.
- Díaz Soto, J. (2015). El derecho a la libertad de expresión y las redes sociales. *Revista Derecho del Estado* (34), 77-101.
- González Aguilar, H. (2023). El discurso político del odio en las últimas elecciones: Un análisis desde los planteamientos del discurso crítico. *Revista Internacional de Cultura Visual*.
- Gordon Benito, I. (2024). Ciberodio: Un estudio de derecho penal comparado. *Cuadernos De RES PUBLICA En Derecho Y criminología*, 14-35.
- González Bustinze, J. M. (2020). Las implicancias jurídicas del discurso de odio en especial atención a la libertad de expresión. (*Tesis de Maestría*). Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza.
- Gutiérrez Castillo, V. L. (2020). El control europeo del ciberespacio ante el discurso de odio: análisis de las medidas de lucha y prevención. *Araucaria*, 22(45).
- Heros, S. (2016). Humor étnico y discriminación en La paisana Jacinta. *Pragmática Sociocultural*, 4(1).
- Kaufman, G. A. (2015). *Odium dicta: Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*. CONAPRED.

Mago, B. (2023). La identidad al filo de la palabra: el fenómeno del terruqueo en el ciberespacio, formas y representaciones hegemónicas. *Lengua y Sociedad*, 22(1), 449-487.

Maldonado, A., Muñoz, N., Ramírez, L., & Zamora, A. (2022). ¿Qué pasa cuando nos escondemos detrás de la pantalla para esparcir mensajes de odio? *Goooya*(4).

Marchena Galán, S. (2018). Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx* (34).

Maya, A. M. (2023). Estrategias para legislar sobre el discurso de odio en el Perú. (*Tesis de Maestría*). PUCP.

Mendoza Rázuri, A. P. (2020). El delito de discriminación en el Perú: Avances y retrocesos en sus veinte años de vigencia como tipo penal. *Alerta Contra el Racismo*.

Milanes, M., & Ferreyra, E. (2020). *Más que palabras: buscando consensos para caracterizar el discurso de odio*. Asociación por los Derechos Civiles.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2018). *Derecho Penal: Parte Especial* (Cuarta ed., Vol. Tomo IV). IDEMSA.

Thomas J. Holt, A. M.-S. (2017). *Cybercrime and digital forensics: An introduction* (Segunda ed.). Routledge.

Rey Martínez, F. (2015). Discurso del odio y racismo líquido. *Libertad de expresión y discursos del odio*, 51-88.

Rosales Roa, R. (2019). El discurso de odio en la CADH : ¿igualdad y/o libertad de expresión? *Revista IIDH*, 233-270.

Salomé Resurrección, L. M. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*(22), 255-290.

Suler, J. (2004). The online disinhibition effect. *CyberPsychology & Behavior*, 7(3).

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal: Parte Especial* (Vol. 1). Grijley.

Viola Recasens, A. (2020). Andinofobia en prime time: La paisana Jacinta y el linchamiento televisivo de las mujeres andinas en Perú. *Medios indígenas: teorías y experiencias de la comunicación indígena en América Latina*, 371-409.

Watanabe Farro, A., Hernández Garavito, C., Mejía, A., Méndez, C., Molina-Vital, C., Noles Cotito, M. I., [...], Smith, A. (2023). Protests in Peru: Interdisciplinary Perspectives on a Structural Crisis. *Journal of Latin American Cultural Studies*(32), 157 - 175.

1. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

Sentencia, Exp. N° 03461-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 15 de junio de 2011).

2. INFORMES INSTITUCIONALES Y OTRAS FUENTES

Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE). (05 de junio de 2024). *Crímenes de odio y discurso de odio: una breve perspectiva comparada*. Obtenido de <https://observatoriolegislativocele.com/crimenes-de-odio-y-discurso-de-odio-una-breve-perspectiva-comparada/>

Centro de Culturas Indígenas del Perú (CHIRAPAQ). (2014). *Discriminación racial en los medios de comunicación peruanos: El caso del programa humorístico "La Paisana Jacinta"*. Ginebra.

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). (2015). *Recomendación de Política General N° 15. Relativa a la lucha contra el discurso de odio*, Consejo de Europa, Estrasburgo.

Comisión Nacional Contra la Discriminación (CNCD). (2019). Informe Temático N° 1. *Informe sobre la discriminación en medios de comunicación en el Perú, con especial énfasis en la discriminación étnico-racial*. Lima.

DW. (16 de octubre de 2020). *Perú: Justicia prohíbe a “La Paisana Jacinta” por racista*. Obtenido de <https://www.dw.com/es/per%C3%BA-justicia-proh%C3%ADbe-a-la-paisana-jacinta-por-racista/a-55292048>

Google. (02 de junio de 2024). *Política de Youtube*. Obtenido de Centro de asistencia: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=es>

Instagram. (02 de junio de 2024). *Condiciones y políticas*. Obtenido de Normas comunitarias: <https://help.instagram.com/477434105621119>

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) & Poder Judicial. (2023). *Investigación sobre barreras de acceso a la justicia que enfrentan las personas refugiadas y migrantes en las ciudades de Lima, Tacna, Tumbes, Arequipa y Trujillo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA). (2023). *Desinformación y discursos de odio: Amenazas digitales a la participación política de las mujeres en elecciones*. Estocolmo.

Meta. (02 de junio de 2024). *Políticas*. Obtenido de Normas comunitarias de Facebook: <https://transparency.meta.com/es-es/policies/community-standards/hate-speech/>

Molina Gallardo, V. (21 de junio de 2023). Crecen un 130% los discursos de odio contra el colectivo LGTBI: "Si un tío se maquilla es maricón. A la hoguera". *Levante: El mercantil valenciano*. Recuperado el 23 de junio de 2024, de <https://www.levante-emv.com/sociedad/2023/06/21/crecen-130-discursos-odio-colectivo-88958084.html>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2013). *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*.

Ruiz, P. (14 de junio de 2023). *Universitat Oberta de Catalunya*. Obtenido de El mecanismo del discurso de odio: ¿es posible desactivarlo?: <https://www.uoc.edu/es/news/2023/149-discurso-odio-redes-sociales-desactivar>

Stakeholders. (02 de junio de 2024). *El discurso de odio en contra del colectivo LGTBI+ en el Perú ocupa el 50% de la conversación digital*. Obtenido de Derechos Humanos: <https://stakeholders.com.pe/ddhh/el-discurso-de-odio-en-contra-del-colectivo-lgtbi-en-el-peru-ocupa-el-50-de-la-conversacion-digital/>

The Conversation. (22 de febrero de 2022). Obtenido de Redes sociales: ¿cámaras de eco o espacios para el debate?: <https://theconversation.com/redes-sociales-camaras-de-eco-o-espacios-para-el-debate-176759>

TikTok. (02 de junio de 2024). *Seguridad y civismo*. Obtenido de Normas de la comunidad: <https://www.tiktok.com/community-guidelines/es/safety-civility>

Tooltyp. (19 de diciembre de 2022). *Cámaras de eco: qué son y por qué las redes sociales son su mejor entorno*. Obtenido de Social Media Marketing:

<https://www.tooltyp.com/camaras-de-eco-que-son-y-por-que-las-redes-sociales-son-su-mejor-entorno/>

X. (02 de junio de 2024). *Centro de ayuda.* Obtenido de Seguridad y ciberdelincuencia:

<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>

Por:

Javier Eduardo

López Romaní *

*UN NUEVO ENFOQUE DE LAS
INVESTIGACIONES INTERNAS COMO
COMPONENTE ESENCIAL DE LOS MODELOS
DE PREVENCIÓN EN EL PERÚ*

Resumen

El presente trabajo analiza las investigaciones internas como un componente esencial de los modelos de prevención contemplados en la Ley 30424 en el Perú. Desde la implementación de esta normativa en 2017, complementada por su reglamento en 2019, las personas jurídicas están obligadas a implementar programas de cumplimiento o modelos de prevención, conocidos como *Criminal Compliance*, para mitigar riesgos de comisión de delitos. Uno de los elementos clave de estos modelos es el procedimiento de denuncias y, como parte de este, las investigaciones internas, las cuales deben permitir identificar indicadores de posibles delitos y garantizar la validez de sus resultados.

El estudio destaca la importancia de no confundir las investigaciones internas con las penales. Mientras que las primeras son privadas, voluntarias y orientadas al aprendizaje organizacional, las segundas son públicas, obligatorias y dirigidas por el Ministerio Público. A través de un cambio de enfoque, se propone concebir las investigaciones internas como herramientas de mejora continua, cuya finalidad es prevenir, reforzar la cultura de cumplimiento y garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los involucrados.

Finalmente, se resalta su papel complementario en los procesos penales y su capacidad para generar confianza interna al reducir temores relacionados con represalias desproporcionadas, contribuyendo a fortalecer la integridad corporativa y la transparencia organizacional.

* Profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en la Universidad de Piura. Doctorando en Derecho por la misma institución. Actualmente se desempeña como Oficial de Cumplimiento en la Universidad de Piura. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8904-2561>. javier.lopez@udep.edu.pe

Abstract

This paper examines internal investigations as an essential component of prevention models established under Law 30424 in Peru. Since the implementation of this regulation in 2017, supplemented by its 2019 decree, legal entities are required to adopt compliance programs or prevention models, known as Criminal Compliance, to mitigate the risks of criminal offenses. A key element of these models is the whistleblowing procedure, which includes internal investigations designed to identify crime indicators and ensure the validity of results.

The study underscores the need to distinguish internal investigations from criminal investigations. The former are private, voluntary, and focused on organizational learning, while the latter are public, mandatory, and conducted by the Public Prosecutor's Office with punitive and legal liability objectives. A paradigm shift is proposed to view internal investigations as tools for continuous improvement aimed at preventing misconduct, strengthening compliance culture, and ensuring the protection of fundamental rights of those involved.

Finally, the paper highlights the complementary role of internal investigations in criminal processes and their capacity to foster internal trust by alleviating fears of disproportionate retaliation. This contributes to the strengthening of corporate integrity and organizational transparency.

Palabras clave: Compliance, modelos de prevención de delitos, investigaciones internas, investigaciones penales

Keywords: Compliance, crime prevention models, internal investigations, criminal investigations

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. ORIGEN DEL COMPLIANCE. 2. EL COMPLIANCE Y SUS CLASES. 3. MODELOS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS. A) *Modelo heterónomo.* B) *Modelo autónomo.* 4. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PREVISTA EN LA LEY 30424. **III. EL COMPLIANCE EN EL PERÚ Y LOS MODELOS DE PREVENCIÓN.** **IV. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS.** **V. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: NATURALEZA Y FINALIDAD.** **VI. DIFERENCIAS CON LA INVESTIGACIÓN PENAL.** **VII. LA INVESTIGACIÓN INTERNA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** **VIII. COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA INVESTIGACIÓN INTERNA Y PENAL.** **IX. UN CAMBIO DE ENFOQUE.** **X. CONCLUSIONES.** **XI. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, desde el mes de abril de 2017, a través de la Ley 30424 complementada con su reglamento el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS de enero de 2019 y sus diferentes modificatorias¹, se ha regulado la responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas nacionales y extranjeras por la comisión de un catálogo de delitos previamente determinados en el artículo 1 de la Ley².

¹ La última de ellas ha tenido lugar el 25 de febrero de 2025 a través del Decreto Supremo N° 002-2025-JUS que modificó e incorporó algunos artículos al Reglamento de la Ley 30424.

² Si bien no es objeto del presente trabajo abordar el debate existente en nuestro país sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas, esto es, si es penal, civil o administrativa, más adelante trataremos este tema cuyo debate aún no está cerrado. Así, tenemos a García Cavero quien sostiene que la Ley 30424 adopta un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica que debe ser interpretado bajo el esquema de un modelo de responsabilidad por el hecho propio que se sustenta en un injusto común. Vid. García Cavero, P., *Intervención delictiva en estructuras empresariales*. 1^a ed., 2019, p. 23 y ss., a Alpaca Pérez que defiende la naturaleza civil de la responsabilidad de las personas jurídicas Vid. Alpaca Pérez. *Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales integradas en su estructura: El caso peruano*. Nuevo Foro Penal, 18(99), 2022, pp. 78-79. <https://doi.org/10.17230/nfp18.99.3> y, a Balmaceda Quirós quien sostiene la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Vid. J. Balmaceda Quirós. Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N.º 1352. *Actualidad Penal*, 33, 2017, pp. 15-36.

Ello ha puesto de manifiesto la importancia de la implementación de los programas de cumplimiento o modelos de prevención en las personas jurídicas, *Criminal Compliance*, a fin de prevenir o mitigar los riesgos de la comisión de los delitos indicados en el artículo 1 de la Ley 30424, así como promover una cultura de integridad en sus organizaciones y relaciones con sus socios estratégicos.

Con dicha finalidad, la Ley 30424 —art. 17.2— como una medida dirigida a detectar las infracciones penales que no han podido evitarse con las medidas de prevención, ha regulado como un elemento mínimo de todo modelo de prevención, la implementación de procedimientos de denuncias; y, como parte de dicho componente, el reglamento —arts.38 y 40 g)— ha precisado que para garantizar el cumplimiento de los modelos de prevención, el procedimiento de denuncias debe contemplar como mínimo la definición y descripción del procedimiento de investigación y de la presentación de los resultados, de tal forma que permita identificar los indicadores de delitos.

A pesar de lo anterior, aún persiste una significativa dificultad para comprender y delimitar adecuadamente el verdadero alcance de las investigaciones internas. Esta situación se manifiesta especialmente al momento de analizar su papel dentro de los modelos de prevención de delitos y su relación con eventuales procesos penales en los que pueda verse involucrada la persona jurídica. Con frecuencia, se observa una tendencia a equiparar la investigación interna con la investigación penal³, lo que genera confusión tanto en el diseño como en la implementación de estas herramientas, afectando su eficacia y su correcta valoración jurídica.

³ O lo que algunos han denominado como un riesgo de privatización de la investigación penal. Vid. Estrada Cuadras, A., Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. InDret, N°. 4, p. 232. [doi:10.31009/InDret.2020.i4.06](https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06).

Esta problemática no solo obedece a la escasa regulación normativa específica y al carácter relativamente reciente del enfoque de cumplimiento en nuestra región, sino también a su limitada aplicación práctica en los entornos corporativo y judicial, y a la falta de claridad respecto a la naturaleza, finalidad y alcances de las investigaciones internas.

Frente a ello, el presente trabajo tiene por objeto despejar dicha confusión, partiendo del análisis de las investigaciones internas desde su propia naturaleza y fines, así como desde su función dentro del modelo de prevención. Sin pretender agotar la regulación existente, se propone un enfoque que permita distinguir claramente estos procedimientos de los procesos penales, subrayando su valor preventivo, su utilidad como mecanismo de mejora continua y su aporte a una cultura organizacional basada en la integridad y la responsabilidad.

Con ese propósito abordaremos, en primer lugar, las consideraciones generales sobre el *Compliance*, los modelos de responsabilidad de las personas jurídicas y su impacto en la regulación de los modelos de prevención, destacando su relevancia jurídica para las personas jurídicas. Posteriormente, se examina la naturaleza y finalidad de las investigaciones internas como un componente esencial de estos modelos, proponiendo un enfoque renovado que las conciba no como un mecanismo sancionador o disciplinario, sino como una herramienta de mejora continua.

Bajo esta perspectiva, trataremos la relevancia de las investigaciones internas, destacando su rol complementario a los procesos penales, la necesidad de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los involucrados, asegurando la validez de las pruebas obtenidas y evitando comprometer la reputación de la empresa o la nulidad de los resultados en otros ámbitos legales. De esta manera, se facilitaría la participación activa y transparente de los colaboradores internos y externos, al reducir

temores relacionados con represalias, fortaleciendo así la cultura de integridad y responsabilidad dentro de la organización.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. ORIGEN DEL COMPLIANCE

Desde la primera mitad de siglo XX, las empresas han asumido un papel preponderante en el funcionamiento de diversos sectores sociales esenciales, lo que las ha convertido también en el principal instrumento de creación de riesgos, especialmente de los llamados nuevos riesgos⁴.

De esta manera, se ha vuelto indispensable incorporar una dimensión ética en las actividades empresariales, dejando atrás una perspectiva enfocada únicamente en aspectos económicos. Para ello, se han implementado los llamados códigos de ética, documentos que establecen los valores fundamentales que guían la conducta de los miembros de las organizaciones. En esa línea, el concepto de responsabilidad social corporativa (*corporate social responsibility*) ha tomado relevancia, promoviendo que las empresas, motivadas por principios éticos, se comprometan a desarrollar acciones orientadas a integrarse y contribuir al entorno social en el que operan⁵.

Otro concepto clave que ha apoyado este objetivo es el de buen gobierno corporativo (*Good Corporate Governance*). Este se basa en el desarrollo de principios o códigos que fijan estándares específicos para la dirección y supervisión de las empresas, promoviendo una gestión organizada y confiable⁶. Como resultado, se ha fomentado la adopción de una cultura de cumplimiento que busca garantizar el

⁴ Vid. García Cavero, P., *Criminal Compliance*. En especial *Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos*. 1^a ed., 2017, p. 19 y ss.

⁵ Cfr. García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 23.

⁶ Cfr. García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 24.

respeto a la normativa mediante la implementación de medidas orientadas a prevenir y detectar posibles infracciones legales (*Compliance*). De esta manera, el *Compliance* constituye uno de los instrumentos más significativos del buen gobierno corporativo⁷ y evidencia su carácter transversal a las actividades de la empresa.

En la década de 1960, la empresa estadounidense *General Electric* intentó utilizar su programa de cumplimiento normativo como argumento de defensa ante acusaciones penales relacionadas con prácticas anticompetitivas. Aunque este intento no tuvo éxito, generó un intenso debate en Estados Unidos sobre la posible relevancia penal de la existencia de un programa de cumplimiento dentro de una empresa. Fue hacia finales de los años noventa, con la publicación de las *Federal Sentencing Guidelines*⁸ cuando se reconoció formalmente el valor jurídico-penal de estos programas, estableciéndose su consideración como un criterio para determinar las sanciones aplicables a las organizaciones involucradas en delitos⁹.

Un hito clave fue la aprobación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977¹⁰, que introdujo exigencias rigurosas para prevenir el soborno y la corrupción en empresas que operan a nivel internacional; sin embargo, es hasta inicios del presente siglo en el que se aprecia la intervención del Estado en la definición de los programas de cumplimiento normativo de las empresas. Por ejemplo, para enfrentar el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001, se aprobó la llamada *USA Patriot*

⁷ Cfr. García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 25.

⁸ Constituye un referente constante en los desarrollos de la legislación y la doctrina de nuestros países. Vid. L. Reyna Alfaro. Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o Atenuación de Responsabilidad Penal de los Sujetos Obligados. 2015, p. 459.

⁹ Cfr. García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 26.

¹⁰ El *Compliance* tiene antecedentes en la incorporación de la idea del *Good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo) y que, conforme alude Laufer, tendría su génesis normativa en la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977. Un mayor detalle sobre los antecedentes del *Compliance* puede verse. L. Reyna Alfaro. Implementación de los *Compliance Programs* y ..., p. 459 y ss.

Act, con el propósito de adoptar diversas medidas contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, o la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010, que exige a las entidades financieras de riesgo sistémico el establecimiento de programas internos de cumplimiento de la normativa federal¹¹.

En ese contexto, el *Compliance* ha venido consolidándose a nivel global, especialmente con la emisión de principios y recomendaciones de organizaciones internacionales como la OCDE, el GAFI y las ISO, viéndose fortalecido con la incorporación de normas de *soft law*¹² que guían a las empresas hacia prácticas éticas y responsables, configurándose no sólo como un instrumento que otorga valor a la empresa sino también como un criterio utilizado en la determinación de las responsabilidades jurídicas.

2. EL COMPLIANCE Y SUS CLASES

De lo expuesto, podemos advertir que si bien el término *Compliance* hace referencia al mecanismo empresarial de evitación, detección y control de infracciones legales en general; no obstante, ello no ha sido obstáculo para caracterizarlo en

¹¹ Cfr. García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 27.

¹² Sobre el impacto de los instrumentos internacionales. K. Ambos. La internacionalización del Derecho penal: El ejemplo del lavado de activos. II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. 2011, p. 181. Al respecto, Nicolás Rodríguez-García señala que los programas de cumplimiento cuentan con directrices estandarizadas para su certificación de calidad, tanto públicas – entre otras, los Principios de Gobierno Corporativo (1999) de la OCDE- como privadas -entre otras, las metodologías de control COSO y las normas ISO-UNE-, trámite esencial cuando lo que se demanda legalmente de los programas es que sean idóneos y eficaces. Cfr. N. Rodríguez García. Las investigaciones internas como elemento esencial de los “*criminal compliance programs*”: haciendo de la necesidad virtud. Revista Penal N° 52, Tirant lo blanch, Julio 2023, p.203. En el Perú, no debe olvidarse que el Proyecto de Ley N° 2225/2012-CR, como antecedente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalaba como referente a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica y la incorporación al Comité de Inversión y al Centro de Desarrollo del OCDE. Vid. L. Reyna Alfaro. Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o Atenuación de Responsabilidad Penal de los Sujetos Obligados, 2015, p. 458.

función de los ámbitos jurídicos específicos en el que sus medidas operativas tienen implicancia.

Al respecto, el *Criminal Compliance* es la clase del *Compliance* más conocida debido a su positivización en los ordenamientos jurídicos¹³ y su estrecha relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de un sistema de cumplimiento normativo que procura asegurar la observancia específica de la normatividad jurídica penal por parte de los integrantes individuales de la empresa y de la organización como un todo¹⁴. Así, el *Criminal Compliance* podría definirse como un conjunto de medidas apropiadas que adopta una persona jurídica con la finalidad de evitar la responsabilidad penal de uno de sus miembros individuales o de ella misma por medio de la prevención de los delitos o de su oportuna detección para gestionar adecuadamente sus defectos si es que no es posible prevenirlos¹⁵.

Sin embargo, no debemos perder de vista que la naturaleza del *Compliance* va mucho más allá del ámbito penal. Su propósito no se limita únicamente a evitar

¹³ Por ejemplo, la Ley peruana 30424 tiene por objeto regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas nacionales o extranjeras en el proceso penal por los delitos previstos en su artículo 1. En ese sentido, podemos advertir que se ha positivizado el *Criminal Compliance*.

¹⁴ De esta manera la sanción de una persona jurídica se encontraría justificada cuando carece de un modelo de prevención o cuando teniendo uno no se ha implementado suficientemente, es decir, su programa de cumplimiento es cosmético. Vid. L. Reyna Alfaro. Implementación de los *Compliance Programs* y ..., p. 470.

¹⁵ Al respecto, Nicolás Rodríguez-García sostiene que el objetivo específico de esta rama del *compliance* es reducir la exposición penal de la persona jurídica mediante el ejercicio de un especial deber de cuidado; por tanto, se concreta en identificar los riesgos de comisión de ilícitos penales, en el marco de su actividad, con la finalidad de evitarlos. Por ello, la aplicación de las eximentes y las atenuantes no se condicionan a un resultado –prevenir efectivamente los delitos–, sino a un hacer: adoptar los mecanismos más apropiados para reducir los riesgos propios y la persona y su actividad. Cfr. N. Rodríguez García. Las investigaciones internas como elemento esencial de los “*criminal compliance programs*”: ..., pp. 203 y 204. En esa misma línea, “debemos tener presente que no es solo el debido control, sino la anticipación de esa amenaza al buen funcionamiento de los órganos directivos de la organización. Hablamos de una cultura ética empresarial. Vid. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos* (2.^a ed.). Aranzadi, 2018, p. 2.

sanciones penales, sino que también abarca la prevención y gestión de infracciones legales de diversa naturaleza (laborales, administrativas, medioambientales, entre otras) y la mitigación de riesgos operacionales y reputacionales que puedan surgir en el desarrollo de la actividad económica de la empresa¹⁶, en resumen, el *Compliance* se trata del cumplimiento de la normativa externa e interna que guía la actuación de una persona jurídica.

Encasillar el *Compliance* únicamente en su dimensión penal puede limitar su verdadero potencial. Las personas jurídicas enfrentan riesgos diversos que van más allá de la comisión de delitos, como incumplimientos normativos, vulneraciones de derechos laborales, riesgos reputacionales, o fallos en la sostenibilidad operativa¹⁷.

Por ello, es fundamental no perder de vista que el *Compliance* constituye un sistema integral diseñado para abordar todas estas dimensiones, promoviendo una cultura organizacional basada en la ética, la transparencia y la responsabilidad. Este enfoque no solo ayuda a prevenir sanciones legales, sino que también fortalece la

¹⁶ En esa misma línea Luis Reyna sostiene que el *Compliance* no debe reducirse a la idea de que sólo en el ejercicio de su actividad las empresas deben ajustarse al Derecho, sino que por el contrario trasciende a ello, involucrando todo un conjunto de medidas de organización empresarial destinadas a prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes orientando la actuación de los miembros de la empresa a favor del cumplimiento de la juridicidad. L. Reyna Alfaro. Implementación de los *Compliance Programs* y ..., p. 463.

¹⁷ Sin perjuicio de lo señalado, según la Guía Práctica del Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito - UNODC. pp. 11 y 12: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf, existen tres (3) tipos de riesgos a prevenir en toda empresa: 1.- Riesgos legales, relacionados con sanciones legales por corrupción (v. gr., multas penales, pagos de indemnización, prisión); 2.- Riesgos comerciales y operativos, relacionados con efectos negativos en las actividades cotidianas, como la compra, producción, venta, contratación, inversión (v. gr., el retiro de la licencia para participar en licitaciones públicas, condiciones de financiamiento desfavorables); y, 3.- Riesgos para la reputación, relacionados con la imagen de la empresa y sus empleados entre sus pares, familia, amigos y el público en general. Una reputación negativa suele acarrear consecuencias adicionales, normalmente sanciones comerciales (v. gr., disminución de ventas o menor atracción para la inversión).

confianza de los socios estratégicos, mejora la gestión de riesgos y contribuye a la sostenibilidad de la empresa.

De esta manera, el análisis y evaluación de riesgos constituye un elemento esencial del *Compliance* para garantizar la eficacia de las medidas de cumplimiento. Es importante reconocer que los riesgos nunca pueden eliminarse por completo; siempre existirán riesgos residuales, muchas veces vinculados a factores humanos, que no pueden ser controlados totalmente¹⁸.

La evaluación de los riesgos debe considerar principalmente dos dimensiones: probabilidad e impacto. La probabilidad de que un riesgo se materialice puede estimarse a partir de diversas fuentes: historial de la empresa, comparaciones sectoriales, percepción interna de los integrantes y los controles existentes.

Este análisis permite diferenciar entre el riesgo inherente —el que amenaza a la empresa en ausencia de controles— y el riesgo residual, que persiste incluso con la aplicación de medidas preventivas.

Por su parte, la valoración del impacto debe contemplar factores legales, financieros y, especialmente, reputacionales, considerando que la reputación es uno de los activos más valiosos de cualquier organización. La combinación de probabilidad e impacto permite construir un mapa de riesgos, que facilita la priorización y planificación de acciones para mitigar los riesgos identificados¹⁹.

En este sentido, dependiendo de la especificidad del ámbito jurídico en el que se desarrolle, podemos identificar otras clases de *Compliance* que son igual de importantes y, a manera de ejemplo, detallamos las siguientes: El *Compliance*

¹⁸ Vid. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, p. 16.

¹⁹ Vid. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, pp. 13 -14.

Anticorrupción, si se trata de prevenir y detectar prácticas corruptas en las relaciones de la empresa con terceros; el *Compliance Financiero* enfocado en asegurar el cumplimiento de las normativas financieras, contables y de transparencia, evitando delitos como el lavado de activos, fraude financiero o incumplimientos regulatorios en el ámbito económico; el *Compliance Laboral* orientado a garantizar el cumplimiento de las leyes laborales, derechos de los trabajadores, prevención de riesgos laborales y desarrollo de un ambiente de trabajo seguro y respetuoso; el *Compliance Medioambiental* centrado en asegurar que las actividades de la empresa respeten las normativas ambientales, evitando daños al entorno y posibles sanciones por contaminación o uso indebido de recursos naturales; el *Compliance* en Protección de Datos Personales relacionado con garantizar el cumplimiento de las normativas sobre esta especialidad, asegurando que su tratamiento se realice de manera segura y ética; etc.

En consecuencia, el *Compliance* no debe reducirse únicamente al ámbito penal. Es un sistema integral de gestión que abarca diversos ámbitos normativos, operacionales y éticos, con el objetivo de prevenir, detectar y gestionar riesgos de incumplimiento que puedan afectar no solo la estabilidad jurídica y económica de una organización, sino también su reputación y sostenibilidad en el tiempo.

Por ello, es fundamental que las empresas adopten un enfoque multidimensional en sus programas de *Compliance*, reconociendo su naturaleza transversal y su impacto en todos los niveles organizacionales²⁰.

²⁰ Sobre el particular, la fiscalía en España, que es el órgano acusador, parece abogar por un sistema de *compliance* transversal, en el que no solo se tenga en cuenta el riesgo penal, sino también el ánimo de cumplir con la legalidad, de implementar una forma de actuar ética dentro de la entidad. Vid. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, p. 13.

3. MODELOS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

La doctrina ha debatido ampliamente sobre la posibilidad de que las empresas puedan ser responsables, generalmente por los delitos contemplados en normas especiales que regulan su responsabilidad, así como sobre la naturaleza de dicha responsabilidad y, en consecuencia, el modelo de atribución que debe aplicarse para sancionarlas. En este contexto, se expondrá de manera resumida en qué consisten los modelos de responsabilidad de las empresas, con el fin de analizar posteriormente la naturaleza de la responsabilidad prevista en la Ley 30424, que establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el Perú.

A) *Modelo heterónomo*

Este modelo también es conocido como modelo de transferencia de responsabilidad, se fundamenta en la idea de que la persona jurídica actúa a través de sus órganos o representantes y, por lo tanto, los delitos cometidos en beneficio de la empresa pueden transferirse a la misma²¹. En doctrina comparada ha sido reconocido como el *respondeat superior* del *common law*, la *responsabilidad vicaria* y la *identification doctrine* o teoría del *alter ego*, según la cual la corporación se identifica con la mente y voluntad de sus directivos o agentes de alto nivel (*directing mind and will of the company*).

Así, para responsabilizar a la persona jurídica bajo este modelo, deben cumplirse tres condiciones esenciales²²:

²¹ Vid. García Cavero, P., Intervención delictiva..., p. 16.

²² Sobre el particular, con mayor amplitud Vid. O. Artaza Varela. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2024, pp. 64-73. En el mismo sentido, con relación a las tres condiciones esenciales Cfr. R. Guerra, R. Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile en el marco de los delitos contra el medio ambiente. En J. B. Tisné Niemann (Ed.), Derecho ambiental y

1. Comisión del delito por una persona natural: Es indispensable que un empleado, directivo o representante haya realizado un acto ilícito que constituya delito conforme a la legislación vigente. Por lo general, incluye delitos como lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho u otros contemplados en normas especiales que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas.
2. Actuación dentro del marco de funciones o por cuenta de la empresa: El delito debe haberse cometido en el ejercicio de sus funciones o en representación de la persona jurídica, de manera que exista un vínculo directo entre la conducta del agente y los intereses de la empresa. En consecuencia, la empresa responde por los actos de sus integrantes solo cuando estos se realizan en el contexto de su actividad laboral y dentro de las competencias que le son asignadas.
3. Beneficio para la empresa: La acción delictiva debe haber sido ejecutada con la intención de favorecer a la persona jurídica, ya sea de manera directa o indirecta. Esta condición refleja la lógica de la heteroresponsabilidad, donde el objetivo es garantizar que la empresa asuma la responsabilidad derivada de los beneficios obtenidos por sus agentes a través de actos ilícitos.

En consecuencia, el modelo heterónomo se fundamenta en la idea de que la empresa debe cumplir con los deberes de vigilancia, dirección y supervisión. La inobservancia de estos deberes, conocida como “defecto de organización”, es lo que permite que la empresa sea imputable por los delitos cometidos en su beneficio²³. De esta manera si el delito fue realizado por una persona natural actuando en el marco

recursos naturales (Cuaderno de Extensión Jurídica N.º 28). 2019, pp.125-128; y, Cfr. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, p. 3.

²³ Vid. R. Guerra, R. Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile..., 2019, p. 126.

de funciones o por cuenta de la empresa y en su beneficio, la persona jurídica puede ser sancionada por no haber implementado mecanismos efectivos de prevención y control²⁴.

B) Modelo autónomo

Este modelo, también denominado modelo de autorresponsabilidad, considera a la empresa como un sujeto capaz de asumir responsabilidad penal por hecho propio y por los defectos en su organización, independientemente de la conducta de sus miembros o representantes. A diferencia del modelo heterónomo, aquí la imputación no depende de que un empleado o directivo cometa un delito en beneficio de la empresa, es decir, por el hecho ajeno²⁵; la responsabilidad surge directamente del “defecto de organización”²⁶, de la ausencia de cultura corporativa de cumplimiento y de la insuficiencia de mecanismos internos que impidan la comisión de ilícitos dentro de la entidad²⁷.

²⁴ En sentido contrario, y digamos que, en un modelo heterónomo puro, también se sostiene que parecería que la empresa no tiene forma de apartarse del delito que pueda haber cometido un empleado. Haya habido control o vigilancia, o sin haberlo, si un empleado o un directivo comete un delito en el ejercicio de sus funciones en beneficio de la organización, deberá responder también. Cfr. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, p. 3.

²⁵ En ese sentido, como bien lo precisa R. Guerra, la posibilidad de transferir responsabilidad a la empresa instituiría una responsabilidad objetiva. Cfr. R. Guerra, *R. Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile...*, 2019, p. 128.

²⁶ Cfr. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgo...*, p. 3. Con relación al enfoque en el “defecto de organización” Osvaldo Artaza sostiene que permite centrar la responsabilidad de la persona jurídica en su propia estructura y gestión, destacando su relevancia para incentivar la autorregulación empresarial y adaptarse a un contexto jurídico que tradicionalmente rechaza la imputación penal por actos de terceros. De esta manera, la atribución de responsabilidad se orienta hacia conductas corporativas vinculadas directamente con la prevención o facilitación de delitos en el marco de la actividad empresarial. Cfr. O. Artaza Varela. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2024, pp. 64-83.

²⁷ Al respecto, García Cavero precisa que, en este modelo, la culpabilidad radicaría fundamentalmente en una carencia o deficiencia organizativa de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización. García Cavero, *Intervención delictiva...*,

Este enfoque parte del reconocimiento de la persona jurídica como agente activo en el ámbito penal, capaz de incurrir en infracciones derivadas de sus propias estructuras, políticas, procedimientos y cultura interna. Así, la responsabilidad se fundamenta en hechos propios de la empresa, como la falta de controles, supervisión o programas de cumplimiento eficaces, y no en la transferencia de la conducta delictiva de terceros. La ausencia de estas medidas constituye un injusto corporativo que habilita la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica²⁸.

Actualmente, la tendencia de la doctrina enfatiza que la autorresponsabilidad refleja la necesidad de que la persona jurídica incentive una cultura de legalidad, de ética corporativa y adopte controles internos efectivos para prevenir la comisión de delitos por parte de sus miembros o representantes²⁹, convirtiéndose en responsable de mantener mecanismos internos que eviten la ocurrencia de ilícitos dentro de su actividad empresarial³⁰.

p. 18. En esa misma idea sobre el defecto de organización, Vid. H. Hernández Basualto. Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 2018, p. 446.

²⁸ Al respecto, García Cavero, citando a Tiedemann, precisa que para evitar que la referencia al hecho del órgano o representante nos genere una confusión con el modelo heterónomo, responsabilidad por el hecho de otro, se acude a la figura de la omisión y la actio libera in causa con el propósito de mantener la imputación en la propia empresa. Vid. García Cavero, *Intervención delictiva...*, p. 18. Por su parte, Rodrigo Guerra, citando a Gómez-Jara, sostiene que, si bien las empresas no tienen voluntad propia, sino una libertad de autodeterminación que permite atribuirles responsabilidad penal por sus defectos de organización, según los parámetros conceptuales del modelo de culpabilidad constructivista. Es decir, la acción de la persona jurídica requiere de un concepto de culpabilidad propio para atribuirle responsabilidad penal, porque la libertad que tienen las personas jurídicas no se entiende como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autodeterminarse. Vid., R. Guerra, R. Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile..., 2019, p. 130.

²⁹ Un mayor desarrollo sobre esta cuestión en el Derecho Comparado puede encontrarse en H. Hernández Basualto. Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en..., p. 435 y ss.

³⁰ Por ello, Guerra cuando comenta el art. 5 de la Ley 20.393 Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile precisa que uno de los factores más relevantes, en el momento de atribuir responsabilidad, se manifiesta en el modelo preventivo que adopte la empresa. Resaltando que el

4. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PREVISTA EN LA LEY N° 30424

Sobre el particular, debemos partir del contexto internacional. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo establece lo siguiente:

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, conocida como la Convención de Mérida sobre el particular, establece:

modelo es clave porque permite acreditar la implementación de una cultura empresarial, propia del ejercicio de los deberes de dirección, control y supervisión. Vid., R. Guerra, R. Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile..., 2019, p. 131.

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

En el marco de ambas Convenciones la responsabilidad de las personas jurídicas debe ser clara, efectiva y autónoma, sin reemplazar la responsabilidad de las personas naturales que cometen los delitos. Ambos instrumentos internacionales establecen que los Estados deben adoptar medidas para que las empresas puedan responder penal, civil o administrativamente por su participación en delitos graves, corrupción o actividades de crimen organizado; es decir, no establecen que la responsabilidad de las personas jurídicas deba ser de determinada naturaleza sino que, por el contrario, otorgan libertad a los Estados para que conforme a su ordenamiento jurídico interno regulen la responsabilidad de las personas jurídicas, la cual puede ser de naturaleza civil, administrativa o penal.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 3 de la Ley 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas establece:

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a) Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal.
- b) La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.
- c) La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos

previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

De esta manera, la Ley 30424, regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el ámbito penal frente a determinados delitos, incluyendo corrupción, lavado de activos, delitos aduaneros, tributarios y terrorismo, entre otros. Nuestra legislación interna reconoce que las personas jurídicas pueden ser sancionadas cuando los delitos sean cometidos en su nombre, por cuenta de ellas o en su beneficio, ya sea directo o indirecto, por los socios, directores, administradores, representantes legales o apoderados, así como por personas naturales subordinadas que actúen bajo su autoridad u orden.

De forma concreta el artículo 3 de la Ley 30424 detalla que la imputación a la persona jurídica no depende únicamente de la acción directa de sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados o persona natural sometida a su autoridad o control de las anteriores, sino también por la omisión en la supervisión y control que deberían haberse ejercido sobre sus actividades los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, estableciendo un vínculo de responsabilidad basado en el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control corporativo. Asimismo, en el caso de las matrices son responsables por los delitos cometidos por las personas naturales de sus filiales o subsidiarias cuando estas actúan bajo su autorización, orden o consentimiento. Sin embargo, la ley limita la responsabilidad de la persona jurídica cuando los delitos son cometidos exclusivamente en beneficio personal de la persona natural o de un tercero ajeno a la persona jurídica en cuyo caso no será responsable.

El artículo 4 de la Ley 30424 establece además que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la

persona natural, de manera que la extinción de la acción penal contra la persona natural no afecta la responsabilidad administrativa contra la persona jurídica. La acción contra la persona jurídica puede extinguirse únicamente por prescripción o cosa juzgada, aplicándose los plazos establecidos para la persona natural, garantizándose así que la persona jurídica asuma su responsabilidad independientemente del resultado del proceso penal contra las personas naturales involucradas.

En nuestro país aún no hemos superado la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas debido a que la Ley 30424 establece que la responsabilidad de las personas jurídicas es administrativa y un sector de la doctrina considera que es penal mientras que otro minoritario civil. Dicha discusión ha sido superada en Chile, debido a que el legislador Chileno ha optado por establecer de manera expresa la responsabilidad penal³¹.

Sobre el particular, en nuestro medio un sector de la doctrina considera que la denominación administrativa utilizada por la Ley 30424 es un fraude de etiquetas³² y que la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas es penal. Para sostener ello, se sostiene dos argumentos principalmente:

³¹ En ese sentido, Osvaldo Artaza con relación al ordenamiento jurídico Chileno indica que “es muy importante considerar también que esta discusión, por lo general, se ha desarrollado a propósito de otro problema, cual es el de si puede hablarse con propiedad de “responsabilidad penal” para el caso de las personas jurídicas. Como esta es una decisión que ya fue resuelta por el legislador chileno –que denomina expresamente como “penal” tal responsabilidad–, lo que corresponde ahora es determinar si esta puede prescindir o no de la satisfacción del elemento “culpabilidad” como presupuesto básico para la distribución de responsabilidad –penal–, luego de la verificación del cumplimiento de los elementos asociados al injusto”. Vid. O. Artaza Varela. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2024, p. 104.

³² Vid. J. Arbulú Ramírez. Fraude de etiquetas en la responsabilidad de las personas jurídicas de la Ley N° 30424, Actualidad Penal 25, 2016. p. 67

a) Que al imponerse la sanción en el marco de un proceso penal no sería una sanción administrativa sino judicial, no sólo porque es un Juez quien la impone sino porque el fundamento de tal responsabilidad es la comisión de un delito. Entonces si una persona es sancionada por la comisión de un delito en un proceso penal por un Juez penal, la responsabilidad es penal³³.

Al respecto, puede señalarse que en el Perú la responsabilidad administrativa establecida por el legislador va ser determinada en la vía penal (proceso penal), lo cual no es novedoso pues, en otras jurisdicciones como Alemania, Italia, Grecia y Austria, interviene el sistema jurisdiccional para imponer sanciones administrativas en el contexto de la imputación por el delito de cohecho activo trasnacional³⁴. Dicha opción legislativa tampoco resulta ser nueva en nuestro proceso penal. Por ejemplo, la reparación civil tiene naturaleza civil y en virtud del principio de economía procesal³⁵ es posible que el juez penal en un proceso penal a requerimiento fiscal la determine e incluso no impide que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento sobre la acción civil derivada del hecho punible³⁶. Otro caso, es el de las consecuencias accesorias cuya naturaleza no es penal, sino que son medidas preventivas de carácter administrativo ante una situación objetiva de peligro³⁷ y, que se imponen a

³³ Vid. García Cavero, P., *Intervención delictiva...*, p. 14.

³⁴ Vid. J. Balmaceda Quirós. *Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma ...*, pp. 24-25.

³⁵ Al respecto, con mayor detalle Vid. López Romaní, J., *El Control Jurisdiccional de la Acusación Fiscal*. Jurista Editores. 2021, pp. 104-107.

³⁶ Cfr. Art. 12.3 del Código Procesal peruano.

³⁷ Vid. García Cavero, P., *Derecho Penal Parte General*, 3ra edición corregida y actualizada. Editorial Ideas Solución Editorial S.A.C., Lima, 2019, p. 1104. En el mismo sentido, Vid. J. Balmaceda Quirós. *Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma...*, p. 34.

requerimiento fiscal, luego de formalizar la investigación a la persona jurídica, en el proceso penal³⁸.

Además, en nuestro sistema jurídico no se ha regulado de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁹. El Código Penal no tiene ninguna norma sobre ello⁴⁰ y la Ley 30424 denomina a la responsabilidad “administrativa” y tampoco ha establecido una teoría del delito aplicable para las personas jurídicas⁴¹.

³⁸ Vid. Acuerdo Plenario 7-2009, FJ. N° 21.

³⁹ Vid., Casación N° 134-2015 Ucayali del 16 de agosto de 2016, FJ. 13, en donde la Corte Suprema ha establecido, como jurisprudencia vinculante, que “el código penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica”.

⁴⁰ Con relación a la vulneración del principio de culpabilidad y de responsabilidad subjetiva Alfredo Alpaca sostiene que “el art.1 de la Ley 30424 ha establecido solo unos pocos delitos por los que la persona jurídica puede responder. Todos esos delitos son dolosos. Si esto es así, no se explica cómo ello puede conciliarse con el hecho de que el tenor literal del art. 17 de la Ley 30424, al aludir a la ausencia de «medidas de vigilancia y control idóneas», evoca a la imprudencia como forma de responsabilidad de la persona jurídica. Pues bien, si se asumiera la existencia de un hecho propio de la persona jurídica, ese, por estar sustentado en la ausencia de una adecuada vigilancia y control, tendría que ser calificado necesariamente como un hecho imprudente. Si esto es así, entonces no se entiende cómo los valedores del modelo de la autorresponsabilidad pretenden en última instancia hacer responsable a la persona jurídica por un delito doloso cometido por una persona natural. Los defensores peruanos de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica tendrían que admitir que esta puede ser («penalmente») responsable por un delito doloso cometido por el directivo pese a que el «hecho propio» de la persona jurídica es solo uno de carácter imprudente (asimilable a una culpa in vigilando, que por lo demás es una institución de carácter jurídico-civil, cercana a la responsabilidad objetiva)” Vid. A. Alpaca Pérez. Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica..., pp. 78-79. En sentido contrario, sobre la responsabilidad penal de la empresa García Cavero sostiene que la individualidad y la socialidad de la empresa permiten atribuirle el estatus de ciudadano en sentido jurídico-penal, de manera que está en plena capacidad de realizar culpablemente hechos delictivos. Bajo esta premisa, la culpabilidad jurídico-penal de la empresa consistirá en una falta de fidelidad al Derecho que se manifiesta en una autoorganización defectuosa derivada de la falta de adopción de un modelo de prevención de delitos idóneo que habría impedido o siquiera dificultado la realización de resultados lesivos por parte de un miembro individual. Vid. García Cavero, P., Intervención delictiva..., p. 15 y ss.

⁴¹ Al respecto, Osvaldo Artaza comenta que “Como podremos apreciar, por lo general no se sostiene que los elementos de la teoría del delito resulten aplicables para el ámbito de la RPPJ con el mismo contenido que el asignado a propósito de la responsabilidad penal individual, sino que –más bien– a lo más se podría reconocer cierta equivalencia funcional entre uno y otro sistema. Por lo mismo, el rendimiento práctico de la teoría del delito dependerá necesariamente de cada uno de los modelos analizados y la posibilidad de distinguir, por ejemplo, criterios que permitan verificar la tipicidad objetiva de la conducta de la persona jurídica, así como criterios que den cuenta de una especie de

Siendo que conforme al artículo 3 de dicha norma no se establece la posibilidad que las personas jurídicas respondan directamente por el delito sino que serán responsables administrativamente por los delitos cometidos en su nombre, por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto y que han sido realizados por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados o personas naturales que actúen bajo su control o autoridad o, porque dichas personas cometieron los delitos indicados en el artículo 1 de la Ley 30424 y no fueron supervisadas o controladas por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados.

Entonces, podemos advertir que la persona jurídica será responsable si concurren todos los presupuestos establecidos en el artículo 3 de la Ley 30424, lo cual se refuerza cuando el artículo 4 de la misma norma establece que la responsabilidad administrativa es autónoma respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales que se refieren en el artículo 3⁴².

b) También se sostiene que, si se sostuviese que la sanción sería administrativa, se estaría abriendo la posibilidad de que se imponga una sanción a la persona jurídica con todos los efectos de una sanción penal y se utilice para ello los estándares más flexibles y, por lo tanto, menos garantistas del procedimiento administrativo sancionador. Si realmente lo que se quiere es proteger a las empresas frente a un

“culpabilidad” de esta, asociados, por lo general, a la verificación de ciertas condiciones –muy distintas a la propia de la responsabilidad penal individual– para sustentar un juicio de reproche a la empresa.” Vid. O. Artaza Varela. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2024, pp. 59-60.

⁴² Sobre el particular Balmaceda Quirós precisa que la responsabilidad de la persona jurídica se autonomiza respecto de lo que le ocurre a la persona natural, y puede proseguirse la imputación o persecución contra la empresa de manera independiente, como pretende la OCDE (sin importar la suerte de la persona natural). Vid. J. Balmaceda Quirós. Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma..., p. 26.

sistema penal invasivo, lo mejor sería darle a la sanción que se les imponga un carácter penal con todas las garantías que ello implica⁴³.

Sobre este argumento debemos precisar que el respeto de las garantías de la persona jurídica no está en función de la vía procesal a la que se encuentre sometida ni a la naturaleza de su responsabilidad: administrativa, penal o civil. Por ejemplo, un proceso administrativo sancionador bien diseñado también puede ofrecer un marco idóneo de protección de derechos y respeto de las garantías procesales. Por lo tanto, sostener que solo un proceso penal garantizaría los derechos de la empresa no es del todo preciso; lo decisivo es la correcta estructuración del procedimiento o proceso, no la etiqueta de “penal”.

Con relación a los estándares, los administrativos también pueden ser rigurosos. De hecho, un sistema administrativo puede ser más eficiente en prevenir y sancionar ilícitos corporativos complejos, al tiempo que se evita la rigidez y costos de un proceso penal. En el Perú podemos mirar la experiencia del INDECOP en materia de Libre competencia, de manera específica el caso del cártel de la construcción⁴⁴. En

⁴³ Vid. García Cavero, P., *Intervención delictiva...*, p. 15.

⁴⁴ La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOP (en adelante La Comisión), mediante Resolución N°080-021-CLC-INDECOP de 15 de noviembre del 2021, sancionó con multas, en primera instancia administrativa, al “cártel de la construcción”, integrado por 32 empresas constructoras y a 26 de sus ejecutivos por haber incurrido en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública en el mercado de obras públicas (rehabilitación, mejoramiento, construcción, reconstrucción y mantenimiento periódico) adjudicadas mediante procedimientos de contratación convocados por PROVÍAS NACIONAL y otras entidades del Estado, a nivel nacional, entre noviembre de 2002 y diciembre de 2016, conducta tipificada en los artículos 1 y 11.1, literal j) del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2, literal d) de dicha norma. Además, impuso como medida correctiva a todas las empresas sancionadas la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo de Libre Competencia. (Véase la resolución en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/558893-en-primer-a-instancia-el-indecopi-sanciona->

ese sentido, no debemos perder de vista que la verdadera protección radica en diseñar procedimientos claros, con control judicial y derechos de defensa eficaces, independientemente de su naturaleza formal: administrativa, penal o civil. En consecuencia, desde un enfoque de cumplimiento, la naturaleza administrativa también permite reforzar mecanismos internos de prevención y autorregulación sin que la empresa enfrente automáticamente el rigor del derecho penal como última ratio, aunque el proceso se tramite en dicha vía, fomentando así la responsabilidad corporativa y la adopción de modelos de gestión del riesgo que reduzcan de manera eficaz la comisión de delitos.

Finalmente, quienes sostienen que la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas regulada en la Ley 30424 es civil fundamentan que dicha ley instaura una responsabilidad que, por ser objetiva y por el hecho de otro, es de naturaleza civil y tiene su fundamento en el enriquecimiento injusto de la persona jurídica originado por un delito cometido por la persona natural, la que ha actuado en nombre de la persona jurídica o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto⁴⁵.

Por nuestra parte consideramos que conforme a nuestra legislación actual el Perú se adhiere a un sistema de heterorresponsabilidad matizado, donde la persona jurídica responde principalmente por los actos de sus agentes en beneficio de la empresa. Por lo que de lege lata no sería posible sostener la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas; sin embargo, somos conscientes que dicha posibilidad está en construcción y que ello debe ameritar un cambio legislativo

alcartel-de-la-construccion-integrado-por-33-empresas-constructoras-y-26-ejecutivos o en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3oFZM2w>

⁴⁵ Mayor detalle Vid. Alpaca Pérez, Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica..., pp. 53-101.

profundo para derogar el principio “*Societas Delinquere Non Potest*⁴⁶”, aún vigente en nuestro sistema jurídico y pasar a un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.

III. EL COMPLIANCE EN EL PERÚ Y LOS MODELOS DE PREVENCIÓN

El Perú no ha sido ajeno a estas nuevas concepciones de la actividad empresarial, por ello, desde el año 2002, la CONASEV, hoy SMV, redactó como marco referencial el documento denominado “Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas” y en el año 2004 se estableció como una obligación de los actores del mercado de valores de incorporar en la memoria anual un detalle sobre el cumplimiento de veintiséis principios establecidos en el documento antes referido. Siendo que, en el año 2013, se actualizaron dichos principios en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (CBGCSP) vigente desde noviembre de 2013, destacándose el “Reporte sobre el Cumplimiento del CBGCSP” a través del cual las Sociedades Peruanas que cotizan en bolsa debían informar al mercado de forma anual, el nivel de cumplimiento de las recomendaciones formuladas en el referido CBGCSP, basándose, principalmente, en cinco pilares: (a) Derechos de los accionistas; (b) Junta General de Accionistas; (c) Directorio y Alta Gerencia; (d) Riesgo y Cumplimiento; y, (e) Transparencia de la información⁴⁷.

La elaboración del referido CBGCSP forma parte de las acciones enmarcadas en el proceso de reforma del mercado de capitales peruano, las cuales buscan generar una verdadera cultura de Gobierno Corporativo en el Perú, que mejore la percepción de las

⁴⁶ Un análisis comparado de este principio Vid. Caro Coria, La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano. Derecho PUCP, (54), 2001, pp. 420–433. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.015>

⁴⁷ Vid. <https://www.fundacionmicrofinanzasbbva.org/revistaprogreso/codigo-de-buen-gobierno-para-las-sociedades-peruanas/>

sociedades anónimas por parte de los inversionistas, promueva el desarrollo empresarial, y coadyuve a la generación de valor en la economía peruana.

A esto debe sumarse que, en ámbitos de riesgo especialmente sensibles, se han aprobado diversas leyes que, alineándose con los parámetros internacionales, terminan por incorporar en las empresas la obligación legal de adoptar programas de cumplimiento específicos como lo son en materia de medio ambiente, seguridad y salud en el trabajo, lavado de activos, corrupción, competencia, datos personales, entre otros⁴⁸. De todo lo cual colegimos que el *Compliance* está presente en nuestra normatividad como un mecanismo necesario para el ejercicio de la actividad empresarial y reducción de los índices de criminalidad⁴⁹, con lo cual, asume una función preventiva⁵⁰.

Con esos antecedentes, en el mes de abril de 2017, a través de la Ley 30424 complementada con su reglamento el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS de enero de 2019 y sus diferentes modificatorias, el *Compliance* ha tomado mayor relevancia y fuerza, al haberse regulado la responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas

⁴⁸ Como señala García Cavero, “existen normas específicas que, en ciertos sectores concretos, imponen a las empresas la obligación de incorporar programas de cumplimiento normativo con una manifiesta incidencia penal. [...] En estos casos, el legislador se salta el principio de la voluntariedad del *Compliance* e impone la obligación de conformarlo, entrando incluso a definir legalmente ciertos aspectos que deben ser necesariamente tenidos en cuenta”, uno de estos sectores concretos, a decir del autor es por ejemplo la seguridad laboral. Cfr. García Cavero, *Criminal Compliance*, 2014, pp. 56-57.

⁴⁹ Por ello, algunos sostienen que los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. Vid. A. Nieto Martín. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal, En: *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 21.

⁵⁰ Cfr. E. Oré Sosa, Prevención de riesgos laborales y derecho penal, En: *Delictum*, Apuntes de derecho penal, 2022, p. 169.

nacionales y extranjeras por la comisión de un catálogo de delitos previamente determinado en el artículo 1 de la Ley⁵¹.

Además, en su artículo 3, la Ley 30424 ha regulado que “las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal.
- b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.
- c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han

⁵¹ Actualmente, la presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas nacionales o extranjeras en el proceso penal por los delitos previstos en los artículos: 199 (contabilidad paralela), 226 (atentados contra monumentos arqueológicos, así como zonas paleontológicas declaradas como patrimonio paleontológico del Perú), 228 (extracción ilegal de bienes culturales y del patrimonio paleontológico del Perú), 384 (colusión simple y agravada), 397 (cohecho activo genérico), 397-A (cohecho activo transnacional), 398 (cohecho activo específico) y 400 (tráfico influencias) del Código Penal. b. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado. c. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10 de la Ley 28008, Ley de los delitos aduaneros. d. 1, 2, 4, 5, 5-A, 5-B, 5-C y 5-D del Decreto Legislativo 813, Ley Penal Tributaria. e. 2, 3, 4, 4-A, 5, 6, 6-A, 6-B y 8 del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica".

De acuerdo a la Ley 30424, el modelo de prevención consiste en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos indicados en su artículo 1 o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Sus elementos mínimos son⁵²: 1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración. 2. Acciones de mitigación de riesgos identificados. 3. Implementación de procedimientos de denuncia. 4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención. 5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la persona jurídica, en el ejercicio de su autorregulación, puede implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento conforme a su perfil de riesgos y diseñar los mecanismos que

⁵² Vid. Art. 17.2 de la Ley 30424.

resulten necesarios. En el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control. El contenido del modelo de prevención se desarrolla en el reglamento de la Ley 30424.

IV. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

La vigencia de la Ley 30424 y su reglamento ha puesto de manifiesto la importancia de la implementación de los programas de cumplimiento o modelos de prevención en las personas jurídicas, a fin de prevenir o mitigar los riesgos de la comisión de los delitos.

En dicho marco normativo, la implementación adecuada de un modelo de prevención de delitos tiene un impacto directo en la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Esto se debe a que la Ley establece que estos modelos no son simplemente mecanismos formales, sino elementos clave para que una empresa o persona jurídica pueda:

1. Eximir o atenuar su responsabilidad administrativa⁵³: Si una persona jurídica adopta e implementa adecuadamente un modelo de prevención, ajustado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, puede ser eximida o beneficiarse con la atenuación de su responsabilidad administrativa en caso de comisión de un delito.

⁵³ Cfr. El art. 12 de la Ley 30424.

2. Aplicar de manera efectiva los modelos incluso después de la comisión del delito⁵⁴: La normativa permite que, incluso después de haberse cometido un delito y antes del inicio del juicio oral, la implementación adecuada o la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo pueda tener efectos positivos para la empresa.
3. Suspender medidas administrativas impuestas⁵⁵: Un modelo de prevención sólido puede justificar la suspensión de la ejecución de ciertas medidas administrativas que hayan sido impuestas a la empresa, reduciendo así sus efectos.

En definitiva, los modelos de prevención, a partir de la Ley 30424, por un lado, son una herramienta estratégica que permite a las personas jurídicas actuar de manera preventiva frente a los riesgos legales⁵⁶, preservar su continuidad operativa y fortalecer su posición en el mercado; y, por otro, cumplen una función de confirmación de la normativa penal⁵⁷.

Ello es así porque si bien la Ley 30424, no impone a la persona jurídica la obligación de implementar un modelo de prevención de delitos o *Criminal Compliance*, lo cierto es que, si lo hace, al establecer como consecuencia de su implementación voluntaria, anterior e incluso posterior a la comisión del delito, beneficios que impactan en su responsabilidad penal.

⁵⁴ Cfr. Literal d) del art. 12 de la Ley 30424.

⁵⁵ Cfr. Art. 16.2 de la Ley 30424.

⁵⁶ Respecto a la función preventiva puede ampliarse: García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 85 y ss.; en esa misma línea resaltando su importancia preventiva en materia laboral. Vid. Oré Sosa, E., *Prevención de riesgos laborales y derecho penal (...)*, p. 172.

⁵⁷ Respecto a la función de confirmación de la normatividad penal puede revisarse: García Cavero, P., *Criminal Compliance...*, p. 96 y ss.

V. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: NATURALEZA Y FINALIDAD

En el marco del *Criminal Compliance*, las investigaciones internas constituyen un componente esencial de los modelos de prevención establecidos en la Ley 30424 y su reglamento. Estas investigaciones se encuentran estrechamente relacionadas con los procedimientos de denuncia⁵⁸, siendo que con la última modificatoria normativa al reglamento de la Ley⁵⁹ se refuerza el carácter estratégico de las investigaciones internas, no solo como respuesta ante una denuncia, sino como mecanismo fundamental para detectar, corregir y prevenir conductas ilícitas, fortaleciendo la cultura de cumplimiento y la eficacia del modelo de prevención.

El ámbito empresarial, no siendo la excepción, las conductas delictivas suelen ocurrir de manera subrepticia y ser conocidas únicamente por un círculo reducido de personas. Por ello, el procedimiento de denuncias está orientado a que tanto trabajadores como terceros puedan reportar, de manera voluntaria y confidencial, cualquier irregularidad de la que tengan conocimiento. Para lograrlo, es fundamental establecer condiciones adecuadas e incentivos que legitimen y motiven estas denuncias⁶⁰.

Una vez que surge una sospecha razonable de una posible infracción penal, corresponde al *criminal compliance* disponer el inicio de una investigación interna.

⁵⁸ Vid. arts. 38 y 40 g) del Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley 30424.

⁵⁹ Vid. Decreto Supremo N° 002-2025-JUS, norma que modifica e incorpora artículos al Reglamento de la Ley 30424.

⁶⁰ Sobre el particular León Alapont sostiene que los canales de denuncia constituyen una especial vía de comunicación de “irregularidades” a la corporación, de forma que, a raíz de la información recibida a través de estos canales, la persona jurídica puede tomar la decisión de iniciar una investigación interna, configurándose como una herramienta útil. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2020, núm. 22-04, p. 4 y ss. En esa misma línea se encuentra lo regulado en el art. 39 del Reglamento de la Ley 30424 referido a la implementación de los procedimientos de denuncias.

Aunque esta investigación comparte con la investigación penal la finalidad general de esclarecer la existencia de un hecho delictivo⁶¹, no deben confundirse ni homologarse, ya que presentan diferencias esenciales en cuanto a su naturaleza, objetivos y límites legales.

La investigación interna puede comprender muchos tipos de indagaciones; sin embargo, para este trabajo consideraremos aquellas indagaciones llevadas a cabo por particulares que, actuando en representación de una persona jurídica, pretenden esclarecer un hecho presuntamente delictivo y cometido en el marco de la actividad desplegada por la organización⁶². Por lo tanto, su naturaleza es privada⁶³, confidencial⁶⁴ y sus resultados están sujetos al control y dirección de la propia empresa⁶⁵. A diferencia de la investigación penal, que tiene un carácter público, es obligatoria y está dirigida por el Ministerio Público, la investigación interna se realiza al interior de una empresa, con el fin de:

1. Prevenir futuras infracciones: Al identificar las normas jurídico-penales que las actuaciones de la empresa podrían lesionar, así como la determinación de lo que hay que hacer para prevenir la comisión futura de los hechos delictivos o,

⁶¹ En similar sentido. Cfr. A. Ayala González, “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?” InDret , (2), p. 274 y ss. doi:[10.31009/InDret.2020.i2.08](https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.08).

⁶² A. Estrada Cuadras, Confesión o finiquito: ..., p. 235.

⁶³ Al respecto, sobre la naturaleza de las investigaciones defensivas, Nicolás Rodríguez-García sostiene que se trata de una actividad privada, voluntaria y unilateral, que, en función al principio de autotutela. Cfr. N. Rodríguez García. Las investigaciones internas como elemento esencial de los “*criminal compliance programs*”: ..., p. 207.

⁶⁴ Sobre el fundamento de la confidencialidad puede revisarse León Alapont, aunque discrepamos cuando establece como uno de sus fundamentos el derecho al honor de los investigados porque como precisaremos somos de la postura que la investigación interna no tiene investigados. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances* (...), p. 8.

⁶⁵ Sin embargo, no compartimos su naturaleza sancionadora. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*. (...), p. 11.

si ello no se consigue, cómo evitar que la imputación penal se expanda en la estructura empresarial.

2. Aprendizaje corporativo: Las investigaciones permiten detectar debilidades en los procesos y controles internos, promoviendo, en aplicación del principio de mejora continua, una cultura organizacional más robusta y ética.
3. Confirmación del cumplimiento normativo: Si se verifica la existencia de una infracción penal, la empresa puede adecuar su actuación y la de sus miembros a la ley, adoptando medidas disciplinarias y correctivas internas y/o realizando la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes.

El resultado de la investigación interna no tiene efectos penales, laborales, disciplinarios o civiles directos, sino que sus consecuencias son de otra índole: proporcionar información de calidad a la alta dirección de la empresa o persona jurídica para que adopte las decisiones que correspondan, dependiendo del contexto y la gravedad de los hallazgos e información recabada.

VI. DIFERENCIAS CON LA INVESTIGACIÓN PENAL

Si bien la investigación interna como la penal pueden coincidir en ciertos puntos, como la necesidad de esclarecer hechos presuntamente ilícitos o el respeto de los derechos fundamentales de los involucrados⁶⁶, no imputadas, como su dignidad o presunción de inocencia, existen diferencias clave:

⁶⁶ Nótese que nos estamos refiriendo a “involucrados” y no a “imputados”, pues consideramos que, en la investigación interna, a fin de generar confianza y colaboración de los involucrados o terceros, no deben existir imputaciones concretas; pues, de existir debería abrirse, a cargo de un órgano o ente competente, un procedimiento disciplinario o proceso, distinto al de la investigación interna, para que el presunto responsable, con todas las garantías, pueda defenderse de los cargos imputados en su contra. Escenario que no es el de una investigación interna. En sentido distinto, Vid. G.A. Astudillo Meza, «Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (*compliance*) en el Perú», en

1. Naturaleza: La investigación interna es privada⁶⁷, voluntaria, dirigida por la empresa y es gestionada según sus propios procedimientos y criterios, mientras que la investigación penal es pública, obligatoria y está bajo la dirección del Ministerio Público, quien cuenta con facultades coercitivas.
2. Finalidad: La interna busca establecer qué paso, centrándose en los hechos y no en la determinación de responsabilidad de las personas, a fin de que la alta dirección de la empresa o persona jurídica pueda tomar acciones dirigidas a prevenir, corregir y cumplir con la normatividad, protegiendo los intereses de la empresa y asegurando su integridad operativa⁶⁸, mientras que la penal tiene como objetivo determinar responsabilidades de los involucrados y aplicar sanciones legales, a partir de la existencia de una imputación de cargos concreta.
3. Límites legales: Ambas deben respetar los derechos fundamentales de las personas involucradas como: la dignidad, la presunción de inocencia y, cautelar la prueba de los hechos⁶⁹. Sin embargo, la investigación interna no puede sustituir, subsidiar, ni convertirse en una investigación penal o disciplinaria

Anuario de derecho penal 2013-2014 (Temas de derecho penal económico: empresa y *compliance*), 2016, p. 257; y, A. Estrada Cuadras, Confesión o finiquito: ..., p. 234 y ss.

⁶⁷ En este sentido, J.P. Montiel, «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (40), 2013, p. 253.

⁶⁸ Al respecto, León Alapont precisa que la finalidad o función de una investigación interna quedará supeditada a su naturaleza. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances* (...), p. 7. Sobre el tema, el art. 38 del Reglamento de la Ley 30424 establece la posibilidad de que con los resultados de las investigaciones internas puedan imponerse sanciones; sin embargo, el fundamento de estas sería la contravención al Modelo de Prevención de Delitos.

⁶⁹ En el mismo sentido, con relación al cuidado de la prueba. J.P. Montiel, «Breve introducción al criminal *compliance*», Revista Actualidad Penal, (24), 2016, p. 150; por otro lado, con relación a la afectación de derechos fundamentales y su relación con la prueba. Vid. A. Estrada Cuadras, Confesión o finiquito: ..., p. 234.

porque se desnaturalizaría y perdería incentivos. En ese escenario, al no existir ninguna imputación, no corresponde la implementación o desarrollo de las garantías y derechos que tiene todo investigado cuando es imputado porque no lo hay⁷⁰.

VII. LA INVESTIGACIÓN INTERNA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al respecto, debemos partir que las investigaciones internas constituyen un procedimiento interno que no tiene por finalidad la determinación de responsabilidades personales sino la determinación de los hechos cuestionados. Las investigaciones internas iniciadas a causa de una denuncia o de oficio respecto a hechos que pueden implicar delitos o incumplimientos normativos forman parte de un procedimiento por el cual busca determinarse su existencia, a fin de obtener información necesaria para implementar medidas preventivas, el aprendizaje corporativo y coadyuvar a la adopción de decisiones de mejora o adecuarse a la normatividad.

En ese contexto, toda investigación interna debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas “involucradas”⁷¹. Cualquier vulneración en este sentido podría invalidar las pruebas obtenidas y, además, comprometer la reputación de la empresa. En estos casos nos referimos, por ejemplo, a la afectación al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones cuando se acceden a correos electrónicos o WhatsApp sin autorización del titular o cuando se recaba

⁷⁰ En posición contraria Nieto Martín y León Alapont. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances* (...), p. 24.

⁷¹ En este sentido, Vid. El literal e) del art. 32 del Reglamento de la Ley 30424 según el cual el compromiso y liderazgo del órgano de gobierno o administración y la alta dirección debe reflejarse, entre otros, en el apoyo visible e inequívoco sobre la aprobación de procedimientos o protocolos para la investigación interna en los que se respeten los derechos de los involucrados.

documentación de los cajones del escritorio personal de un trabajador de la empresa sin su consentimiento⁷².

Por ello, para que los resultados de una investigación interna puedan ser valorados en un proceso penal, en el supuesto que la empresa haya decidido hacerlo, es necesario que se respeten los derechos fundamentales de los involucrados a fin de garantizar la prueba de los hechos que han sido objeto de la investigación⁷³. De lo contrario, la información obtenida podría ser declarada nula y no ser admitida como prueba si es necesario que se traslade del ámbito empresarial a otro ámbito: penal, civil, laboral, etc.

De esta manera, no son de aplicación los principios procesales de derecho de defensa (derecho de descargo), presunción de inocencia, derecho de recurso o pluralidad de instancias y otros derivados de la existencia de una imputación concreta, los cuales se aplican en el marco de procedimientos disciplinarios, sancionadores o judiciales y, que de acuerdo a su naturaleza tienen por objeto determinar responsabilidades personales, lo que no sucede en una investigación interna porque no es su naturaleza y finalidad.

Asimismo, en este aspecto, surge un debate sobre si el Ministerio Público puede acceder directamente a la información recopilada en una investigación interna sin el consentimiento de la empresa⁷⁴. Esta práctica podría desincentivar la realización de

⁷² Estos riesgos también han sido identificados por León Alapont quien ha precisado que la validez en un proceso penal de la prueba obtenida a raíz de una investigación interna precisa de las siguientes pautas: a) previsión legal, b) fin legítimo, c) proporcionalidad, d) consentimiento del afectado. Cfr. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances* (...), p. 12 y ss.

⁷³ De similar posición. Vid. N. Rodríguez García. Las investigaciones internas como elemento esencial de los “*criminal compliance programs*”: ..., p. 214 y ss.

⁷⁴ A favor de esta posibilidad A. Estrada Cuadras, Confesión o finiquito: ..., p. 243.

investigaciones exhaustivas, ya que las empresas temerían exponer información sensible. Al respecto, consideramos que ello se encontraría limitado por el secreto profesional, tanto si el investigador es interno como externo, toda vez que el secreto profesional protege la confidencialidad de la información obtenida; y, la finalidad de la información recaba en una investigación interna de una empresa está destinada a su defensa legal y a la toma de decisiones estratégicas en un eventual proceso penal.

VIII. COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA INVESTIGACIÓN INTERNA Y PENAL

Las investigaciones internas no deben entenderse como un sustituto de la investigación penal, laboral, disciplinaria o de otra naturaleza, sino como un mecanismo de apoyo y complementario⁷⁵. Por ejemplo, si durante una investigación interna se obtienen indicios razonables de la comisión de un delito y se cuenta con una imputación concreta⁷⁶ contra los presuntos responsables, corresponde a la

⁷⁵ En una posición contraria Estrada Cuadras, sostiene que se produce una identidad estructural entre la investigación interna y la estatal cuando el empleador: i) trate de esclarecer un hecho penalmente relevante, ii) recopilando material probatorio de forma sistemática y iii) mediante el empleo de recursos humanos y materiales equivalentes -si no superiores- a los utilizados por las autoridades públicas competentes de la persecución del delito. En particular, aunque no solo, cuando se disponga de personas que se dediquen de forma específica a la tarea de investigación, especialmente si estas personas son profesionales especializados en la investigación de los hechos problemáticos. Cfr. A. Estrada Cuadras, Confesión o finiquito: ..., p. 257.

⁷⁶ Sobre la imputación necesaria y configuración de cargos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado: Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para emitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho de defensa. [Corte IDH. Barreto Leiva vs. Venezuela, párr. 28]. Por su parte el Tribunal Constitucional peruano en el expediente EXP N.º 00728-2015-PHC/TC, fundamento 8) precisó que: Dicha exigencia cobra relevancia con la finalidad que el procesado pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa, entre otros derechos, así también lo ha reconocido este Tribunal al señalar que "es derecho de todo procesado el que conozca de

persona jurídica presentar una denuncia ante el Ministerio Público, quien asumirá la responsabilidad de investigar formalmente y determinar las responsabilidades correspondientes.

El valor de una investigación interna radica en su capacidad de generar información útil y válida, cautelando siempre la prueba de los hechos y los derechos fundamentales de los involucrados, para ser utilizada tanto por la alta dirección en la toma de decisiones empresariales, como por la autoridad competente en un eventual proceso en el que tenga que determinarse la responsabilidad de los presuntos involucrados y, de ser el caso, imponerse las sanciones que correspondan a la naturaleza de los hechos y del proceso generado.

IX. UN CAMBIO DE ENFOQUE

Las investigaciones internas, dada su naturaleza privada y componente esencial de un modelo de prevención, deben ser vistas como una herramienta de mejora continua, cuyo objetivo principal no es sancionatorio o disciplinario, sino que persiguen como finalidad ofrecer a la alta dirección de la empresa información clara y precisa para: 1. Adoptar decisiones estratégicas y legales, previniendo riesgos de futuras infracciones; 2. Implementar mejoras en el modelo de prevención, de cara un aprendizaje corporativo; y, 3. Cumplir con las obligaciones legales y éticas que corresponden a la empresa, esto es adecuándose al respeto de la ley y los principios éticos. Este enfoque permitirá que los colaboradores, tanto internos como externos, participen en las investigaciones sin temer represalias.

manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra. [STC. 3390-2005-PHC/TC, fundamento 16].

En consecuencia, independientemente de si las investigaciones internas se implementan con fines reactivos o preventivos⁷⁷ o si estamos ante un *Criminal Compliance* o de otra clase, sus resultados son siempre valiosos para la empresa en el marco de los fines generales del *Compliance*. Su existencia, ejecución y resultados son relevantes para determinar si la persona jurídica actuó diligentemente frente a un posible delito, reforzándose, de esta manera, el carácter estratégico de las investigaciones internas, no solo como respuesta ante una denuncia, sino como mecanismo fundamental para prevenir conductas delictivas, generar aprendizaje corporativo y confirmar el cumplimiento normativo.

De esta manera, la información que se conozca y obtenga a través de las investigaciones internas servirán como insumos para que la empresa pueda aplicar de manera eficaz e idónea sus controles, por ejemplo, su Modelo de Prevención de Delitos y para que la autoridad competente (fiscal y juez) puedan analizar su responsabilidad. Ello implicará además de verificar el cumplimiento de los componentes mínimos de su Modelo, cumplir otros requisitos adicionales como el compromiso ético, la formación y la documentación del modelo⁷⁸.

Bajo ningún supuesto, una investigación interna puede equipararse o sustituir una investigación penal. En caso de confirmarse una sospecha razonable de la comisión de un delito, compete a la persona jurídica adecuarse a la confirmación de la norma y en ese contexto proceder con la denuncia penal ante las autoridades

⁷⁷ Sobre la clasificación de las investigaciones internas Vid. J. León Alapont, Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2020, núm. 22-04, p. 3; por su parte Ayala González las clasifica según sus efectos. Cfr. A. Ayala González, “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? (...)”, p. 276 y ss.

⁷⁸ Cfr. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos* (2.^a ed.). Aranzadi, 2018, pp. 7 -11

competentes (Ministerio Público o Policía Nacional). Sólo en ese ámbito, el penal, se determinarán las responsabilidades individuales y de la persona jurídica respecto a los hechos presuntamente delictivos.

Cada una de las investigaciones, interna o penal, tienen una finalidad específica y, cuando operan de manera complementaria y respetuosa de los derechos fundamentales de los involucrados, sin distorsionar su naturaleza y fines, contribuyen de manera significativa al fortalecimiento de la cultura de integridad y legalidad dentro de las organizaciones⁷⁹.

X. CONCLUSIONES

Las investigaciones internas son un componente esencial de los modelos de prevención establecidos en la Ley 30424 y tienen una naturaleza privada, voluntaria y orientada a prevenir futuros delitos, fortalecer el aprendizaje corporativo y garantizar el cumplimiento normativo. No deben confundirse ni sustituir a una investigación penal, ya que su objetivo no es sancionar, sino ofrecer información estratégica a la alta dirección.

La investigación interna y la penal difieren en su naturaleza, objetivos y límites legales. Mientras que la interna es privada, voluntaria y gestionada por la empresa⁸⁰, la penal es pública, obligatoria y dirigida por el Ministerio Público con fines sancionatorios y determinación de responsabilidades legales.

⁷⁹ En ese mismo sentido se ha precisado que “es el compromiso de la organización con los valores éticos y el cumplimiento normativo, su actuación antes y después de la comisión del delito, su colaboración con las autoridades, su intención de reparar el posible daño y la respuesta a la no tolerancia, lo que va a determinar que no haya una condena.” Vid. *Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos* (2.ª ed.). Aranzadi, 2018, p. 16.

⁸⁰ Vid. Arts. 32 literal e), 39.2 literal d) y 40 literales f) y g) del Reglamento de la Ley 30424.

Las investigaciones internas constituyen un componente esencial del Modelo de Prevención de Delitos, ya que permiten identificar, analizar y documentar incidentes o riesgos que podrían comprometer la integridad de la empresa. Estas investigaciones no solo contribuyen a corregir fallas y reforzar controles, sino que también generan evidencia para adoptar medidas correctivas y prevenir la materialización de riesgos futuros, fortaleciendo así la cultura de cumplimiento y la protección de los activos estratégicos de la empresa.

Las investigaciones internas deben garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los involucrados. Esto es esencial para asegurar la validez de las pruebas obtenidas y evitar comprometer la reputación de la empresa o la nulidad de los resultados en otros ámbitos legales.

Las investigaciones internas no sustituyen a las penales, pero las complementan. En caso de indicios razonables de un delito, corresponde a la empresa presentar una denuncia ante las autoridades competentes, quienes se encargarán de investigar formalmente y determinar responsabilidades legales tanto de las personas naturales como de las jurídicas.

Un cambio de enfoque es necesario para comprender las investigaciones internas como una herramienta de mejora continua. Estas no tienen como finalidad directa sancionar, sino prevenir, aprender de las fallas y reforzar la integridad corporativa. Este enfoque fomenta la participación de los colaboradores, sin temor a represalias, fortalece la cultura de cumplimiento y legalidad en la organización.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Alpaca Pérez, A. (2022). Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales

integradas en su estructura: El caso peruano. *Nuevo Foro Penal*, 18(99), 53-101.
<https://doi.org/10.17230/nfp18.99.3>

Ambos, K. (2011). La internacionalización del derecho penal: El ejemplo del lavado de activos. En Souto, M. A., & Sánchez Steward, N. (Eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, (pp. 181–205). Tirant lo Blanch.

Arbulú Ramírez, J. A. (2016), «Fraude de etiquetas en la responsabilidad de las personas jurídicas de la Ley 30424», *Actualidad Penal*, 25, p. 56 y ss.

Artaza Varela, O. (2024). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En *Colección Materiales Docentes, N° 25* (pp. 215). Academia Judicial de Chile.

Astudillo Meza, G. A. (2016). Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (*compliance*) en el Perú. En Hurtado Pozo, J. (Dir.), *Anuario de derecho penal 2013-2014* (Temas de derecho penal económico: empresa y *compliance*) (pp. 233-258). Fondo Editorial PUCP.

Ayala González, A. (2020). Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret*, (2). <https://doi.org/10.31009/lnDret.2020.i2.08>

Balmaceda Quirós, J. (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N.º 1352. *Actualidad Penal*, 33, pp. 15-36.

Caro Coria, D. C. (2001). La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano. *Derecho PUCP*, (54), pp. 419-474.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.015>

Compliance. Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos. (2.^a ed.). Aranzadi, 2018.

- Estrada Cuadras, A. (2020). Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. *InDret*, (4).
<https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06>
- García Cavero, P. (2017). *Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos.* (1^a ed.). Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Intervención delictiva en estructuras empresariales.* (1^a ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3.^a ed. corregida y actualizada). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Guerra, R. (2019). Una aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile en el marco de los delitos contra el medio ambiente. En J. B. Tisné Niemann (Ed.), *Derecho ambiental y recursos naturales* (Cuaderno de Extensión Jurídica N.^o 28, pp. 255). Editorial Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Hernández Basualto, H. (2018). Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 427-451.
- León Alapont, J. (2020). Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: A propósito de los *compliances*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-04). <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-04.pdf>
- López Romaní, J. (2021). *El control jurisdiccional de la acusación fiscal*. Jurista Editores.
- Montiel, J. P. (2016). Breve introducción al criminal *compliance*. *Revista Actualidad Penal*, (24). (pp. 140-153).

Montiel, J. P. (2013). Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online].

2013, (40), pp. 251-277. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>.

Nieto Martín, A. (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el

derecho penal. En Montiel, J. P., Kuhlen, L., & Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.),

Compliance y teoría del derecho penal. (pp. 21–50). Marcial Pons.

Oré Sosa, E. (2022). Prevención de riesgos laborales y derecho penal. En Editores del

Centro & Universidad de Piura (Eds.), *Delictum, apuntes de derecho penal*. (p.

316). Editores del Centro.

Reyna Alfaro, L. (2015). Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de

exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En

Ambos, K., Caro Coria, D. C., & Malarino, E. (Coords.), *Lavado de activos y*

compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado. (pp. 453–477).

Jurista Editores.

Rodríguez García, N. (2023). Las investigaciones internas como elemento esencial de

los “programas de cumplimiento penal”: Haciendo de la necesidad virtud.

Revista Penal, (52), pp. 201-223.

1. NORMAS LEGALES Y SENTENCIAS

Ley 30424. *Ley de Responsabilidad Administrativa de las personas jurídicas*.

Decreto Supremo N° 002-2019-JUS. *Reglamento de la Ley 30424*.

Decreto Supremo N° 002-2025-JUS. Modifica e incorpora artículos al *Reglamento de la*

Ley 30424.

Corte IDH. *Barrete Leiva vs. Venezuela*, párr. 28.

STC. 00728-2015-PHC/TC, fundamento 8.

STC. 3390-2005-PHC/TC, fundamento 16.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Pleno. Acuerdo Plenario N.º 7-2009, 13/11/2009.

Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Turno de Casación. Sent. N.º 134-2015, 16/08/2016. Neyra Flores (ponente); Villa Stein; Rodríguez Tineo; Pariona Pastrana; Hinostroza Pariachi.

Perú. Lima: Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 080-2021-CLC-INDECOPI, 15/11/2021. disponible en el enlace: <https://bit.ly/3oFZM2w>

2. PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Guía Práctica del Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito (UNODC). https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf

Fundación Microfinanzas BBVA. *Código de buen gobierno para las sociedades peruanas*. <https://www.fundacionmicrofinanzasbbva.org/revistaprogreso/codigo-de-buen-gobierno-para-las-sociedades-peruanas/>

Por:
Fátima Del Rosario
Medina Neyra *

*CUANDO EL CONTRATO NO ES EL PROBLEMA,
SINO LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: LEASING
FINANCIERO Y EL EQUILIBRIO PERDIDO*

Resumen

El presente artículo examina los mecanismos normativos orientados al control de las cláusulas abusivas en los contratos de leasing financiero celebrados en el Perú. El análisis se enfoca en el rol de las autoridades administrativas, judiciales y arbitrales, prestando especial atención a las deficiencias en la protección del arrendatario, con independencia de si este ostenta la calidad de consumidor. Desde una metodología cualitativa, se realiza un estudio sistemático de las principales fuentes normativas —incluyendo el Decreto Legislativo N.º 299, el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor—, junto con doctrina especializada y criterios jurisprudenciales. El diagnóstico revela que el sistema de control actual es fragmentado, reactivo e ineficaz. Esta fragmentación se debe a la coexistencia de entidades con competencias distintas, como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Indecopi, el Poder Judicial o el arbitraje, que operan sin un enfoque coordinado. Además, su naturaleza reactiva se activa principalmente *ex post*, es decir, después de que se ha producido el perjuicio. Adicionalmente, se evidencia su ineficacia debido al mínimo control preventivo o *ex ante* por parte de la SBS, lo que no logra mitigar de manera contundente el desequilibrio de poder entre las partes. A partir de este diagnóstico, se plantean propuestas de reforma con el fin de prevenir el uso de cláusulas abusivas y mejorar la transparencia, con el objetivo de contribuir a una regulación más equitativa que equilibre la libertad contractual con la protección del adherente.

* Abogada y máster en Derecho de la Empresa con mención Corporativo por la Universidad de Piura.
fmedinan@outlook.es

** Este artículo tiene como origen la tesis de grado desarrollada en el marco de la Maestría en Derecho de la Empresa, con mención en Derecho Corporativo. A lo largo de su elaboración, se ha realizado un análisis sistemático y riguroso de los mecanismos jurídicos previstos en el ordenamiento peruano para la identificación, evaluación y control de cláusulas abusivas en los contratos de leasing financiero. Este estudio busca aportar al fortalecimiento de relaciones contractuales más justas y transparentes, alineadas con los principios de buena fe, equilibrio en las prestaciones y protección del adherente. Todo ello dentro del marco normativo vigente en el ordenamiento jurídico peruano, que exige no solo el cumplimiento formal de los contratos, sino también su coherencia con estándares mínimos de equidad en contextos de asimetría contractual.

Recibido: 18 de abril de 2025

Aceptado: 03 de diciembre de 2025

Abstract

This article examines the regulatory mechanisms aimed at controlling abusive clauses in financial leasing contracts in Peru. The analysis focuses on the role of administrative, judicial, and arbitral authorities, with particular attention to the deficiencies in protecting the lessee, irrespective of their status as a consumer. Using a qualitative methodology, a systematic study is conducted of the main regulatory sources—including Legislative Decree N°. 299, the Civil Code, and the Consumer Protection and Defense Code—along with specialized doctrine and jurisprudential criteria. The diagnosis reveals that the current control system is fragmented, reactive, and ineffective. This fragmentation stems from the coexistence of entities with distinct competencies, such as the Superintendence of Banking, Insurance and Pension Fund Administrators, Indecopi, the Judiciary, and arbitration, which operate without a coordinated approach. Furthermore, its reactive nature means it is primarily activated ex post—that is, after the harm has already occurred. Additionally, its ineffectiveness is evident due to minimal preventive or ex ante control by the SBS, which fails to conclusively mitigate the power imbalance between the parties. Based on this diagnosis, reform proposals are put forward to prevent the use of abusive clauses and improve transparency. The objective is to contribute to a more equitable regulation that balances contractual freedom with the protection of the adhering party.

Palabras clave: Leasing financiero, cláusulas abusivas, contratación en masa, derecho civil, derecho del consumidor

Keywords: Financial leasing, abusive clauses, mass contracting, civil law, consumer law

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CONTRATACIÓN Y SU ÁMBITO FINANCIERO.** 1. CONTRATO CIVIL: NOCIÓN, AUTONOMÍA PRIVADA Y BUENA FE OBJETIVA. 2. EL CONTRATO MERCANTIL: CONCEPTO Y CALIFICACIÓN DEL LEASING FINANCIERO. **III. CONTRATO DE LEASING.** 1. ¿QUÉ ES EL LEASING Y CÓMO FUNCIONA? 2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES. 3. ELEMENTOS. A) *Sujetos del contrato.* a. Arrendador. b. Arrendatario. c. Proveedor del bien. B) *Objeto del contrato.* 4. FORMA. 5. DURACIÓN. 6. CANON. 7. OPCIÓN DE COMPRA. 8. CLASES. A) *Clasificación por finalidad económica.* a. Leasing financiero. b. Leasing operativo (renting). c. Lease back (retroleasing). d. Leasing bróker. B) *Clasificación según el objeto del contrato.* a. Leasing mobiliario. b. Leasing inmobiliario. 9. CALIDAD DE TÍTULO EJECUTIVO. 10. EXTINCIÓN. A) Extinción ordinaria. B) Extinción anticipada. 11. BENEFICIOS Y RIESGOS CONTRACTUALES. **IV. CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN VERSUS CONTRATO POR ADHESIÓN.** **V. CLÁUSULAS ABUSIVAS.** 1. ¿QUÉ SON CLÁUSULAS ABUSIVAS? 2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES. 3. ¿CÓMO RECONOCER UNA CLÁUSULA ABUSIVA? 4. LO QUE DICE LA LEY: EL MARCO NORMATIVO APLICABLE. A) Código Civil. B) El Código de Protección y Defensa del Consumidor. **VI. SISTEMAS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.** 1. LEGISLATIVO. 2. ADMINISTRATIVO. 3. JUDICIAL O ARBITRAL. **VII. ANÁLISIS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL DEL LEASING.** **VIII. REFORMAS URGENTES: PROPUESTAS PARA UN LEASING MÁS JUSTO.** 1. FORTALECIMIENTO DEL CONTROL EX ANTE DE LA SBS. 2. IMPULSO A LA FORMACIÓN ESPECIALIZADA Y LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JUDICIALES. 3. FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL Y REDUCCIÓN DE LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN. **IX. CONCLUSIONES.** **X. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más dinámico y competitivo, las empresas grandes, medianas o pequeñas buscan constantemente herramientas que les permitan adquirir activos para expandir sus operaciones sin comprometer su liquidez. En este escenario, el arrendamiento financiero o *leasing* se ha consolidado como un mecanismo de financiamiento versátil y eficiente. Pero no estamos hablando de una simple compraventa a plazos ni de un arrendamiento tradicional.

El *leasing* es un contrato tipificado en nuestro país por el Decreto Legislativo N.º 299¹, así como por sus normas modificatorias² y complementarias³. La doctrina nacional lo ha definido, como un contrato con una función económica de financiamiento, que se sostiene sobre dos pilares: una cesión en uso temporal y una opción de compraventa. En esencia, es la llave que le permite al arrendatario usar un bien por un tiempo pactado, pagando cuotas periódicas, para luego, si así lo decide, adquirirlo por un precio residual ya establecido.

El auge del *leasing* en el Perú es innegable. La *Pacific Credit Rating* (2025) lo confirma: solo en 2024, el volumen de operaciones saltó de S/ 263.4 a S/ 305.3 millones. Es un motor del desarrollo empresarial. Sin embargo, su masificación ha traído consigo una sombra: los contratos estandarizados. Al ser redactados unilateralmente y a puerta cerrada por las entidades arrendadoras, plantean una gran interrogante sobre la real capacidad de negociación del arrendatario y la posible inclusión de cláusulas abusivas.

Estas cláusulas, con su apariencia de legalidad, esconden una desproporción que rompe el equilibrio y favorece, de manera excesiva, a la entidad financiera. Esto

¹ En adelante, se utilizará la abreviatura D. Leg. N.º 299 para referirse al Decreto Legislativo N.º 299.

² Como sus normas modificatorias consultese el Decreto de Urgencia N.º 013-2020-Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la Mipyme, emprendimientos y startups y la Ley N.º 31248 - Ley que fortalece herramientas financieras de reactivación económica de las Mipyme facilitando el acceso a crédito, generación de garantías y compras estatales para dinamizar la economía.

³ El contrato de arrendamiento financiero se encuentra sujeto, primariamente, a su legislación especial, tal como lo establece el artículo 1677º del Código Civil. De manera supletoria, y siempre que no exista incompatibilidad con su naturaleza, son aplicables tanto las disposiciones del Código Civil relativas a los contratos de arrendamiento y opción, como las reglas generales sobre contratos y obligaciones. Esta estructura de aplicación normativa es coherente con el principio de supletoriedad del Código Civil (artículo IX del Título Preliminar), el cual somete a todo contrato de derecho privado, incluidos los innombrados, a las normas generales de la contratación (artículo 1353º). (Soria Aguilar, Alfredo, 2008, pp. 379 y 780)

nos conduce a una interrogante fundamental: ¿la problemática del contrato de *leasing* reside en su naturaleza o en las cláusulas abusivas que lo conforman? La premisa central de esta investigación es clara y contundente: el problema no reside en la figura contractual del *leasing* en sí misma, sino en las condiciones leoninas que modulan su eficacia, socavando el equilibrio negocial.

El análisis muestra que el sistema de control en nuestro país es como un colador, insuficiente para prevenir y sancionar estas prácticas. Ello se debe a que ciertas empresas financieras se valen de la naturaleza de las cláusulas generales de contratación⁴ del *leasing*, cuyas cláusulas son predispostas por éstas. Esta situación, por ejemplo, les permite establecer la resolución unilateral del contrato ante el más mínimo incumplimiento del cliente. Como consecuencia, tienen la potestad de recuperar el bien sin requerir una orden judicial, lo que puede derivar en situaciones de abuso, en las que el cliente se ve obligado a renunciar a su derecho a reclamar o a solicitar compensaciones.

La relevancia de esta investigación es evidente. El *leasing* es, sin duda, un motor de crecimiento empresarial, pero la falta de un control normativo eficiente afecta directamente la seguridad jurídica y la confianza en el mercado. Para este análisis, nos centraremos en tres pilares conceptuales: el contrato de *leasing* financiero, el concepto de contratación en masa, y la trascendental distinción entre contrato por adhesión y cláusulas generales de contratación.

Este estudio tiene como finalidad ofrecer recomendaciones y conclusiones prácticas para juristas, consumidores y empresas. Con ello, se busca destacar que la

⁴ CGC será la abreviatura de Cláusulas Generales de Contratación en el presente texto.

contratación transparente y equitativa es una condición indispensable para generar valor y confianza en el mercado.

La ruta metodológica adoptada es de enfoque cualitativo, empleando el método jurídico dogmático. Este enfoque nos permitirá analizar sistemáticamente fuentes normativas, doctrina, jurisprudencia y casos reales. Si bien para las tareas más operativas como la organización de la información y la elaboración de tablas nos apoyamos en herramientas digitales, es fundamental precisar que el análisis y las conclusiones son de mi exclusiva autoría.

El presente artículo se estructura de manera secuencial, abordando sistemáticamente lo siguiente:

Capítulo I: Se presenta el contexto, la relevancia de la figura del *leasing* y se articula el problema de investigación.

Capítulo II: Se examinan los pilares conceptuales del contrato civil, la autonomía privada y la buena fe objetiva, aplicados al tráfico de bienes y servicios financieros, así como el concepto de contrato mercantil y la calificación del *leasing* financiero.

Capítulo III: Se aborda el contrato de *leasing* para analizar sus elementos esenciales y establecer los puntos críticos donde las cláusulas predispuestas originan un desequilibrio contractual.

Capítulo IV: Se explora la contratación masiva y se desentrañan las diferencias entre el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Capítulo V: Se exploran las bases de la contratación estandarizada y se desentrañan las diferencias esenciales entre el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Capítulo VI: Se analiza el funcionamiento y las limitaciones de los sistemas de control en los ámbitos legislativo, administrativo, judicial y arbitral.

Capítulo VII: Se exponen casos de cláusulas abusivas en contratos de *leasing*, a fin de ilustrar la problemática con ejemplos prácticos.

Capítulo VIII: Se presentan propuestas concretas para corregir las deficiencias identificadas en el marco legal vigente.

Capítulo IX: Se concluye la investigación con una síntesis de los hallazgos y las propuestas, con el objetivo de promover una contratación financiera más justa.

Capítulo X: Finalmente, se ofrece una compilación de las fuentes jurídicas y bibliográficas utilizadas en el estudio.

Más que un simple repaso del estado actual del Derecho, este artículo busca influir en la mejora de la regulación del *leasing* financiero, promoviendo relaciones contractuales más justas y funcionales, ancladas en los principios de buena fe, equidad y tutela del adherente. Por lo tanto, la aplicación de estos principios es imperativa y su observancia no debe quedar supeditada a la calificación del adherente como consumidor. Ello se fundamenta en que el contrato de *leasing* puede ser celebrado por personas naturales o jurídicas que, sin encajar en dicha categoría, se encuentran en una situación de asimetría contractual que justifica una protección análoga a la del consumidor.

II. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CONTRATACIÓN Y SU ÁMBITO FINANCIERO

El *leasing* financiero exige una exégesis que armonice el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, dada su naturaleza contractual que converge en el ámbito financiero y de tráfico masivo.

1. CONTRATO CIVIL: NOCIÓN, AUTONOMÍA PRIVADA Y BUENA FE OBJETIVA

La doctrina define al contrato como el acuerdo de voluntades bilateral o plurilateral que, perfeccionado por la aceptación de una oferta, constituye el acto jurídico idóneo para regular las relaciones de las partes. Su finalidad esencial es ordenar los derechos de naturaleza patrimonial o aquellos susceptibles de una valoración pecuniaria. (Torres, 2007, pp. 31-32)

Este concepto se fundamenta en el artículo⁵ 1351 del Código Civil⁶, norma que define la figura como la confluencia de voluntades destinada a constituir, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

El contrato se erige, por tanto, como la expresión depurada de la autonomía de la voluntad, siendo el instrumento fundamental mediante el cual los sujetos, en ejercicio de su libertad económica, concluyen un acuerdo voluntario y vinculante. Este acuerdo establece un marco de reglas privadas de naturaleza patrimonial esencial para la consecución de fines productivos y la distribución eficiente de riesgos.

La materialización del contrato se instrumentaliza mediante la autonomía privada (art. 1354 del C.C.), facultad que confiere a las partes la potestad de autorregular sus intereses. No obstante, esta potestad está intrínsecamente modulada por el principio de la buena fe objetiva (art. 1362 del C.C.). Este principio opera como el estándar ético y normativo que las partes deben observar; constituye el límite dogmático esencial para la validez del contenido contractual y previene el desequilibrio en las prestaciones.

⁵ Para efectos del presente documento, la palabra “artículo” será abreviada como “art.”, utilizándose la mayúscula (Art.) únicamente al inicio de una oración. Este mismo criterio de uso de mayúscula/minúscula aplicará a la forma plural: arts./Arts.

⁶ En lo sucesivo, se utilizará la abreviatura C.C. para nombrar al Código Civil.

Consecuentemente, esta concepción matriz es el sustento jurídico y estructural sobre el cual opera el arrendamiento financiero. El *leasing*, al ser una herramienta primordial en la gestión corporativa y el financiamiento de activos, constituye una ejecución especializada de la autonomía privada. Las partes recurren a este principio para articular una obligación contractual que persigue un fin económico y productivo.

Por lo anterior, la buena fe objetiva se convierte en un estándar imperativo en la interpretación y ejecución de este tipo de contratos. Este principio no solo disciplina el ejercicio de la libertad contractual, sino que también garantiza la ausencia de desequilibrios prestacionales, aspecto crítico en la regulación de este contrato típico.

Como lo señala Trazegnies Granda (2005, p. 37), "sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres", exigiendo un comportamiento activo y diligente que es la base ética de la relación contractual.

2. *EL CONTRATO MERCANTIL: CONCEPTO Y CALIFICACIÓN DEL LEASING FINANCIERO*

El contrato mercantil se configura como un acuerdo de voluntades que, para su correcta calificación, requiere la participación de al menos un comerciante o la presencia del elemento "empresa" en la operación, actuando los agentes en el marco de su giro comercial (García Pita y Lastre, 2010, p. 17).

Su formación se inicia con el intercambio de una oferta y su consecuente aceptación. La oferta debe ser formulada de manera "cierta, definitiva y explícita", detallando todas las particularidades del negocio. Este rigor formal es crucial, pues confiere al destinatario la facultad de perfeccionar el acuerdo mediante una simple aceptación ("acepto"), constituyendo un compromiso vinculante (Furnish, 1986, p. 91).

En este contexto, la aplicación del criterio de mercantilidad es decisiva: la propuesta contractual debe apreciarse desde un inicio como dirigida a la formación de un acuerdo mercantil. Solo si esta orientación es clara, y el destinatario lo supo o debió saberlo, la aceptación también será de naturaleza mercantil (Zegarra Mulánovich, 2014, p. 45).

El proceso de formación o perfeccionamiento de este contrato se rige, principalmente, por las disposiciones contenidas en el C.C. No obstante, su calificación como mercantil genera un influjo decisivo que modula la interpretación y la eficacia de las reglas civiles aplicables (Zegarra Mulánovich, 2014, p. 39).

El contrato mercantil, en la normativa peruana, se define como el acuerdo de voluntades de contenido patrimonial cuya calificación jurídica se determina por un criterio subjetivo o uno objetivo.

En primer lugar, el criterio subjetivo se establece por la calidad de sus intervinientes (art.1 del Código de Comercio⁷)⁸. El contrato es mercantil si al menos una de las partes ostenta la calidad de comerciante profesional, es decir, una persona natural o jurídica dedicada de manera habitual y organizada al ejercicio del comercio.

En segundo lugar, el criterio objetivo (art.1 del CdC) califica el contrato por su objeto, el cual debe consistir en la realización de un acto de comercio intrínsecamente tipificado en la ley o de naturaleza análoga.

Para la autora, el contrato mercantil es el acuerdo legal de valor económico que impulsa la máxima celeridad y seguridad en el tráfico empresarial. Su esencia reside

⁷ Para referir al Código de Comercio a lo largo de este artículo, se empleará la abreviatura “CdC”.

⁸ Artículo 1 del CdC. Son comerciantes para los efectos de este Código:

1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

en la participación de un comerciante profesional o en que su objeto sea un acto de comercio, siendo el pilar normativo que asegura que las transacciones corporativas se desenvuelvan con la agilidad que el mercado demanda, afianzando un ecosistema de reglas claras.

De especial relevancia resulta el art. 2 del CdC⁹, el cual establece la jerarquía normativa, indicando que estos contratos se rigen por las disposiciones del CdC; en su defecto, por los usos del comercio generalmente observados; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho Civil, el cual actúa como fuente supletoria de último grado. El contrato mercantil es, por tanto, el instrumento legal esencial que garantiza la celeridad transaccional y la seguridad del tráfico empresarial.

En el caso del *leasing*, concurren ambos criterios del contrato mercantil. Desde la perspectiva subjetiva, la arrendadora es invariablemente una institución financiera (banco o empresa de *leasing*). Al ejecutar una intermediación financiera de forma habitual y lucrativa, dicha entidad se califica como comerciante profesional conforme al CdC. Este elemento es complementado por el criterio objetivo, que califica al *leasing* como un acto de comercio por analogía. Su función como instrumento de crédito y financiación de activos lo hace esencial para la actividad industrial y comercial, contribuyendo de manera directa y fundamental al tráfico empresarial.

Finalmente, es preciso determinar el rol del CdC como fuente supletoria del *leasing*. Aunque la regulación primordial de esta figura recae en su legislación especial (D.L. N.^º 299), el CdC constituye la fuente supletoria que establece el marco para la

⁹ Artículo 2 del CdC. Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

aplicación de los principios mercantiles. Sin embargo, al realizar esta afirmación, es imprescindible señalar la crítica histórica: dicho cuerpo normativo no es una creación autóctona, sino el resultado de la simple transcripción del Código de Comercio español de 1885 (Torres Méndez, 2014, p. 144). A pesar de su origen inauténtico, el CdC mantiene su vigencia y su función supletoria, asegurando que, ante vacíos de la ley especial, la interpretación y regulación de las exigencias contractuales del *leasing* (como la diligencia profesional) se ríjan por el Derecho Mercantil y sus usos antes que por las reglas del Derecho Civil.

III. CONTRATO DE LEASING

Este apartado examina el contrato de *leasing* financiero y sus elementos esenciales desde una perspectiva crítica. En lugar de una descripción tradicional, estos componentes se analizan como potenciales puntos de riesgo. Es precisamente en su configuración donde pueden residir cláusulas predispuestas que desequilibren la relación contractual a favor del arrendador. El objetivo es identificar cómo un contrato, formalmente correcto, puede ocultar prácticas que comprometen los principios de buena fe y equidad contractual.

1. ¿QUÉ ES EL LEASING Y CÓMO FUNCIONA?

El *leasing* es un contrato financiero mediante el cual un arrendador, generalmente una institución supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP¹⁰, adquiere un bien a pedido del usuario y se lo entrega en arrendamiento, a cambio de cánones periódicos y con la posibilidad de comprarlo al final. Esta figura contractual combina, de manera sistemática, elementos propios del arrendamiento y

¹⁰ En el resto del documento, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se denominará utilizando la abreviatura SBS.

la compraventa, permitiendo que el arrendatario disponga del bien mediante pagos regulares con la facultad de adquirir la propiedad al finalizar el contrato.

Para la autora, el *leasing* es un contrato de financiamiento típico que exige una relación contractual entre el arrendador (la entidad financiera que provee el capital y cede el bien) y el arrendatario (el usuario que lo recibe y abona una renta). Su función primordial permite a las empresas el aprovechamiento inmediato de activos fijos¹¹, evitando una inversión inicial considerable y facilitando su compra definitiva a través de pagos periódicos.

El *leasing* posee una naturaleza inherentemente mercantil, sustentada en su finalidad de promover la circulación de la riqueza y enmarcarse en el ejercicio de la actividad empresarial. Su regulación se fundamenta en los principios del CdC, que establece el marco normativo para las obligaciones y contratos derivados de la actividad empresarial. El *leasing* se alinea con este principio al requerir indispensablemente la participación de una sociedad de *leasing* en calidad de arrendadora. Bajo esta óptica, la doctrina peruana ha ofrecido diversas conceptualizaciones:

- Zegarra Mulánovich (2021, pp. 685-686) enfoca la definición en la función de la sociedad de *leasing*, que adquiere el bien a indicación del cliente para cederle su uso, con un pago destinado a amortizar el valor del activo.
- Vidal Blanco (1976, p. 56) lo define como un contrato mercantil donde un empresario adquiere bienes para su alquiler, otorgando al usuario la opción de compra final.

¹¹ Activos fijos (tales como: maquinaria, equipos, unidades de transporte, obras civiles e inmuebles) en los diversos sectores de la actividad económica (energía, minería, transportes, construcción, *retail*, industrial, servicios, almacenes, educación, hoteles e inmobiliario).

- Montoya Manfrendi (2010, p. 340) lo concibe como un convenio atípico de colaboración, destacando la alianza empresarial para el uso y disfrute de un bien.
- Leyva Saavedra (2003, pp. 743-789) lo contextualiza como un contrato de financiamiento, donde la empresa de *leasing* adquiere un bien de capital para la empresa usuaria, quien abona un canon y dispone de la opción de compra, prórroga o devolución.

A nivel legislativo, el D. Leg. N.^o 299, en su art. 1, lo define como un contrato mercantil donde una empresa locadora transfiere el uso de bienes a cambio de cuotas periódicas, integrando la opción de compra.

En la práctica empresarial, el *leasing* constituye un instrumento estratégico que permite la utilización de activos sin la necesidad de realizar una compra inmediata. Esto es una ventaja determinante para muchas empresas financien sus activos fijos sin comprometer de forma significativa su liquidez.

A continuación, se inserta el esquema explicativo de su funcionamiento:

Tabla 1

Vínculos jurídicos y flujos funcionales en el contrato de leasing financiero

Parte Interviniente	Rol Funcional (técnico)	Vínculo Contractual
Arrendador (entidad financiera)	Financiador / titular legal del bien.	Contrato de <i>leasing</i> con arrendatario.
Arrendatario (usuario)	Deudor / usuario final / asume riesgos.	Contrato de <i>leasing</i> con opción de compra.
Proveedor (fabricante/vendedor)	Suministrador del bien.	Contrato de compraventa con el arrendador.

Nota. Elaboración propia, con asistencia de inteligencia artificial (ChatGPT)

Ahora bien, un punto de análisis crítico que debemos abordar es la naturaleza contractual del *leasing* en la práctica financiera: ¿es un contrato por adhesión o se rige por Cláusulas Generales de Contratación? La diferencia es relevante.

Se confunde a menudo que, por la posición dominante del banco, el *leasing* sea un contrato por adhesión. La realidad legal es que se rige por CGC. Las cláusulas del *leasing* financiero no son impuestas unilateralmente sin control, sino que son aprobadas y supervisadas por la SBS.

A primera vista, esta supervisión nos da la tranquilidad de que hay transparencia y protección al usuario. Sin embargo, en el mundo real, la falta de una negociación genuina entre las partes puede abrir la puerta a cláusulas predispuestas. Estas "letras chiquitas", si bien están supervisadas, pueden en ocasiones afectar el principio de buena fe y la equidad en la relación contractual.

En este contexto, el art.1397 del C.C. resulta fundamental al establecer que las CGC que no han sido aprobadas administrativamente sí se pueden incorporar a un contrato particular.

Para ello, es indispensable que la otra parte las haya conocido o haya podido conocerlas actuando con una diligencia ordinaria. El mismo Código presume su conocimiento si éstas han sido puestas a disposición del público mediante una publicidad adecuada.

Esta norma, además de permitir la incorporación de cláusulas no negociadas o no aprobadas, ofrece un mecanismo de protección basado en el principio de la buena fe contractual.

Estos aspectos serán desarrollados con mayor detalle en el apartado IV que versa sobre Cláusulas Generales de Contratación *versus* Contrato por Adhesión.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Como ya se ha indicado, el *leasing* financiero se ha consolidado como un instrumento fundamental para la adquisición empresarial de bienes sin incurrir en descapitalización inmediata. Este mecanismo de financiamiento ostenta una personalidad jurídica propia y autónoma, distinguiéndose de otras figuras contractuales afines.

Al respecto, Montoya Alberti (2010, p. 371) subraya que esta autonomía persiste incluso cuando el contrato integra elementos característicos de otras figuras, como la opción de compra y el valor residual. La razón fundamental de esta singularidad radica en su propósito primordial: la facilitación del acceso a bienes de capital mediante un esquema de financiamiento estructurado.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia comparada (por ejemplo, Sentencia del 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia colombiana, citada en Camacho López, 2005, p. 10), debaten su clasificación como contrato atípico o tipificado, en nuestro ordenamiento jurídico es típico. Ello es así dado que se encuentra regulado primariamente por el D. Leg. N.^o 299, aplicándosele supletoriamente las reglas generales del C.C. y las del CdC.

Desde el punto de vista de su estructura, el *leasing* es un contrato oneroso, conmutativo y de trato sucesivo. Aunque su perfeccionamiento es consensual (no necesita una forma *ad solemnitatem*¹² para ser válido), la ley exige que conste por

¹² Cabe precisar que, la forma "*ad solemnitatem*" implica formalidades esenciales cuya omisión provoca la nulidad del acto jurídico, mientras que la forma "*ad probationem*" se refiere a formalidades opcionales que, aunque no son necesarias para la validez del acto, facilitan su comprobación. La distinción entre ambas radica en el carácter obligatorio y las implicaciones legales derivadas de su incumplimiento.

escrito (*ad probationem*). Esta formalidad es esencial, pues se considera un título ejecutivo, facilitando su ejecución judicial.

Precisamente sobre este último punto, la lógica empresarial, en su afán de eficiencia, ha transformado el acuerdo bilateral en un contrato con CGC. Este esquema, impulsado por la posición dominante de las entidades financieras, supone un pacto en el que el arrendatario carece de capacidad real para modificar los términos de manera sustancial.

Este desequilibrio de poder constituye el problema central, ya que las CGC, redactadas unilateralmente, facilitan la inserción de cláusulas potencialmente abusivas.

La consecuente ausencia de una verdadera negociación genera una asimetría contractual que coloca al arrendatario en una situación de desventaja, afectando directamente los principios de equidad y la buena fe.

3. ELEMENTOS

El contrato de *leasing* se estructura sobre dos elementos esenciales: los sujetos y el objeto del acuerdo. En este apartado se destacan únicamente aquellos aspectos que inciden directamente en la configuración de cláusulas abusivas.

A continuación, se analizan los elementos del contrato que, por su propia configuración, pueden ser fuente de desequilibrios:

A) Sujetos del contrato

El contrato de *leasing* se celebra entre un arrendador (entidad financiera) y un arrendatario (persona natural o jurídica), involucrando un tercero: el proveedor del bien.

a. Arrendador¹³

Esta entidad, casi siempre supervisada por la SBS, ostenta una posición de ventaja. Al redactar las condiciones de forma unilateral, puede incluir estipulaciones que comprometen el equilibrio del acuerdo, como cláusulas de resolución automática ante mínimos incumplimientos o penalidades desproporcionadas. Es la entidad de *leasing* que adquiere o lo manda a fabricar el bien y lo entrega en uso al arrendatario.

b. Arrendatario¹⁴

La figura del arrendatario es amplia, abarcando desde la persona natural o jurídica, que solicita el uso de un bien hasta puede ser un empresario, un profesional independiente, una entidad del Estado, una MYPE¹⁵ o, incluso, un consumidor, tal como lo define el Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁶. Este último caso

¹³ En la doctrina se emplean diversas denominaciones para referirse al arrendador en el contrato de *leasing*: “dador”, “sociedad de *leasing*”, “empresa arrendadora”, “entidad de *leasing*” o “locador”. En este trabajo, dichos términos se utilizarán de manera indistinta, sin que ello implique imprecisión sobre el rol que esta parte desempeña en la relación contractual.

¹⁴ De igual modo, respecto al arrendatario, la doctrina utiliza expresiones como “*locatario*”, “*usuario*”, “*cliente*”, “*parte contratante*” o “*adherente*”, según el enfoque del análisis. En este estudio, dichos términos se usarán de forma intercambiable, atendiendo al contexto, sin modificar su significado jurídico dentro del contrato de *leasing*.

¹⁵ Según la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC), en un contexto de incertidumbre económica, el *leasing* financiero ha demostrado ser un aliado estratégico para la inversión privada, impulsando la productividad y la competitividad en sectores clave como la manufactura y las actividades inmobiliarias. El crecimiento sostenido y la creciente participación de las mipymes confirman que el arrendamiento financiero es un pilar fundamental para la sostenibilidad y el desarrollo económico a largo plazo del país. Dirección URL: <https://www.asbanc.com.pe/estadistica-del-sector/arrendamiento-financiero-aliado-estrategico-para-promover-la-inversion-privada>, [Consulta: 08 de marzo de 2025].

¹⁶ En adelante, se empleará la abreviatura C.P.D.C. a fin de hacer referencia al Código de Protección y Defensa del Consumidor.

se da en contratos de *leasing* sobre inmuebles destinados a vivienda o bienes muebles, como vehículos de uso personal.

Las normas de *leasing* no instituyen ninguna restricción respecto a los sujetos que pueden ostentar la calidad de arrendatarios financieros en la operación. (Soria Aguilar, 2008, p. 382)

El punto medular está en que, sin importar su tamaño o si es o no consumidor, el arrendatario a menudo se ve obligado a suscribir contratos predisuestos con CGC con un margen de negociación mínimo. Esta falta de oportunidad para discutir los términos es el caldo de cultivo para la inclusión de cláusulas abusivas que lo colocan en una posición de desventaja.

c. Proveedor del bien

En la lógica contractual del *leasing* financiero, la responsabilidad por cualquier vicio o defecto del bien recae sobre el proveedor, que es un tercero ajeno al acuerdo. En consecuencia, la entidad de *leasing* queda exenta de toda responsabilidad por los vicios redhibitorios, permitiendo que el arrendatario reclame directamente al proveedor.

Esta excepción a la regla general deja al arrendatario en una posición de desventaja contractual. La entidad de *leasing*, que adquiere el bien y lo entrega al usuario, se exime de la responsabilidad por los problemas que éste pueda presentar. El arrendatario, al adherirse a un contrato con cláusulas generales de contratación, asume la carga de gestionar los reclamos con un tercero con el que no tiene un vínculo contractual directo.

Esta estructura tripartita demuestra el desequilibrio de poder en la relación, ya que la entidad de *leasing* se libera de la carga de responsabilidad por los vicios del bien.

Por ello, es fundamental identificar estas cláusulas que, al transferir un riesgo inherente al negocio financiero directamente al usuario, resultan manifiestamente abusivas. Es frecuente encontrar estipulaciones que eximen al arrendador de toda responsabilidad, incluso en casos de vicios ocultos, evidenciando la asimetría contractual.

La doctrina, de hecho, sostiene que la relación jurídica entre la empresa de *leasing* y el proveedor se rige por las reglas de la compraventa y es independiente y distinta al contrato de arrendamiento financiero en sí mismo. (Cárdenas Quiroz, 1994, p. 502 citado en Soria Aguilar, 2008, p. 382).

B) Objeto del contrato

El objeto del *leasing* es un bien mueble o inmueble, determinado e identifiable, destinado generalmente a la actividad económica del arrendatario. A propósito, el D. Leg. N.º 299, ha señalado que no se puede celebrar sobre bienes genéricos o futuros, a menos que exista un pre-*leasing* formalizado.

Por lo tanto, las cláusulas que obligan al arrendatario a asumir costos desproporcionados de mantenimiento, o que le imponen una carga excesiva en caso de obsolescencia o daño del bien, pueden considerarse abusivas. La finalidad económica del *leasing* que es facilitar el uso de bienes de capital se ve distorsionada si el contrato impone condiciones leoninas que desvían el riesgo inherente del negocio al usuario.

En conclusión, el contrato de *leasing*, aunque útil y legalmente sólido, requiere un análisis jurídico exhaustivo. Su naturaleza de contrato con cláusulas predispuestas, la posición dominante de las entidades financieras y la vulnerabilidad del arrendatario son los factores que, si no se examinan con cautela, pueden convertir un instrumento

de financiamiento en una fuente de abuso. El objetivo es identificar estos puntos de riesgo para garantizar que el contrato sea un mecanismo de equidad.

4. FORMA

En el derecho peruano, el contrato de *leasing* es consensual, pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades. No requiere formalidades *ad solemnitatem*. No obstante, para efectos probatorios y de exigibilidad, debe constar por escrito, ya sea físico o digital, lo que constituye una exigencia *ad probationem*.

Pese a su naturaleza consensual, la exigencia de constar por escrito tiene un propósito más profundo que la mera prueba legal. Si bien puede formalizarse digitalmente (D.U. N.^o 013-2020), la falta de claridad u omisión de detalles sustanciales en el documento puede dejar al arrendatario en una situación de indefensión¹⁷. Es aquí donde las cláusulas de resolución, de penalidades o de condiciones no transparentes pueden ser fácilmente camufladas, dificultando su comprensión y defensa judicial. La recomendación de elevarlo a escritura pública, sobre todo en bienes inmuebles, no es un mero formalismo, sino una estrategia de protección para evitar conflictos.

¹⁷Es necesario señalar que, la jurisprudencia que respalda esta afirmación es la Casación N.^o 3129-2017 ICA: El fallo, sustentado en el artículo 6 del D. Leg. N.^o 299, establece que la responsabilidad por los daños al bien recae sobre el arrendatario desde el momento en que lo recibe. Este precedente resalta la trascendencia de que el contrato asigne las responsabilidades de forma clara y precisa, ya que la omisión de dicha información podría colocar al arrendatario en una posición de indefensión frente a un siniestro. Y la Casación N.^o 12818-2017 LIMA: En esta sentencia, la Corte Suprema confirma que el contrato de arrendamiento financiero posee mérito ejecutivo, lo que le permite al arrendador iniciar un proceso judicial expedito para la recuperación del bien o el cobro de la deuda. La claridad de las cláusulas relativas al impago y a la resolución del contrato es fundamental para ambas partes. Si el contrato no especifica el número de cuotas impagadas que dan lugar a la resolución, el arrendatario podría enfrentar un litigio sin haber comprendido plenamente las consecuencias de su retraso.

5. DURACIÓN

La duración del contrato se pacta para amortizar el valor del bien, y en su etapa inicial. Aunque no existe un plazo mínimo legal, en la práctica se extiende el tiempo necesario para dicha amortización¹⁸. Durante un período inicial, el contrato suele ser irrevocable, lo que limita la salida anticipada del arrendatario. Un plazo mínimo muy largo, combinado con penalidades excesivas por una terminación anticipada, resulta en un desequilibrio contractual evidente. Estas cláusulas, al restringir la libertad del arrendatario para salir de un contrato que ya no le beneficia, se convierten en abusivas al desproporcionar el riesgo y el costo que debe asumir.

6. CANON

El canon o renta periódica del *leasing* es un concepto complejo que va más allá de un simple alquiler. De acuerdo con el análisis de Montoya Manfredi (2010, p. 359), esta renta incluye, principalmente, dos componentes impredecibles:

- La recuperación de la inversión (amortización): El pago periódico cubre la amortización del costo del bien que la compañía de *leasing* adquirió. De esta manera, el usuario va pagando el precio de compra que la sociedad inversora desembolsó al inicio.
- El rendimiento financiero (intereses y costos): Adicionalmente, el canon debe generar los intereses que corresponden al capital invertido por la sociedad

¹⁸ Desde la perspectiva de Barreira Delfino (2022, p. 9), la amortización se define como el proceso de liquidación de una obligación dineraria, incluidos sus intereses, mediante una serie de pagos realizados de forma periódica. El autor destaca que la efectividad de cualquier plan de amortización está intrínsecamente ligada al criterio del finanziador, quien debe interpretar acertadamente las condiciones económicas y la proyección futura del mercado, al mismo tiempo que evalúa de manera adecuada los riesgos crediticios inherentes. La duración de este proceso queda delimitada a lo largo de un período de tiempo previamente estipulado, sea contractual o reglamentariamente.

locadora, junto con los costos operativos y la rentabilidad ordinaria esperada por dicha empresa por su gestión y operación financiera.

El problema surge cuando esta estructura no se detalla con la transparencia necesaria. La ambigüedad en la composición del precio favorece la inserción de para las cláusulas abusivas¹⁹, especialmente aquellas que permiten aumentos unilaterales, imponen cargos ambiguos o establecen penalidades automáticas sin una justificación clara. La opacidad del precio es, sin duda, una de las principales fuentes de conflictos, ya que atenta directamente contra el principio de buena fe contractual.

7. OPCIÓN DE COMPRA

Es la esencia del *leasing* financiero y lo diferencia de un simple arrendamiento. Este derecho, que le permite al arrendatario adquirir el bien al final del contrato por un valor residual, debe estar claramente estipulado. Esta cláusula es determinante, pues convierte el *leasing* en una operación orientada a la eventual transferencia de propiedad.

¹⁹ Se ha observado que el INDECOPI ha emitido resoluciones en otros sectores (inmobiliario o financiero, que son muy análogos al *leasing*) en cuanto a su naturaleza de contratos masivos de adhesión. Dichas resoluciones han declarado como abusivas las penalidades que resultan desproporcionadas. Un precedente relevante es la Resolución Final N.º 045-2022/CC3, en la que se sancionó a la inmobiliaria Desarrollo De Proyectos Inmobiliarios S.A.C. por imponer una penalidad equivalente al 10% del precio de venta por desistimiento de compra. Este caso demuestra que las cláusulas con penalidades excesivas son objeto de monitoreo y sanción por parte de las autoridades competentes. El mismo criterio de control de proporcionalidad es plenamente aplicable a los contratos de *leasing*. Por consiguiente, una cláusula que establezca penalidades excesivas en caso de incumplimiento, o que determine un precio de manera ambigua y que derive en perjuicio para el arrendatario, podría ser evaluada y, en su caso, declarada abusiva bajo el mismo enfoque doctrinal y jurisprudencial. Este precedente resalta la importancia de la proporcionalidad y la transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales para evitar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes.

El precio residual o valor de la opción de compra, es un componente esencial del *leasing* que se determina al momento de la celebración del contrato. Esta cuantía no es arbitraria, sino que resulta de la valoración de múltiples factores, entre los que destacan la potencial obsolescencia del equipo, las estrategias de comercialización, los planes de producción del usuario y las condiciones imperantes del mercado. (Linares Bretón citado en Jinesta Lobo, 1992, p. 31). Sin embargo, en la práctica, es común encontrar cláusulas que limitan o condicionan su ejercicio de manera injustificada. Requisitos onerosos, plazos irrazonables para ejercerla, o penalidades encubiertas que desincentivan su uso, son ejemplos de cláusulas abusivas que desnaturalizan por completo la finalidad del contrato.

Para el arrendatario (especialmente si es una MYPE o un consumidor), una opción de compra mal estructurada puede funcionar como un mecanismo de presión, obligándolo a elegir entre opciones económicamente desfavorables. Por consiguiente, la transparencia y proporcionalidad en la redacción de esta cláusula son la clave para garantizar la equidad.

8. CLASES

Conocer las distintas modalidades del *leasing* es necesario para entender cómo se distribuyen los riesgos y por qué las cláusulas abusivas pueden variar. Esta clasificación se aborda tanto por la finalidad económica de la operación como por el objeto del contrato.

A) Clasificación por finalidad económica

a. Leasing financiero

Esta la modalidad más común en el Perú, regulada específicamente por el D. Leg. N.^o 299. Dicho marco legal lo define como el contrato mercantil cuyo objeto es la

locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante el pago de cuotas periódicas y con opción a comprar dichos bienes. Este vehículo contractual constituye una operación de financiamiento con propósito adquisitivo.

Su función económica primaria es la obtención de capital para la expansión productiva o el mantenimiento de la competitividad, sin inmovilizar capitales propios (Buonocore, 1990, p. 52 citado en Soria Aguilar, 2008, 383). Resulta indispensable diferenciar esta figura de otros productos como el *renting* (*leasing* operativo), en virtud de la asunción del riesgo. Mientras que el *renting* se centra en el uso, en el *leasing* financiero el arrendatario asume casi la totalidad de los riesgos operativos y económicos del bien. Esta característica lo contrasta con el modelo de arrendamiento de uso puro. De esta forma, el *leasing* financiero se revela como un contrato con gran potencialidad en el financiamiento de proyectos, aunque aún es subutilizado en el Perú. (Peschiera Mifflin, 2008, p. 48). Esta concentración de riesgos sobre el arrendatario, aun sin ostentar la propiedad formal, expone a un significativo peligro de abuso contractual, en un mercado dominado por el uso de CGC. El maestro Puente y Lavalle (2017, p. 590), subraya que la problemática inherente a estas cláusulas exige un control riguroso para evitar que la parte económicamente dominante imponga estipulaciones que quebranten la equidad.

Este desequilibrio se manifiesta en la falta de equilibrio contractual y la imposición de cargas desproporcionadas, como las cláusulas de aceleración excesiva, que vulneran los principios de buena fe y equidad contractual.

b. Leasing operativo (*renting*)

Este tipo de *leasing* se asemeja más a un alquiler que a una de compraventa a plazos. El propio proveedor actúa como arrendador del bien (Ramos Campodarve,

2001, p. 242), lo que simplifica la operación al incluir servicios conexos. La propiedad del activo siempre permanece en manos del arrendador, quien asume los riesgos de obsolescencia y los gastos de mantenimiento.

De hecho, se trata de un producto financiero en alza con gran dinamismo en su operativa. Por su naturaleza, este contrato no suele dar lugar cláusulas abusivas relacionadas con la propiedad. No obstante, el riesgo contractual en este tipo se centra en los servicios adicionales, como el mantenimiento y las condiciones de uso, si sus alcances o penalidades no están detallados con precisión.

c. Lease back (retroleasing)

Es una estrategia para obtener liquidez sin perder el uso de un activo. Una empresa vende un bien de su propiedad a una entidad de *leasing* (Peschiera Mifflin, 2008, p. 48), la cual se lo arrienda de inmediato. La empresa conserva el uso del bien y tiene la opción de recompra al término del contrato.

En este supuesto, el riesgo reside en la imposición de condiciones leoninas de recompra, lo cual se traduce en una indebida afectación del derecho de propiedad sobre un activo que ya pertenecía al adherente.

d. Leasing bróker

En esta modalidad, la sociedad de *leasing bróker* actúa como mediadora entre proveedores y usuarios (Arrubla Páucar, 1990, p. 219). Tratándose de esta figura, la contingencia principal radica en la inclusión de cláusulas de exoneración de responsabilidad a favor del *bróker*, implicando una traslación indebida del riesgo al arrendatario, dado el rol fundamental del *bróker* en la canalización de la operación financiera.

En resumen, cada elemento del contrato de *leasing* puede ser una oportunidad para insertar una cláusula abusiva. Un análisis jurídico riguroso es indispensable para evitar que la esencia financiera del contrato se convierta en un vehículo de desequilibrio en perjuicio del arrendatario.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo de los cuatro tipos de *leasing* en función de criterios relevantes:

Tabla 2

Tabla comparativa de los 4 tipos de leasing en función de criterios relevantes

Tipo de leasing	¿Quién cede el bien?	¿Hay opción de compra?	¿Quién asume riesgos?	¿Incluye servicios?	Finalidad principal
Financiero	Entidad financiera	Sí	Arrendatario	No	Financiamiento, uso, con opción de adquisición
Operativo (renting)	Proveedor	No	Arrendador/Proveedor	Sí (mantenimiento y reposición)	Uso temporal de bienes
Lease -back	Entidad financiera	Sí	Arrendatario	No	Obtener liquidez conservando el uso del bien
Leasing bróker	Bróker como mediador	No	Arrendatario	No	Facilitar la operación entre partes

Nota. Elaboración propia, con asistencia de inteligencia artificial (ChatGPT)

B) Clasificación por finalidad económica

Además de las modalidades descritas, el *leasing* se clasifica en función del bien objeto del contrato. Estas definiciones constituyen conceptos fundamentales que

delimitan la naturaleza de la relación contractual y configuran el ámbito en el que se gestan los abusos.

a. Leasing mobiliario

Esta modalidad es una herramienta de financiamiento eficaz para PYMES que requieren adquirir activos como maquinaria o vehículos. El arrendatario asume gastos como mantenimiento y seguros. Aquí, el riesgo de abuso se centra en las cláusulas de penalidades excesivas o las estipulaciones que imponen al arrendatario la total responsabilidad por la obsolescencia o el deterioro del bien, a pesar de que éste último no es el propietario.

b. Leasing inmobiliario

En esta modalidad, el arrendador adquiere un inmueble para cederlo al arrendatario con opción de compra. Regulado por el D.L. N.º 1177 y el D.S. N.º 017-2015-VIVIENDA, se ha consolidado como una vía de acceso a la vivienda. El riesgo en este caso reside en las cláusulas de resolución automática o en la imposición de tasas de interés variables y desproporcionadas que pueden desequilibrar la relación a largo plazo, aprovechando el carácter de bien de primera necesidad que tiene la vivienda.

9. CALIDAD DE TÍTULO EJECUTIVO

El artículo 10²⁰ del D. Leg. N.º 299 confiere al contrato de *leasing* la calidad de título ejecutivo. Si bien esta característica agiliza la recuperación del bien y el capital, también facilita el abuso, dado que prescinde de la fase de cognición de un proceso ordinario. En consecuencia, el arrendador puede iniciar directamente la ejecución para

²⁰ Artículo 10: El contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo.

recuperar el bien, lo que limita significativamente las opciones de defensa del arrendatario, por ejemplo, ante un retraso justificado o un vicio del bien arrendado. Esta situación crea una asimetría procesal que favorece al arrendador, dejando al arrendatario con un reducido margen para ejercer sus derechos o debatir el fondo del incumplimiento.

La posición dominante del arrendador le permite incluir cláusulas abusivas que, con la promesa de una rápida ejecución, limitan la defensa del arrendatario. A menudo, estas cláusulas imponen intereses o penalidades desproporcionadas o establecen la resolución unilateral por incumplimientos mínimos o genéricos.

Aunque estos abusos pueden ser cuestionados en la vía judicial, el carácter ejecutivo del título coloca al arrendatario en una situación de desventaja que exige una defensa rápida y especializada para neutralizar la eficacia inmediata del mandato ejecutivo.

El carácter ejecutivo afecta al arrendatario no en su mera existencia, sino en la celeridad y eficacia que imprime a la pretensión del arrendador. Un título ejecutivo confiere la capacidad de activar una vía procesal sumaria que omite el debate sobre la existencia o validez de la obligación, dándola por cierta y exigible desde el inicio. Este mecanismo procesal, si bien útil para el mercado, requiere un control judicial riguroso en la fase de oposición para evitar que la forma prevalezca sobre el fondo y la equidad contractual.

10. EXTINCIÓN

La terminación del contrato, ya sea ordinaria o anticipada, también es una fuente potencial de abusos. La claridad en las cláusulas de extinción es vital para evitar conflictos.

A) Extinción ordinaria

Al vencer el plazo, el arrendatario tiene tres opciones: ejercer la opción de compra, renovar el contrato o devolver el bien. La falta de claridad en las cláusulas que regulan estas opciones, como la imposición de requisitos onerosos para la compra o la renovación, puede constituir una cláusula abusiva. Es fundamental que el contrato especifique con exactitud la condición exigida para la devolución del bien y que no se incluyan cobros adicionales no previstos que carezcan de una justificación económica objetiva.

B) Extinción anticipada

Además del incumplimiento de pago, el contrato de *leasing* puede resolverse por otras causas. A continuación, se detallan las más comunes y relevantes:

- Pérdida o destrucción del bien: Si el bien se pierde o destruye por causas ajenas al arrendatario, el contrato puede resolverse automáticamente (art. 1351 del C.C.), salvo pacto en contrario.
- Mutuo acuerdo: Las partes pueden decidir de común acuerdo resolver el contrato en cualquier momento (art. 1354 del C.C.). Es fundamental que, definan de antemano las consecuencias económicas de la resolución.
- Incumplimiento de otras obligaciones: Si alguna de las partes incumple sus obligaciones contractuales, la otra puede pedir la resolución (art. 1430 del C.C.).
- Fuerza mayor o caso fortuito: El contrato puede resolverse por eventos de fuerza mayor o caso fortuito (arts. 1315 y siguientes del C.C.) cuando un suceso imprevisible e irresistible hace imposible su continuación.

- Resolución judicial: Un juez puede resolver el contrato en casos de controversias graves o incumplimientos que frustren la finalidad del mismo.

Las cláusulas de extinción anticipada suelen ser impuestas por el arrendador. Por ello, es fundamental que respeten los principios de proporcionalidad y buena fe. Una cláusula que sanciona con la pérdida total de las cuotas pagadas por un incumplimiento menor, o que impone penalidades excesivas, es una cláusula abusiva que puede ser cuestionada judicialmente, incluso si el marco legal peruano no las regula de forma específica para el *leasing*.

11. BENEFICIOS Y RIESGOS CONTRACTUALES

El contrato de *leasing* constituye una herramienta financiera de doble arista. Si bien ofrece ventajas sustanciales, implica riesgos inherentes que deben ser ponderados con rigor, particularmente en el ámbito de las CGC.

Según Polar (2000, p. 353), la operación es atractiva para el arrendatario por su carácter de financiación a medida, destacando:

- Financiación integral: Acceso a financiación sin mayores desembolsos iniciales.
- Liquidez y endeudamiento: Resguarda la liquidez y mantiene intacta la capacidad de endeudamiento.
- Flexibilidad operativa: Celeridad en la contratación y flexibilidad para adaptar la duración, las cuotas y la opción de compra.
- Ventaja fiscal: La deducibilidad de las cuotas genera un escudo fiscal que facilita la amortización acelerada y la renovación tecnológica.

No obstante, estas ventajas se sopesan con desventajas significativas que se convierten en el caldo de cultivo para el abuso: el costo financiero total suele ser superior al de un crédito simple, el contrato es irrevocable en su fase inicial, y lo más importante, el arrendatario debe asumir la totalidad de los riesgos inherentes al bien (deterioro o pérdida) desde su recepción, sin ser el propietario formal. (Polar, 2000, pp. 351-353).

Esta asunción total de riesgos se traduce en restricciones contractuales que limitan la autonomía del arrendatario destacando:

- Restricciones de uso y prohibición de modificaciones: La prohibición de efectuar modificaciones sin autorización del arrendador (art. 1677° del C.C.) busca preservar el valor del activo. No obstante, las penalidades desproporcionadas derivadas de su incumplimiento son susceptibles de ser evaluadas como cláusulas abusivas.
- Imposición de seguros y mantenimiento con proveedores designados: Si bien la obligación de contratar seguros es válida (Resolución SBS N.º 3274-2017), la restricción del proveedor contraviene el derecho a la libre elección del consumidor (art. 65° del C.P.D.C.). La jurisprudencia de INDECOPI²¹ sanciona esta práctica al calificarla como venta atada.

Estas estipulaciones son un claro indicio de la asimetría de la relación contractual, estableciendo un control del arrendador sobre la propiedad del bien (que ya se encuentra en posesión y riesgo del arrendatario), exigiendo un análisis minucioso.

²¹ En el resto del documento, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se denominará utilizando la abreviatura INDECOPI.

Desde la perspectiva del arrendador, la figura contractual le asegura un respaldo patrimonial fundamental, dado que la propiedad del bien actúa como la principal garantía. Esto genera un flujo de ingresos previsibles y continuos, permite transferir el riesgo de mantenimiento y deterioro del activo al arrendatario y fiscalmente, la operación representa un escape fiscal considerable (Polar, 2000, p. 354).

Sin embargo, el arrendador enfrenta el riesgo de insolvencia de la empresa usuaria, que puede interrumpir el análisis financiero proyectado, además de dificultades regulatorias o de coordinación legislativa que entorpecen el rápido ejercicio de sus derechos para la recuperación efectiva del bien ante un eventual incumplimiento (Polar, 2000, p. 355).

El contrato de *leasing* es útil, pero solo si es justo²². Tal justicia, lejos de ser un mero concepto ético, constituye un principio fundamental que exige un equilibrio prestacional que evite la desproporción entre las obligaciones y los derechos.

Su diseño asimétrico exige una revisión exhaustiva para que la herramienta de financiamiento no termine siendo una fuente de desequilibrio económico y jurídico, lo cual podría acarrear la nulidad de las estipulaciones injustas y, en última instancia, socavar la seguridad jurídica de la operación en su totalidad.

²² En este sentido, la doctrina es clara: "... Cuando se le encarga hacer un contrato, su finalidad última, es buscar las bases sólidas que sostengan jurídicamente el pacto entre los contratantes, que el contrato sea válido, equitativo, justo y que corresponda a las verdades de lo querido y expresado por las partes. La destreza en la redacción y la seguridad jurídica que proporciona la fe pública, no son elementos suficientes para que sea justo: debe haber también equidad, es decir, evitar cualquier abuso de una de las partes en contra de la otra." (Pérez Fernández del Castillo, 2017, p. 279)

IV. CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN VERSUS CONTRATO POR ADHESIÓN

El Derecho Contractual tradicional concebía el contrato como el resultado de una negociación entre partes en igualdad de condiciones. Sin embargo, en el contexto actual, la realidad es muy distinta: la contratación en masa ha convertido la negociación en una excepción (Soto Coaguila, 2003, p. 528), pues la regla es la imposición unilateral de los términos. Este cambio estructural responde a la necesidad de agilizar las transacciones comerciales.

Esto ha dado lugar a conceptos como las CGC y el contrato por adhesión, que, aunque se parezcan, son cruciales para entender el riesgo de abuso en el *leasing* financiero.

Es un error común usar estos términos como sinónimos. El contrato por adhesión (art. 1390 del C.C.) es aquel donde una de las partes solo puede aceptar o rechazar el contrato en su totalidad. No hay negociación posible. Es un "tómalo o déjalo" (Vásquez Rebaza, 2023, p. 83).

En cambio, un contrato con CGC tiene un esquema distinto. Aunque las cláusulas han sido redactadas de forma previa y unilateral, el adherente sí tiene la posibilidad de negociar aspectos clave. El art. 1397 C.C. presume el conocimiento de las CGC cuando han sido puestas a disposición del público mediante adecuada publicidad (Taboada Córdova, 2002, p.140)

La figura del *leasing* financiero es un ejemplo paradigmático de contrato con CGC. Como se ha señalado, el arrendatario puede negociar elementos económicos esenciales con la entidad financiera (el bien, el número de cuotas, el plazo y el valor de la opción de compra). Esta capacidad de negociación, aunque limitada, excluye su calificación como un contrato por adhesión en estricto sentido.

La relevancia de esta distinción se traslada al régimen de control aplicable, el cual opera en dos dimensiones complementarias en el ámbito financiero:

- El control de incorporación

El régimen de las CGC exige que las cláusulas no negociadas sean cognoscibles por el adherente. El art. 1397º C.C. impone al predisponente el deber de publicidad, que en el sector financiero se traduce en la obligación de las entidades de transparentar información conforme a las directivas de la SBS.

El control de incorporación no es un mero formalismo. Se justifica en el principio de la buena fe y el deber de información, exigiendo que el adherente haya tenido una oportunidad real de conocimiento y comprensión.

- El control de contenido

Este control es el mecanismo de tutela sustantiva contra el abuso. Si bien el Derecho Civil permite la nulidad de las cláusulas contrarias a la buena fe y equidad (art. 1399º C.C.), establece un marco de protección especializado para los servicios financieros, centrado en la prohibición de las cláusulas abusivas (art. 51º y siguientes).

En el *leasing* financiero, este control se dirige a mitigar el desequilibrio injustificado en perjuicio del arrendatario, fiscalizando la legitimidad de:

- Las cláusulas penales y la tasa de interés moratorio.
- Las cláusulas de resolución anticipada y aceleración de la deuda.
- Las disposiciones relativas a la imposición de seguros y comisiones que no guarden correlación con el servicio efectivamente prestado.

Como bien señaló el jurista Puente y Lavalle (1995, p. 20), el C.C. diseñó las cláusulas generales con la principal finalidad de facilitar el tráfico masivo de bienes y

servicios, y solo en un plano secundario para proteger al contratante débil. Es precisamente en este punto donde el derecho del consumo entra en escena, no como un rival, sino como un complemento esencial.

En realidad, no existe tensión alguna, porque ambas ramas operan bajo lógicas distintas. Mientras el derecho civil parte de una premisa de igualdad formal, el derecho del consumidor reconoce la fragilidad estructural del consumidor. Éste hace énfasis en la asimetría de información y de poder de negociación, y por eso su propósito fundamental es la tutela del más débil.

Las CGC son, entonces, el puente que une ambas lógicas. El Derecho Civil las crea para agilizar el comercio, y el derecho del consumo establece las reglas para que ese comercio sea justo y equitativo. Lejos de ser adversarios, el Derecho Civil y el Derecho del Consumidor son socios que trabajan para un mismo objetivo: un mercado dinámico y a la vez justo.

V. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Habiendo determinado que la fuente del desequilibrio contractual en el *leasing* es el uso predispuesto de las CGC corresponde abordar el fenómeno de las cláusulas abusivas, que son la expresión material del problema central de esta investigación. El verdadero desafío no radica solo en definirlas, sino en establecer por qué el sistema legal peruano no ha logrado neutralizarlas. Este capítulo diseña la noción de cláusula abusiva, sus elementos esenciales y cómo, a pesar de los marcos normativos, estas estipulaciones persisten minando la equidad negocial en desmedro del adherente.

El Derecho moderno ha presenciado un cambio profundo: la contratación en masa ha desplazado a la forma tradicional de negociar. Ya no se trata de acuerdos entre partes en igualdad, sino de contratos redactados unilateralmente por una de ellas. En este escenario, las CGC adquieren una relevancia particular. Como bien lo

explica Cárdenas Quiroz (1996, p. 20), estas disposiciones abstractas y estandarizadas, adquieren fuerza vinculante solo al momento de celebrar el contrato individual

Es importante señalar que, en derecho colombiano, la doctrina ha extendido la aplicación del concepto de cláusula abusiva a contratos negociados, siempre que exista una contravención a la buena fe y el consecuente desequilibrio (Larroument citado en Posada Torres, 2015, p. 156). Este contexto propicia la inclusión de cláusulas abusivas, las cuales rompen el equilibrio prestacional o la equidad contractual. Esta ruptura es el resultado de dos factores: un poder de negociación desigual y la consecuente inclusión de cláusulas que desfavorecen al adherente, quien carece de la capacidad de modificar el contrato.

Detectar estas estipulaciones trasciende el ejercicio técnico: es la vía fundamental para proteger la equidad y la buena fe. La justicia contractual se procura mediante el equilibrio negocial (Bartolomeo, 1953, citado en Chamie, 2008), buscando restaurar la balanza inclinada en favor del arrendador. Este análisis demuestra cómo el contrato de *leasing*, legalmente válido, puede ser desvirtuado por disposiciones desproporcionadas.

1. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Las cláusulas abusivas son disposiciones impuestas unilateralmente por una parte con posición negocial superior que generan un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de los adherentes. Básicamente, vulneran principios como la buena fe, la equidad y la transparencia, imponiendo condiciones desproporcionadas o trasladando riesgos indebidos a la parte más débil de la relación jurídica.

Desde la óptica doctrinal, la cláusula contractual abusiva se configura como aquella estipulación que, contraria a las exigencias de la buena fe, genera un desequilibrio importante e injustificado en las obligaciones contractuales en

detrimento del consumidor o adherente. (Rengifo citado por Echeverri Salazar, 2011, p. 129)

Reforzando esta posición, la doctrina también enfatiza que los requisitos esenciales de la cláusula abusiva son, precisamente: a) ser contraria a la buena fe objetiva entendida como el modelo de conducta contractual leal y b) causar un perjuicio o desequilibrio jurídico importante en los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

En la jurisprudencia, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI²³ ha establecido tres características para su identificación:

- i) Falta de negociación sobre ella,
- ii) Verosimilitud de que no existen alternativas distintas en el mercado.
- iii) Desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor²⁴.

²³ Con fecha 17 de octubre de 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI (SPC), publicó la guía denominada “Lineamientos sobre Protección al Consumidor”, con el fin de dar a conocer los principales criterios resolutivos sobre protección al consumidor adoptados por el Indecopi, de forma que los consumidores y proveedores tengan un mejor conocimiento de sus derechos en sus relaciones de consumo. En la segunda entrega se dio a conocer los aspectos procesales, en esta tercera parte daremos a conocer alcances sobre Cláusulas Abusivas y la legitimidad para cuestionarlas ante el Indecopi. INDECOPI, Lineamientos sobre protección al consumidor 2019. gob.pe. 16 de febrero de 2021. Para acceder al documento, ingresar a la siguiente dirección URL: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1683478-lineamientos-sobre-proteccion-al-consumidor-2019>, [Consulta: 11 de marzo de 2025].

²⁴ Véase la Resolución N.º 0078-2012/SC2-INDECOPI. Memorias de los jueves de jurisprudencia en el Indecopi. Primera jornada: Cláusulas abusivas incluidas en contratos de consumo. 21 de septiembre de 2023. Para acceder al documento, ingresar a la siguiente dirección URL: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/27a40b43-3f00-48f6-9231-d9b9bc767d39/content>, [Consulta: 11 de marzo de 2025].

En sentido amplio, este tipo de cláusula puede ser definida como aquélla que es “notablemente desfavorable para el adherente” (De la Maza Gazmuri, 2003, p. 119). El análisis precedente, si bien se ha enfocado en el ámbito de la protección del consumidor, posee una aplicabilidad que trasciende dicha esfera. Los principios de nulidad de cláusulas abusivas y la exigencia de equilibrio prestacional se erigen, *mutatis mutandis*, como pilares fundamentales del derecho civil contractual.

En el *leasing*, las condiciones son impuestas por la entidad financiera, lo que genera contratos estandarizados y una evidente falta de equilibrio en la relación contractual. Esta situación constituye un factor determinante para la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del arrendatario. La falta de transparencia, manifestación de la asimetría informativa, se materializa de diversas formas que impiden al arrendatario una comprensión plena:

- Lenguaje legal “arcano” y opacidad documental: La entidad financiera emplea terminología compleja y dispersa información valiosa (penalidades y opción de compra) en formatos de difícil lectura. Esto contraviene el principio de transparencia y el deber de información (arts. 3º y 18º del C.P.D.C.) que demandan información suficiente, veraz y de fácil comprensión.
- Omisión del costo financiero total: El contrato omite o relega los detalles del costo efectivo total del *leasing* (verbigracia tasa de interés efectiva, gastos de seguro y comisiones). Esta omisión vulnera el Título II del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (Resolución SBS N.º 3274-2017), norma que exige la revelación destacada de los costos integrales para garantizar una decisión informada.
- Ausencia del deber de ilustración: La entidad se limita a la entrega formal del documento sin explicar las cláusulas gravosas. Esto infringe el estándar de

conducta exigido por la buena fe objetiva (art. 1362° del C.C.), del cual emana el deber de ilustración del contratante experto (arrendador) hacia el consumidor no profesional (arrendatario).

En síntesis, la falta de transparencia se manifiesta cuando la entidad financiera no provee toda la información de manera sencilla, clara y completa. Esto genera un desequilibrio de poder en el que el contratante con mayor conocimiento ostenta una posición dominante, lo que le permite establecer condiciones abusivas sin que la otra parte las comprenda cabalmente.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

El artículo que reconoce de forma directa a las cláusulas abusivas es el 1398 del C.C., el cual establece que, en los contratos no negociados, las estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, o facultades de suspender o resolver el contrato, son nulas. Por su parte, el Reglamento de Transparencia de la SBS²⁵ las define como estipulaciones no negociadas que, en contra de la buena fe, causan un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones.

Para reconocer una cláusula abusiva en el *leasing* financiero, la doctrina (Arana, 2010, pp. 62-63) exige verificar los siguientes elementos, los cuales revelan la naturaleza unilateral y masiva de su redacción:

- Son redactadas unilateralmente por una entidad, empresa o profesional.

²⁵ Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, Resolución SBS N.º 8181-2012, del 25 de octubre de 2012.

Artículo 46°. - “Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (...”).

- Vinculan el contrato de consumo a los intereses del empresario o proveedor en perjuicio del consumidor o usuario.
- Se dirigen a una pluralidad de personas (consumidores o usuarios).
- Se “pre redactan” en abstracto con condiciones generales para ser incluidas en contratos futuros.
- No son negociadas, pues el consumidor o usuario, suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre-redactadas por la empresa.
- Van en contra de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Cuando un contrato de *leasing* no permite una negociación real, otorga beneficios desproporcionados a la entidad financiera y limita los derechos del arrendatario, no se está ante un simple contrato exigente, sino ante la presencia de cláusulas abusivas. Detectarlas es la primera línea de defensa para el arrendatario.

3. ¿CÓMO RECONOCER UNA CLÁUSULA ABUSIVA?

No todo lo legal es justo²⁶. En contratos de *leasing* financiero estandarizados, es común encontrar condiciones que, aunque aparentan legalidad, inclinan la balanza a favor de la entidad arrendadora. Para identificarlas, la doctrina ha establecido tres

²⁶ “No todo lo legal es justo”, pues lo legal es solo en cierto modo justo, porque existen zonas de penumbra o vacíos, hacia los cuales, la ley por su naturaleza universal no alcanza, y es allí, donde se invoca a la equidad. Esta frase constituye uno de los muchos antecedentes de la discusión entre positivistas, iusnaturalistas y iusfundamentalistas en el periodo moderno respecto de la ley y la moral. (Avellaneda Vásquez, 2002, p. 29)

criterios que permiten analizar el espíritu de las condiciones contractuales, más allá de su mera redacción literal²⁷:

- (i) La cláusula ocasione una desventaja al consumidor.
- (ii) La desventaja impuesta no se justifique en el contrato interpretado en conjunto.
- (iii) La desventaja sea significativa, desequilibrando la relación entre el proveedor y el consumidor.

En resumen, si un contrato no permite una negociación real, otorga beneficios desproporcionados a una parte y limita los derechos de la otra, se trata de una cláusula abusiva.

4. LO QUE DICE LA LEY: EL MARCO NORMATIVO APLICABLE

El ordenamiento jurídico peruano provee mecanismos para contrarrestar las cláusulas abusivas, cuya aplicación se extiende aún en aquellos contratos que no se rigen por la normativa de consumo.

A) Código Civil

El art. 1398 del C.C. es el primer gran pilar. Este artículo declara expresamente la invalidez de una serie de cláusulas en contratos privados no negociados. En el contexto del *leasing*, las más relevantes son:

²⁷ Resolución N.º 045-2022/CC3 – INDECOPI. Cita a ALPA, Guido. Es importante señalar que la Directiva 93/13/CEE establece ciertos criterios para la evaluación de cláusulas abusivas (“todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de cualquier otro contrato relacionado”). En este contexto, y en desarrollo de la normativa establecida por la mencionada directiva comunitaria, Alpa presenta el esquema de análisis descrito anteriormente.

- Exoneración o limitación de responsabilidad: Una cláusula que libere al arrendador de responsabilidad por dolo o culpa es nula. Esto es decisivo en el *leasing* para prevenir que la entidad financiera se desentienda si el bien tiene un vicio oculto.
- Suspensión injustificada del contrato: El arrendador no puede suspender el contrato sin una causa objetiva. Esto evita que te dejen sin el uso del bien por un motivo caprichoso.
- Facultades unilaterales de rescisión o resolución: Las cláusulas que le dan al arrendador la capacidad de resolver el contrato de forma arbitraria son inválidas. La resolución debe estar justificada por un incumplimiento real y grave.
- Limitación al derecho de defensa del arrendatario: Toda cláusula que impida al arrendatario presentar excepciones o defensas legales vulnera el derecho al debido proceso, protegido por la Constitución Política y el Código Procesal Civil, CPC también.
- Renovaciones automáticas sin consentimiento claro: Un contrato de *leasing* que se prorroga automáticamente sin el consentimiento expreso del arrendatario es abusivo, pues coloca a éste en una relación contractual que no ha decidido de forma clara.

B) El Código de Protección y Defensa del Consumidor

Brinda una protección reforzada al arrendatario que califica como consumidor (ejemplo *leasing* de auto de uso personal). La ley reconoce su posición de desventaja, lo que hace su protección más sólida. Los arts. 50 al 52 establecen un régimen de control, cuya finalidad es resguardar al consumidor de su vulnerabilidad. El art. 50 del

C.P.D.C., establece una lista de cláusulas que, por su naturaleza, se presumen nulas de pleno derecho (*"lista negra"*):

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Este precepto se alinea con estándares internacionales, como los previstos en la Directiva 93/13/CEE de la Unión Europea²⁸, y en el marco latinoamericano, con la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (Ley 24.240) y el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Lei N.º 8.078). El art. 51 del C.P.D.C. refuerza esta protección al precisar que las cláusulas abusivas carecen de eficacia jurídica, incluso si el consumidor las ha aceptado. Esta norma invierte la carga de la prueba, obligando al proveedor a demostrar la equidad y transparencia de sus condiciones. La protección del consumidor no se limita a la inaplicación de la cláusula, puesto que la autoridad administrativa puede imponer sanciones (multas) a la entidad financiera.

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas (art. 51 del C.P.D.C.) atendiendo al caso concreto, las que a pie seguido se indican:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.

²⁸ A diferencia de la Directiva 93/13/CEE, el ordenamiento peruano carece de una lista abierta con criterios de interpretación judicial evolutiva.

- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
- f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

El principio de equilibrio contractual es fundamental en el *leasing* financiero. Una cláusula que lo transgrede puede ser calificada como abusiva, sin importar su redacción jurídica.

Este criterio no se limita a las relaciones de consumo, sino que rige también en las transacciones entre empresas donde la entidad financiera ostenta una posición dominante.

VI. SISTEMAS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El control de las cláusulas abusivas en el Perú no recae en un único actor. Opera mediante un sistema tripartito que garantiza una supervisión progresiva: el legislador

establece el marco normativo, las autoridades administrativas fiscalizan su cumplimiento, y el Poder Judicial o el arbitraje resuelven los conflictos concretos.

Este modelo, aunque fragmentado en su ejecución, converge en la protección de los principios esenciales del Derecho privado: la buena fe, el equilibrio contractual y la protección del consentimiento. Sobre este último, es necesario recordar que "para que el dolo vicio el consentimiento, debe ser obra de una de las partes y aparecer claramente que sin él la otra no habría contratado" (Chamie, 2008, pp. 120 -121).

Cada nivel actúa en una etapa distinta, con el objetivo común de prevenir abusos y proteger al adherente, especialmente en contratos de adhesión como el *leasing* financiero. A continuación, se presenta una tabla que resume los tres niveles de control y su respectiva función, como antesala al análisis específico de cada uno:

Tabla 3

Resumen de los sistemas de control de cláusulas abusivas

Sistema	¿Qué o quiénes representa/n?	Función principal	Alcance
Legislativo	Congreso / normas (Constitución, C.C., C.P.D.C., entre otras).	Establece límites legales, define abusividad y declara nulidad de cláusulas.	Contratos de consumo y privados.
Administrativo	INDECOPI, SBS, OSIPTEL, SUTRAN, etc.	Supervisa, fiscaliza y sanciona prácticas abusivas.	Relaciones de consumo.
Judicial / Arbitral	Poder Judicial / Tribunales arbitrales.	Interviene en conflictos concretos; puede declarar la nulidad de cláusulas.	Todo tipo de relación contractual ya sea de consumo o privados, pero se rige por la vía de solución de controversias que las partes hayan pactado en el <i>leasing</i> .

Nota. Elaboración propia, con asistencia de inteligencia artificial (ChatGPT)

Seguidamente, se examinará cada uno de estos sistemas de control de forma individual, para entender su función y su importancia en la lucha contra las cláusulas abusivas en los contratos de *leasing*:

1. LEGISLATIVO

El control legislativo constituye el primer nivel de defensa al establecer reglas y principios en el marco normativo, como el C.C. y el CPCD que prohíben anticipadamente los abusos. De esta forma, el legislador define los límites claros para la contratación en contextos de desigualdad, como en el *leasing* financiero.

El Código Civil, en su Título Preliminar (arts. IV, V, VII, IX, X) y en los artículos 1397 a 1401, brinda herramientas esenciales para el control de la forma y el fondo del contrato. Dichas herramientas se detallan a continuación:

- El art. IV regula el principio de prohibición del abuso del derecho y permite al juzgador neutralizar el ejercicio desmedido de facultades contractuales. En el contexto de un contrato de *leasing* financiero, esta norma adquiere relevancia ineludible: una cláusula resolutoria que, ante un retraso mínimo y no sustancial en el pago de una cuota, faculte al arrendador a resolver la totalidad del contrato, recuperar el bien y retener la totalidad de las cuotas pagadas, configura un ejercicio abusivo de un derecho legítimo. La aplicación de este artículo permite al juez restablecer el equilibrio prestacional sin desvirtuar la finalidad económica de la operación.
- El art. V establece la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Esta disposición actúa como un fundamental instrumento de control de fondo, pues evalúa la sustancia del contrato. En un *leasing* financiero, una cláusula que exonere totalmente al arrendador financiero de toda responsabilidad por vicios ocultos graves del bien arrendado podría ser calificada como lesiva al orden público. La imposición de una cláusula que libera de un deber esencial en una relación

sinalagmática desnaturaliza la confianza y el equilibrio de la operación, justificando plenamente su nulidad.

- El art. VIII confiere al juez la herramienta de gran poder de no excusarse de resolver por "vacío o deficiencia de la ley". A pesar de la ausencia de una ley específica sobre cláusulas abusivas en el *leasing*, esta disposición obliga al juzgador a acudir a los principios generales del derecho (como la buena fe, el equilibrio contractual o la justicia). De este modo, se garantiza la tutela judicial efectiva para declarar una cláusula abusiva como inaplicable, fortaleciendo la posición del adherente.
- El art. IX garantiza la seguridad jurídica al consagrarse el principio de irretroactividad de la ley. Este principio asegura que un contrato de *leasing* se rija por la normativa vigente al momento de su celebración. Sus efectos jurídicos no podrán ser alterados por una ley posterior que modifique la regulación de cláusulas abusivas, salvo que la nueva norma, por imperativo de orden público, establezca su aplicación retroactiva de forma expresa.
- El artículo X confirma la obligatoriedad de la ley peruana en todo el territorio de la República. Esta disposición es concluyente en contratos de *leasing* con elementos de extranjería, pues garantiza que, si el acuerdo se suscribe o ejecuta en Perú, la lucha contra las cláusulas abusivas se regirá por los principios del Código Civil peruano.
- Complementariamente, el art. 1397 exige que las cláusulas no negociadas individualmente (predispuestas), típicas del *leasing*, sean claras y comprensibles, estableciendo un requisito de transparencia formal para su validez.

- Los arts. 1398 y 1399 facultan al juez a interpretar restrictivamente las cláusulas contrarias al equilibrio contractual, declararlas ineficaces si contravienen normas imperativas, y aplicar criterios de interpretación sistemática y favorable al adherente.

Cabe señalar que, en la interpretación contractual, rige la regla fundamental del "*clare loqui*"²⁹ (deber de redactar con claridad y precisión), principio derivado de la buena fe. Este exige que la parte que redacta un contrato se exprese de forma inequívoca y sin ambigüedades. Su manifestación legal se halla en el art. 1401 del C.C., que consagra el principio *in dubio contra proferentem* (en caso de duda, en contra de quien lo redactó).

Este precepto es especialmente relevante en contratos con CGC, como el *leasing* financiero, donde las condiciones son impuestas por la entidad financiera.

Por ello, si una cláusula es ambigua, oscura o equívoca, se interpretará a favor del adherente (el cliente), lo cual resalta la responsabilidad inherente al poder de redacción: el deber de transparencia.

En consecuencia, toda falta de claridad ya sea que incremente subrepticiamente la carga prestacional de la contraparte o conduzca a equívocos se resolverá indefectiblemente en perjuicio de quien redactó o predispuso el instrumento. Esta regla constituye una garantía de justicia en las relaciones contractuales y es, sin lugar a dudas, un pilar del Derecho moderno al proteger a la parte más vulnerable.

²⁹ Significa que la parte con posición dominante en la negociación, facultada para pre establecer las cláusulas, tiene el deber primordial de claridad y de abstenerse de incurrir en abusos. La contravención de esta exigencia acarrea una consecuencia interpretativa directa: la cláusula ambigua u oscura se resolverá en su contra (*in dubio contra proferentem*). (Estigarribia Bieber, 2019, p. 68)

Por su parte, el C.P.D.C. establece un régimen detallado orientado a la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas, siendo sus disposiciones más relevantes:

- El art. 48, exige la buena fe y el equilibrio como principios rectores de toda cláusula general de contratación.
- El art. 49, define las cláusulas abusivas como aquellas que generan un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.
- El art. 50, recoge la llamada “lista negra” de cláusulas nulas de pleno derecho.
- El art. 51, desarrolla la “lista gris”, compuesta por cláusulas cuya validez se evalúa caso por caso.
- El art. 54, permite impugnar incluso cláusulas aprobadas administrativamente si resultan abusivas.

Este marco normativo legislativo cumple una doble función: disuasiva (al prohibir prácticas contractuales) y correctiva (al permitir su invalidación cuando han sido incorporadas).

2. ADMINISTRATIVO

Este nivel de control tiene una función preventiva y supervisora. Actúa como un primer filtro para evitar la distribución masiva de cláusulas abusivas y es ejercido por los órganos reguladores especializados de cada sector.

En el ámbito financieros (*leasing*), la SBS es el órgano competente, conforme a lo dispuesto por la Ley General del Sistema Financiero - Ley N.º 26702 y la Ley N.º 28587 sobre Protección del Consumidor Financiero.

La SBS cumple un rol esencial en el control de cláusulas contractuales, debido a que puede revisar modelos de contrato cuando incluyen condiciones que afectan derechos del usuario o imponen obligaciones relevantes. De igual manera, está facultada para sancionar a las entidades financieras que utilicen cláusulas no autorizadas o contrarias a la transparencia, y canaliza reclamos a través del Servicio de Atención al Usuario Financiero.

La Resolución SBS N.^o 8181-2012 (Reglamento de Transparencia) establece las condiciones y cláusulas que deben ser aprobadas previamente para garantizar contratos financieros equitativos.

El control recae en INDECOPI y en los reguladores especializados: OSIPTEL³⁰, OSINERGMIN³¹, SUNASS³², OSITRAN³³, según lo previsto en el C.P.D.C. y sus normas especiales.

De esta forma, el control administrativo actúa como un primer filtro para prevenir prácticas abusivas antes de la celebración del contrato.

3. JUDICIAL O ARBITRAL

El control judicial o arbitral de cláusulas abusivas es el mecanismo correctivo final que se activa una vez celebrado el contrato.

En el ámbito de las relaciones contractuales entre particulares, el C.C. otorga al juez o al árbitro la legitimación para declarar la ineficacia de una cláusula abusiva, sea de oficio o a instancia de parte. La figura de la nulidad parcial (art. 224 del C.C.) asegura

³⁰ Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

³¹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

³² Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

³³ Organismo Supervisor de la Inversión en Transporte de Infraestructura de Uso Público.

que solo se invalide la cláusula problemática, manteniendo la validez del resto del acuerdo. El art. 1398 del C.C., en particular, permite declarar nula una cláusula que sea contraria a la buena fe o al orden público.

A diferencia del C.C., el C.P.D.C. es un cuerpo normativo diseñado para regular las relaciones entre proveedores y consumidores, con el objetivo de reforzar la protección de la parte considerada más vulnerable en la relación contractual. El art. 45 del C.P.D.C. reitera el principio *in dubio contra stipulatorem* a favor del consumidor. Además, el art. 153 del C.P.D.C. faculta a las asociaciones de consumidores a interponer acciones colectivas para impugnar cláusulas abusivas.

Ambas normativas comparten el objetivo de asegurar una contratación justa y equilibrada, reforzando los principios de buena fe y equidad. No obstante, la principal distinción radica en que el C.C. es una norma general, mientras que el C.P.D.C. es un régimen especial que ofrece herramientas específicas (acción colectiva y principio interpretativo favorable) no disponibles en la normativa civil.

En contratos de *leasing*, el control judicial no se limita solo al contenido, sino que incluye la evaluación del consentimiento, verificando si fue otorgado libre y conscientemente ante el desequilibrio de poder. Este enfoque integral refuerza la equidad y el equilibrio, pilares de una contratación justa.

El análisis de los sistemas de control revela que es fragmentado, reactivo y poco efectivo, especialmente en lo que respecta a las cláusulas abusivas en contratos de *leasing*. Se califica como fragmentado debido a la coexistencia de entidades con competencias propias como la SBS, Indecopi y el Poder Judicial o arbitraje pero que carecen de un enfoque coordinado. Además, es reactivo porque su activación ocurre, principalmente, una vez que el perjuicio ya se ha materializado (mediante acciones en Indecopi, el Poder Judicial o un arbitraje).

Finalmente, su falta de efectividad se evidencia en la insuficiente capacidad de la SBS para ejercer un control preventivo, ya que las Cláusulas de Contrato Aprobadas³⁴ por dicha entidad no se actualizan de manera constante, lo que impide mitigar de forma contundente el desequilibrio de poder entre las partes.

VII. ANÁLISIS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL DEL LEASING

En el complejo entorno del *leasing* financiero, es común encontrar contratos que incorporan CGC. Aunque estos acuerdos cumplen las formalidades y la supervisión de la SBS, muchas de sus estipulaciones pueden generar un desequilibrio injustificado en perjuicio del arrendatario.

A pesar de estos desafíos, el marco jurídico peruano ofrece mecanismos de protección sólido. El Derecho Civil dispone de herramientas esenciales como el principio de buena fe contractual (art. 1362 del C.C.) y la facultad de resolución por incumplimiento justificado (art. 1430 del C.C.).

Adicionalmente, si el arrendatario califica como consumidor, el C.P.D.C. es plenamente aplicable, permitiendo la anulación de pleno derecho de cláusulas abusivas, basándose en la lista negra (art. 50) y la lista gris (art. 51).

Acto seguido, se analizarán las cláusulas más controversiales que suelen encontrarse en estos contratos, examinando cómo el sistema legal peruano permite su identificación y cuestionamiento.

³⁴ Para conocer las cláusulas de contrato aprobadas por la SBS ingresar al siguiente link: <https://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/informacion-sobre-supervisadas/sistema-financiero-supervisadas/clausulas-de-contratos-aprobados-por-la-sbs#:~:text=Cl%C3%A1usulas%20de%20contrato%20aprobadas%20por%20la%20SBS,que%20no%2>

Cláusula de aceleración: Este mecanismo contractual que faculta a la entidad financiera a exigir el pago de la totalidad del saldo insoluto de la deuda ante un incumplimiento, incluso si este es de carácter menor, como una mora en el pago. La validez se cuestiona bajo el principio de desproporcionalidad:

- Cuando el arrendatario es un consumidor: Se invoca el principio de proporcionalidad del art. 52 del C.P.D.C., buscando evitar un desequilibrio desproporcionado entre la falta y la consecuencia jurídica.
- Cuando el arrendatario no es un consumidor: La prohibición de penalidades excesivas, regulada en el art. 1398 del C.C., constituye el sustento legal para cuestionar la aplicación de esta cláusula.

En ambos escenarios, la desproporción entre la falta cometida y la consecuencia de exigir el pago total de la obligación es el eje central del análisis para determinar la legalidad de dicha cláusula.

- Exoneración de responsabilidad por riesgos del bien: La cláusula de exoneración de responsabilidad por riesgos del bien busca liberar al arrendador de cualquier obligación relacionada con la entrega o el estado del activo arrendado.

La inclusión de esta estipulación vulnera el principio de buena fe contractual (art. 1362 C.C.), generando una desventaja significativa. Si el arrendatario es consumidor, puede ser declarada nula (art. 50, inc. a, C.P.D.C.). La exoneración de responsabilidad rompe el equilibrio contractual, justificando un riguroso control judicial o administrativo.

- Obligación de pago en caso de pérdida fortuita: Esta disposición obliga al arrendatario a continuar con el pago de las cuotas incluso si el bien se ha

perdido por un evento fortuito. Dicha cláusula contraviene el principio de imposibilidad de cumplimiento sobrevenida (art. 1315 del C.C.) y el concepto de que la obligación se extingue cuando la prestación se vuelve imposible sin culpa de las partes.

- Asignación de riesgos a pesar de la existencia de seguro: Una cláusula que traslada al arrendatario la responsabilidad por eventos ya cubiertos por un seguro contratado, implicando un doble pago para el usuario (la prima del seguro y el riesgo del evento).

Desde la perspectiva del derecho del consumidor: Atenta contra la equidad y el principio de protección del consumidor (art. 50º del C.P.D.C.), al generar un desequilibrio evidente en la relación. Para los arrendatarios que califiquen como consumidores, esta cláusula podría ser declarada nula de pleno derecho.

Desde la perspectiva del derecho civil: Aunque no existe una norma específica en el C.C. que aborde este punto, se podría argumentar que esta cláusula contraviene el principio de buena fe contractual (art. 1362), debido a que implica una carga injustificada para una de las partes. En caso de litigio, la nulidad de esta disposición podría alegarse mediante una demanda de declaración judicial, conforme a las reglas del CPC.

- Exclusión de responsabilidad por vicios ocultos: En el *leasing* operativo, el arrendador no puede eludir su responsabilidad por los defectos del bien. La exoneración de responsabilidad en este caso vulnera los arts. 1491 y 1493 del C.C.
- Elusión de responsabilidad sobre la idoneidad del bien: Una cláusula que exime al arrendador de responsabilidad por la calidad o los defectos del bien arrendado.

Desde la vista del derecho del consumidor: Si el arrendatario califica como consumidor, esta cláusula puede considerarse abusiva porque contraviene el principio de idoneidad (arts. 18 y 19 del C.P.D.C.), el cual exige que el bien sea apto para los fines que se espera de él.

Desde la vista del derecho civil: Cuando el arrendador ha intervenido directamente en la selección del proveedor del bien, no puede deslindarse de la responsabilidad sobre su calidad. Una cláusula que intente esto iría en contra del principio de buena fe contractual (art.1398 del C.C.).

- Resolución unilateral sin causa justificada: Una cláusula que permite al arrendador dar por terminado el contrato sin una justificación válida atenta directamente contra la buena fe contractual (art. 1430 del C.C.) y el debido proceso (art.139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú).
- Desconocimiento de mejoras útiles realizadas: Negar al arrendatario el reconocimiento de mejoras útiles o necesarias puede constituir un enriquecimiento sin causa para el arrendador (art. 1954 del C.C.). Tal pretensión podría discutirse en juicio conforme a las reglas sobre restituciones e indemnización por enriquecimiento indebido (art. 424 y siguientes del CPC).
- Limitación de acciones judiciales frente a defectos: Una cláusula que restringe el derecho del arrendatario a reclamar o a acceder a los tribunales.

En el ámbito del derecho del consumidor, esta cláusula vulnera la tutela jurisdiccional efectiva, garantizado por el art. 50, inciso a, del C.P.D.C, lo que aplica para los arrendatarios que califican como consumidores.

En el ámbito del derecho procesal, la misma disposición contradice las garantías procesales básicas establecidas en los art. 1 y 3 del CPC, que aseguran el derecho de toda persona a la protección y al acceso a la justicia.

En consecuencia, este tipo de cláusulas no solo generan un desequilibrio contractual, sino que también atentan contra el derecho fundamental al debido proceso, lo que las hace nulas de pleno derecho en un sistema legal que protege la acción judicial como un pilar de la justicia.

- Simulación de negociación individual: Una cláusula que restringe el derecho del arrendatario a reclamar o a acceder a los tribunales.

En materia del derecho del consumidor: Esta cláusula vulnera la tutela jurisdiccional efectiva (art. 50, inciso a, del C.P.D.C.), lo que aplica para los arrendatarios que califican como consumidores.

En materia de derecho procesal: La misma disposición contradice las garantías procesales básicas establecidas en los arts. 1 y 3 del CPC.

Por ende, este tipo de cláusulas no solo generan un desequilibrio contractual, sino que también atentan contra el derecho fundamental al debido proceso, lo que las hace nulas de pleno derecho en un sistema legal que protege la acción judicial como un pilar de la justicia.

Aunque estas cláusulas parezcan gozar de validez legal, en la práctica, evidencian una lógica contractual que puede generar un desequilibrio entre las partes. Por este motivo, el sistema legal peruano provee las herramientas necesarias para cuestionarlas. La estandarización de los contratos no debe ser un pretexto para el abuso.

Para facilitar la identificación de cláusulas contractuales lesivas, se presenta a continuación un cuadro que resume las cláusulas abusivas más comunes, su contenido típico, el riesgo jurídico que representan y las normas que permiten su cuestionamiento.

Tabla 4

Cuadro comparativo resumen de las cláusulas abusivas identificadas

Tipo de cláusula	Contenido habitual	Riesgo jurídico	Norma aplicable
Aceleración automática	Exige pago total ante un solo incumplimiento	Desproporcionalidad	Art. 52 inciso 1 C.P.D.C. / Art. 1398 C.C.
Exoneración por riesgos, vicios o pérdida	Libera al arrendador de responsabilidad por fallas del bien	Traslado ilegítimo de riesgos	Arts. 1491 y 1493 C.C. / Arts. 262 y 372 CDC.
Renovación automática sin consentimiento	Prórroga tácita del contrato sin aviso previo	Falta de transparencia, posible permanencia forzada	Arts. 50 y 51 C.P.D.C.
Resolución unilateral sin causa	Permite al arrendador dar por terminado el contrato sin motivo	Vulneración del equilibrio contractual y buena fe	Art. 1430 C.C. / Art. 50 inciso b C.P.D.C. / Art. 139 de la Constitución
Limitación del derecho a defensa del arrendatario	Impide interponer excepciones o demandas	Afecta el debido proceso y la buena fe	Art. 139 Constitución / Art. 3 CPC

Nota. Elaboración propia, con asistencia de inteligencia artificial (ChatGPT)

VIII. REFORMAS URGENTES: PROPUESTAS PARA UN LEASING MÁS JUSTO

El presente análisis sostiene que las deficiencias en la protección contra las cláusulas abusivas en el contrato de *leasing* no se deben a un vacío normativo, sino a la ineeficacia en la aplicación del marco jurídico existente. En este sentido, las reformas propuestas se orientan a fortalecer la eficiencia del sistema, más que a la creación de regulación adicional.

1. FORTALECIMIENTO DEL CONTROL EX ANTE DE LA SBS

La SBS debe ejercer un rol de control preventivo más proactivo y riguroso.

- Revisión y aprobación rigurosa de modelos contractuales: Las entidades financieras deben someter sus modelos contractuales a la revisión y aprobación de la SBS antes de su uso masivo. Esta aprobación no debe ser una mera formalidad, sino una evaluación rigurosa que garantice la equidad de las cláusulas, eliminando aquellas que puedan generar un perjuicio al usuario.
- Elaboración de una guía de buenas prácticas y diseño contractual justos (*fair contract design*): Como complemento a la revisión, se propone que la SBS desarrolle un documento técnico que establezca criterios de redacción contractual transparente y la aplicación del principio de *fair contract design*. Este manual serviría como un referente para la industria y los operadores jurídicos, promoviendo la claridad y la sencillez como elementos inherentes al diseño del contrato.
- Publicación obligatoria de modelos contractuales: Se debe disponer que las entidades de *leasing* publiquen de forma obligatoria sus modelos contractuales en sus portales web y en el de la SBS. Esto facilitaría el acceso a la información por parte del público, la comparación de productos financieros y la fiscalización por parte de los propios arrendatarios, creando un mecanismo de control transparente y accesible.

2. IMPULSO A LA FORMACIÓN ESPECIALIZADA Y LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JUDICIALES

A pesar de que el principio de *iura novit curia* obliga a los jueces a conocer el derecho, la complejidad del derecho contractual financiero exige una especialización.

La falta de un criterio uniforme en la interpretación de las cláusulas contractuales genera incertidumbre jurídica. Por ello, se propone:

- Programa de capacitación obligatoria y continua: Se considera urgente la implementación de un programa de formación continua para jueces y árbitros, coordinado entre el Poder Judicial, la SBS e Indecopi, que aborde la contratación por cláusulas generales de contratación y el control de cláusulas abusivas. Esta capacitación es esencial para asegurar que la jurisprudencia se fundamente en un conocimiento técnico y especializado del sector.
- Elaboración de guías de interpretación judicial: La creación de guías o manuales de interpretación, basados en la jurisprudencia más relevante y en los criterios de los reguladores, actuaría como una herramienta de apoyo para unificar criterios y reducir la discrecionalidad en la toma de decisiones judiciales, contribuyendo a la seguridad jurídica.

3. FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL Y REDUCCIÓN DE LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN

La asimetría de la información constituye el fundamento de las cláusulas abusivas, dado que el cliente no especializado no comprende la totalidad de los términos contractuales. Por ello, se plantea una reforma enfocada en la transparencia.

- Actualización de las cláusulas generales de contratación por la SBS: Es necesario actualizar las condiciones excluidas de la categoría de CGC que regulan operaciones y servicios con usuarios financieros, a fin de revisar aquellas que no deben ser preestablecidas.
- Promoción activa del asesoramiento especializado: Fomentar que los arrendatarios, en especial las MYPEs y consumidores, busquen asesoría jurídica

antes de firmar contratos que puedan contener cláusulas complejas. Para ello, es necesario establecer una carga de información para la entidad financiera, a través de la obligatoriedad de incluir una advertencia clara en la hoja informativa del contrato, que resalte la importancia del asesoramiento jurídico externo.

Las propuestas aquí presentadas buscan la optimización de los mecanismos existentes para lograr una protección efectiva y preventiva contra las cláusulas abusivas en el contrato de *leasing*, promoviendo la equidad y la eficiencia en el sistema legal peruano.

IX. CONCLUSIONES

El presente estudio, orientado por la problemática de la asimetría contractual en el mercado financiero, ha logrado validar la hipótesis central planteada en la Introducción. Los hallazgos confirman de manera categórica que el problema estructural del *leasing* financiero no reside en su naturaleza tipificada (D.L. N.^o 299), sino en la instrumentalización de las Cláusulas Generales de Contratación (CGC).

A partir de esta validación, se establecen los siguientes hallazgos y conclusiones:

El *leasing* financiero se ha consolidado como un pilar fundamental para la inversión privada y la recuperación económica en el Perú. Si bien ha demostrado una impresionante resiliencia y su uso se ha expandido, facilitando la adquisición de activos fijos a empresas de todos los tamaños, su naturaleza como contrato de cláusulas generales de contratación presenta un desafío relevante.

Esta realidad revela la necesidad imperativa de fortalecer el sistema de control existente, volviéndolo más eficiente y coordinado para la prevención activa de

cláusulas abusivas. Si bien existe un mecanismo de supervisión *ex ante*, su eficacia es insuficiente. Es crucial que la SBS no solo apruebe las cláusulas generales de contratación presentadas por los arrendadores, sino que busque y fiscalice activamente las cláusulas abusivas. Solo con una supervisión proactiva y constante podrá consolidarse el equilibrio entre la libertad contractual y la protección del arrendatario, asegurando que el *leasing* se mantenga como un verdadero motor de crecimiento sostenible para la economía del país.

El marco regulatorio peruano establece un régimen dual para la incorporación de las cláusulas generales de contratación en los acuerdos de *leasing*. Por un lado, se contempla la aprobación administrativa, que otorga seguridad jurídica al arrendatario al validar previamente el clausulado. Por otro lado, para las cláusulas que no han sido aprobadas administrativamente, la validez recae directamente en las partes, y su eficacia se subordina al cumplimiento de los principios de cognoscibilidad y transparencia. En este escenario, el ordenamiento jurídico exige que el contenido sea accesible y comprensible para las partes, trasladando la responsabilidad de su correcta aplicación a la diligencia de los intervenientes.

El ordenamiento peruano reconoce tres vías de control frente a las cláusulas abusivas: legislativa, administrativa y judicial o arbitral. Aunque existen herramientas legales relevantes como el C.C., el C.P.D.C., y la normativa supervisada por la SBS. El sistema es reactivo porque se activa principalmente *ex post*, es decir, después de que se ha producido el perjuicio. Adicionalmente, resulta ineficaz debido al mínimo control preventivo o *ex ante* por parte de la SBS, lo que no logra mitigar de manera contundente el desequilibrio de poder entre las partes.

El estudio ha identificado condiciones contractuales repetidas que podrían considerarse abusivas: resoluciones unilaterales sin justificación, penalidades

desproporcionadas, renuncias anticipadas a derechos, renovaciones automáticas, entre otras. Estas prácticas afectan tanto el equilibrio económico del contrato como la validez real del consentimiento prestado por el arrendatario.

Las cláusulas abusivas no son una mera anomalía contractual, sino una manifestación del desequilibrio de poder inherente a estas relaciones de *leasing*. Es imperativo que la regulación no se limite a la subsanación *ex post*, sino que desarrolle mecanismos de supervisión proactiva que aseguren la equidad desde la formulación del contrato. Solo una intervención preventiva y eficiente por parte de la SBS podrá proteger al arrendatario de forma efectiva y consolidar un mercado económico justo.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Arana, M. D. (2010). Contrato de consumo: cláusula abusiva, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (10).
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/77/75>
- Arrubla Paucar, J. A.-8. (1990). «Contrato de leasing. Retrieved abril 27, 2025, from Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, (pp. 87-88)
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5556739>.
- Avellaneda Vásquez, J. (2002). Incidencia de la equidad aristotélica en la filosofía jurídica moderna. Retrieved from *SAPIENTIA & IUSTITIA*, (5), pp. 25–52.
<https://doi.org/10.35626/sapientia.5.3.34>
- Barreira Delfino, E. A. (2022). *Naturaleza financiera del leasing*.
- Camacho López, M. E. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. Retrieved from *REVIST@ e – Mercatoria*, 4(1).
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf>

Cárdenas Quirós, C. (1996, 10 06). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. (I. E. VERITAS, Editor) Retrieved 11 2, 2025, from IUS ET VERITAS, 7(13), pp. 19–35.: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15555>

Chamie, J. F. (2008). Equilibrio contractual Revista de Derecho Privado (14). Retrieved from Universidad Externado de Colombia. <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537590004.pdf>

De la Maza Gazmuri, I. (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Retrieved from *Revista chilena de derecho privado*, N.º 1, 2003, pág. 119. Cita a LARROUMET, C. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2572113.pdf&ved=2ahUKEwie7_qCr6eRAxX2PbkGHU7DHoMQFnoECBsQAQ&usg=AOvVaw3Oo3veocVqtgwOLA5Cv5ij

De la Puente Y Lavalle, M. (1995, 03 02). Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor. (THEMIS, Editor) Retrieved abril 8, 2025, from THEMIS Revista De Derecho, (31), pp. 15–22. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11503>

De la Puente y Lavalle, M. (2017). EL CONTRATO EN GENERAL. Retrieved from Comentarios a la Sección Primera Palestra Editores. http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2021/02/EL-CONTRATO-EN-GENERAL-TOMO-I_compressed.pdf

Cuando el contrato no es el problema, sino las cláusulas abusivas:
Leasing financiero y el equilibrio perdido

Echeverri Salazar, V. M. (2011). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión.

Retrieved from Opinión Jurídica, 9(1).

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/162>

Estigarribia Bieber, M. L. (2019). Interpretación de los contratos. evolución de sus principios. Retrieved from Anuario De Derecho Civil, 11.

<https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/998>

Furnish, D. B. (1986, 01 12). Formación del contrato mercantil y el problema del riesgo.

Un ensayo sobre el proceso jurídico estadounidense. Retrieved from Derecho PUCP, (40), pp. 77–118:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6251>

García Pita y Lastre, J. L. (2010). Las obligaciones y contratos mercantiles, en el Derecho peruano: ¿“Pollice verso”? , PDF. (UDEP, Editor)

<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1527/1250>

Jinesta Lobo, E. (1992). El contrato de leasing financiero (arrendamiento financiero) con opción de compra. Retrieved from *Revista Judicial*, Costa Rica, Año XVII, N.^o

55, 1992, pág. 31. Cita a V. LINARES BRETÓN, S.

<https://gc.scalahed.com/recursos/files/r16>

Leyva Saavedra, J. E.-7. (2003, diciembre). El leasing y su configuración jurídica.

Retrieved from Vniversitas, núm. 106, diciembre, 2003.

<https://www.redalyc.org/pdf/825/82510620.pdf>

Meza Carranza, E. N. (2025, febrero 14). Arrendamiento financiero, Revista de

Investigación Valor Contable. Retrieved from Vol. 1, N.^o 1, 2015, pág. 46.

https://www.academia.edu/71398647/Arrendamiento_financiero

Montoya Manfredi, U. (2010). Derecho Comercial. Retrieved from <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e221058046791ee7a8e6ee93776efd47/Derecho+comercial.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e221058046791ee7a8e6ee93776efd47>

Pacific Credit Rating, I. F.-O. (2025, febrero 14). Total servicios financieros empresa de créditos. Retrieved from <http://www.ratingspcr.com>

Pérez Fernández del Castillo, B. (2017). La Ética en los Contratos. Retrieved from <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4488/17.pdf>

Peschiera Mifflin, D. (2008). El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú,. Retrieved from IUS La Revista, N.^o 36, 2008, págs. 47-48. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789>

Polar, N. (2000). Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero, *THEMIS: Revista de Derecho*, N.^o 41, 2000, pág. 347. Retrieved from THEMIS: Revista de Derecho, N.^o 41, 2000, pág. 347: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109666>

Posada Torres Camilo, ". c. (2015, 12). Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, (29). <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

Reverte Navarro, A. (1967). El Contrato de leasing. Retrieved from Anales de la Universidad de Murcia XXV (1-2-3-4). <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104221>

SBS, S. d. (2025, marzo 14). Condiciones que no corresponden ser incluidas en cláusulas generales de contratación que regulen operaciones y servicios con usuarios financieros. Retrieved from <https://www.sbs.gob>

- Soria Aguilar, A. (2008). El Contrato de leasing: Algunos Apuntes Acerca de su Actual Regulación en el Perú, (30). Retrieved febrero 23, 2025, from Dialnet.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17372>
- Taboada Cordova, L. (2002, 07 02). La regulación legal de las cláusulas generales de contratación en el Código civil peruano. Retrieved from Advocatus
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2347>
- Torres Méndez, M. (2014). Historia del código de historia del código de comercio.
https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084572.pdf&ved=2ahUKEwi2s6vKsaeRAxUkHbkGHRrRNP4QFnoECBoQAO&usg=AOvVaw0cHyu5BssY0_ZGyp70Tlo7
- Torres, V. A.-3. (2007). El acto jurídico. In V. A. Torres, El acto jurídico (pp. 31-32.). IDEMSA.
- Trazegnies Granda, F. (2005, 12 01). La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. Retrieved from THEMIS Revista De Derecho, (51), pp. 31-42.:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8788>
- Vásquez Rebaza, W. H. (2023, 12 29). Vásquez Rebaza, W. H. (2023). El control del contenido en contratos estandarizados. Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano. Retrieved from IUS ET VERITAS, (67), pp. 87–134. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302>
- Vidal Blanco, C. (1976). El leasing: una innovación en la técnica de la financiación. Universidad Complutense de Madrid. [Tesis de Doctorado, Ministerio de

Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable.
Retrieved from pág. 56: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=123772>

Zegarra Mulánovich, Á. (2014, 11 30). La formación del Contrato Mercantil. Retrieved from Revista De Derecho 15 (1), pp. 39–88:
<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1580>

Zegarra Mulánovich, Á. (2021). Notas de Contratos Mercantiles, promanuscrito. Piura: Universidad de Piura.

1. NORMATIVA LEGISLATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Código Civil peruano (Perú, 1984).

Código de Comercio (Perú, 1902).

Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N.º 29571 (Perú, 2010).

Código Procesal Civil peruano (Perú, 1993).

Constitución Política del Perú (Perú, 1993).

Decreto Legislativo N.º 299 (Perú, 1984).

Decreto Legislativo N.º 1177 (Perú, 2015).

Decreto Supremo N.º 017-2015-VIVIENDA (Perú, 2015).

Decreto Supremo N.º 559-84-EFC (Perú, 1984).

Decreto de Urgencia N.º 013-2020 (Perú, 2020).

Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea (UE, 1993).

Lei N.º 8.078 – Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990).

Ley N.º 31248 (Perú, 2021).

Cuando el contrato no es el problema, sino las cláusulas abusivas:
Leasing financiero y el equilibrio perdido

Ley N.^o 28587 (Perú, 2005).

Ley N.^o 24.240 (Argentina, 1993).

Resolución SBS N.^o 2413-2020 (Perú, 2020).

Resolución S.B.S. N.^o 3274-2017(Perú, 2017).

Resolución SBS N.^o 8181-2012 (Perú, 2012).

2. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Casación N.^o 3129-2017-Ica.

Casación N.^o 12818 – 2017-Lima.

INDECOPI, Lineamientos sobre protección al consumidor. (Perú, 2019).

Sentencia del Tribunal Supremo español N.^o 274/2003 (España, 2003).

Resolución N.^o 0078-2012/SC2-INDECOPI. (Perú, 2012).

Resolución Final N.^o 045-2022/CC3-INDECOPI. (Perú, 2022).

Por:

José Jafet

Noriega Zamudio *

Diego Abraham

Nuñez Aguirre **

*PERÚ Y MÉXICO: INEFICACIA DE LAS
SENTENCIAS DE LA CORTE
INTERAMERICANA EN CASOS DE
DESAPARICIÓN FORZADA*

Resumen

Este artículo, sustentado en una metodología cualitativa, examina la totalidad de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada -tanto condenatorias como de supervisión de cumplimiento-, complementándose con una revisión documental de fuentes doctrinales especializadas. Su objetivo es evaluar la eficacia en la ejecución de dichas resoluciones a través del análisis de las medidas reparatorias ordenadas a los Estados de Perú y México. Asimismo, se abordan los contextos en los que estos crímenes han ocurrido, identificando patrones persistentes de resistencia estatal e indiferencia gubernamental frente a sus obligaciones internacionales. Desde esta perspectiva, se exploran las causas estructurales del incumplimiento y se proponen alternativas que contribuyan a una implementación más efectiva de los compromisos convencionales asumidos, en favor de la justicia y la reparación integral de las víctimas.

* Doctor en Derecho Penal, Centros de Estudios de Posgrado, campus Mexicali (de México). Maestro en Justicia Constitucional, Universidad de Guanajuato (UG). Licenciado en Derecho, UG. Titular del Órgano Interno de Control de la UG y profesor del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la UG. Presidente del Consejo Directivo de la Asociación Mexicana de Órganos de Control y Vigilancia en Instituciones de Educación Superior A. C. (AMOCVIES, A. C.). Autor de textos académicos y de artículos en revistas jurídicas. noriegajafet@gmail.com. ORCID: 0009-0001-3386-7933

** Estudiante de octavo semestre de la Licenciatura en Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la UG. Asistente coordinador del Departamento de Gestión Estratégica del Órgano Interno de Control de la UG. Galardonado como el estudiante con más alto promedio en el año 2023 dentro del programa educativo de Derecho de la UG. da.nunezaguirre@ugto.mx. ORCID: 0009-0006-3304-9507

Recibido: 10 de marzo de 2025

Aceptado: 14 de junio de 2025

Abstract

This article, based on a qualitative methodology, examines all rulings issued by the Inter-American Court of Human Rights on enforced disappearance—both condemnatory judgments and compliance supervision decisions—complemented by a documentary review of specialized doctrinal sources. Its aim is to assess the effectiveness of the implementation of these rulings by analyzing the reparative measures ordered to the States of Peru and Mexico. It also addresses the contexts in which these crimes have occurred, identifying persistent patterns of state resistance and governmental indifference to international obligations. From this perspective, it explores the structural causes of non-compliance and proposes alternatives to foster a more effective implementation of the conventional commitments undertaken, in pursuit of justice and the comprehensive reparation of victims.

Palabras clave: Desaparición forzada, incumplimiento, medidas reparatorias, sentencias, Estados.

Keywords: Enforced disappearance, noncompliance, reparatory measures, sentences, States.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGÍA EMPLEADA. III. EL CONTEXTO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN PERÚ Y MÉXICO. IV. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONTRA PERÚ Y MÉXICO EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA. V. PROMESAS EN EL VIENTO: LA FRAGILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA. 1. LA DESCONECTACIÓN ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL ESTADO PERUANO EN LAS REPARACIONES VICTIMALES. 2. IMPUNIDAD Y MILITARIZACIÓN: LA INDIFERENCIA MEXICANA FRENTE A LA JUSTICIA INTERNACIONAL. VI. MÁS ALLÁ DE LA NORMA: UNA EXPLICACIÓN TEÓRICA DEL INCUMPLIMIENTO ESTATAL. 1. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. 2. LA CRISIS DE LA LEGITIMIDAD INTERNACIONAL: SOBERANÍA NACIONAL. VII. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA. 1. MULTA POR DÍA DE INCUMPLIMIENTO. 2. ASOCIACIONES CIVILES/GRUPOS DE TRABAJO. 3. IMPLEMENTACIÓN DE UN CRITERIO ALINEADOR. 4. LEY DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Angustia e incertidumbre son las palabras que mejor representan el fenómeno caótico de la desaparición forzada. Un delito que, indistintamente cual sea su construcción de tipicidad, presupone la intervención del Estado en la ausencia y desconocimiento del paradero de una persona, trayendo un conflicto interno entre los habitantes pues quien debería de darles seguridad no ha generado más que miedo por su bienestar.

Son numerosas intervenciones que organismos internacionales han tenido respecto a esta problemática y que presumiblemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha sido la que se ha convertido, a través de su jurisprudencia, en uno de los “focos” principales que alumbría la habitación apagada por los mismos Estados en donde se hallan familias preocupadas e inciertas sobre la situación de sus hijos, esposos o madres, por mencionar algunos ejemplos.

Si bien la desaparición forzada no es un problema aislado, su impacto es especialmente significativo en ciertos países de la región americana, tales como lo son Perú y México. Esta relevancia no solamente se debe a la existencia de fallos emblemáticos de la CoIDH contra los mencionados, sino que también guarda trascendencia porque ambos han enfrentado este fenómeno de manera sistemática, aunque en contextos distintos: Perú, vinculado a una violencia política interna ocasionada por el conflicto armado encabezado por grupos insurgentes durante las décadas de 1980 y 1990; y México, asociado principalmente a la lucha contra el crimen organizado y las estrategias de seguridad implementadas en el siglo XXI.

Derivado de lo anterior, llevar un estudio comparativo que desarrolle la incidencia de las sentencias de la CoIDH en factores relacionados a los desafíos normativos, la justicia transnacional y la responsabilidad estatal, podría contribuir a

identificar los estándares interamericanos en la materia y analizar el grado de cumplimiento de cada Estado en la implementación de medidas de reparación, prevención y no repetición, así como en el fomento del desarrollo de un marco común en la lucha contra la desaparición forzada y el fortalecimiento del rol del sistema interamericano como mecanismo de protección de derechos humanos.

De tal manera, las preguntas claves que guían el desarrollo de la presente investigación serían: ¿En qué medida han cumplido Perú y México con las sentencias de la Coidh en materia de desaparición forzada?, y ante el eventual y previsible hallazgo de desobedecimiento internacional, ¿cómo se ha dado dicho incumplimiento, a qué se debe y cómo podría solventarse?

Con el objetivo de responder las interrogantes previas, el trabajo consta de seis apartados principales. El primero está dedicado a la metodología, en el que se expone el enfoque adoptado para analizar el cumplimiento de las sentencias por parte de los dos Estados en estudio, así como el proceso de construcción y delimitación del presente análisis.

En segundo lugar, se aborda el contexto de la desaparición forzada en Perú y México, examinando las condiciones que favorecieron su ocurrencia en cada país, las medidas legislativas para confrontar la situación y el impacto que han tenido culturalmente en las sociedades. En tercer lugar, se lleva a cabo un análisis integral de todas las sentencias emitidas por la Coidh en materia de desaparición forzada, identificando los casos dirigidos contra Perú y México, y evaluando el nivel de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas.

En el cuarto apartado, se explora el impacto real de estos fallos en las políticas y acciones estatales, prestando especial atención a determinados casos que reflejan la indiferencia y desatención gubernamental. En el quinto apartado, se examina las

causas estructurales del incumplimiento a través de teorías doctrinales. Finalmente, se presentan algunas propuestas para mejorar el cumplimiento de las sentencias interamericanas en la lucha contra la desaparición forzada.

Asimismo, cabe precisar que, si bien el enfoque dado en este trabajo se centra en los aspectos negativos y las dificultades que enfrentan Perú y México en el cumplimiento de las sentencias de la CoIDH sobre desaparición forzada, no habrá de significar esto algún menoscabo al avance estatal en la reparación de derechos humanos producto de las resoluciones del Tribunal Interamericano. El objeto del estudio es concebir las deficiencias persistentes, abordar sus causas y con esto ofrecer posturas que socaven la problemática existente.

II. METODOLOGÍA EMPLEADA

El presente trabajo adopta una metodología cualitativa, la cual se centra en dos ejes principales: el análisis documental y la revisión jurisprudencial. Respecto al primero aplicable centralmente a los apartados diversos al cuarto, se realizó una revisión de fuentes doctrinales especializadas en desaparición forzada y justicia interamericana, a fin de establecer un marco teórico que permitiera contextualizar y abordar la problematización expuesta a través de sus causas y la propuesta de soluciones.

Sobre el segundo eje, aplicable focalmente a la cuarta sección, se llevó a cabo un análisis entero de las sentencias emitidas por la CoIDH en contra de los Estados abordados, identificando aquellos casos directamente relacionados con la desaparición forzada. Para ello, se accedió al sitio web oficial del tribunal, se utilizó el buscador de sentencias por país y se acudió al contenido de las resoluciones arrojadas por el sistema. Una vez diferenciadas las sentencias, se consultaron sus respectivas resoluciones de supervisión de cumplimiento que también se hallan dentro del mismo

sitio web. Aquí el análisis se centró en los puntos resolutivos, permitiendo establecer -a partir de una comparación entre las distintas resoluciones emitidas a lo largo del tiempo- qué medidas han sido cumplidas y cuáles permanecen pendientes, conforme a la información disponible en la última revisión realizada por la CoIDH.

III. EL CONTEXTO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN PERÚ Y MÉXICO

Advertida la metodología, aboquémonos con el contexto de la desaparición forzada en Perú y México, para ello primeramente definamos lo que es este delito. La desaparición forzada, pese a encontrar una multiplicidad conceptual que llega a ubicarla inclusive en fechas de la Antigua Roma, fue reconocida como tal, incluyendo todas sus implicaciones legales y fácticas, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) durante la década de 1950 (Robledo, 2016, p. 97).

De conformidad con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDF), es entendida como:

[L]a privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (CIDF, 1994, art. 2).

Aunado a esto, la jurisprudencia interamericana, complementa el entendimiento de este fenómeno añadiendo elementos concurrentes previstos en otros instrumentos normativos. Dichos elementos son: “a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la

negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2009, p. 9)¹.

El contexto de las desapariciones forzadas en Perú tuvo su apogeo durante los años de 1980 y 1990 derivado del conflicto armado interno (también denominado “guerra popular”) que se suscitó entre el “Partido Comunista del Perú–Sendero Luminoso” (PCP-SL) y el “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru” (MRTA) contra el país peruano, quien se vio en la necesidad de declarar determinadas zonas en estado de emergencia y entregar el control político a las fuerzas militares (Cano, 2020, p. 455).

Lo anterior produjo, de conformidad con la Comisión de Verdad y Reconciliación ([CVR], 2003), una “práctica sistemática y generalizada de desapariciones forzadas como parte de una estrategia antisubversiva proveniente, principalmente de las Fuerzas Armadas, generando cifras de 8,558 personas desaparecidas”. Este mecanismo de desapariciones permitía: (i) obtener información para identificar a miembros o simpatizantes de organizaciones subversivas; (ii) eliminar a los detenidos sin dejar rastros de los responsables; y (iii) acelerar la victoria militar evitando procedimientos policiales complejos para ubicar y procesar a los insurgentes (como se citó en Lengua y Mendoza, 2016, pp. 280-283).

Dentro de las medidas vinculadas a contrarrestar esta situación, yació la tipificación del delito en la Ley N.º 30475 (Código Penal), la implementación de la Ley N.º 30470 (Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el período de violencia 1980-2000), la creación del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y de Sitios de Entierro, así como la adherencia a la CIDF y a la Convención Internacional de la

¹ Cabe mencionar que actualmente el Estado no es el único agente activo del delito, pues también se ha incorporado a los particulares y organizaciones subversivas como responsables cuando medie apoyo, autorización o tolerancia por parte del aparato estatal.

Organización de Naciones Unidas (ONU) que en seguimiento al reciente pronunciamiento de la ONU, parece que no han tenido la repercusión buscada, ya que la contraposición de leyes como la Ley N° 32107, mejor conocida como la Ley de Impunidad, han permitido la prescripción de delitos de lesa humanidad, incluyéndose la desaparición forzada.

Postergándose en consecuencia, junto a los efectos permanentes e inacabados del delito con relación a no encontrarse el paradero de la víctimas o sus restos (Coidh, 2010, p. 27), una categorización de insuficiencia a dichas medidas que han alcanzado impactos fuera de lo legal, debido a que también ha provocado el cambio de la perspectiva de comunidades indígenas que han sido las principales víctimas de este fenómeno.

Propiamente, este abandono institucional, ha incidido culturalmente hablando, fuera de lo comúnmente conocido sobre la indignación y la preocupación social, en que ciertos grupos reconfiguraran sus creencias, lazos y estructuras de apoyo para mitigar el dolor de ausencia de sus seres queridos. Esto se refleja, tomando como ejemplo la comunidad Andina, en la creencia de que los sueños pueden ser la guía para encontrar a los desaparecidos al éstos indicarles su ubicación. Otra manera se revindica en el mantenimiento de las ropas de sus familiares como un modo de atraerlos hacia ellos (Delacroix, 2020, p. 69).

Para el caso mexicano, a diferencia de Perú, el impulso que tuvo la desaparición forzada guarda connotaciones más extensivas, al menos dentro del terreno de las causas que han provocado la actualización de este fenómeno. La desaparición forzada tiene sus inicios a partir de su consideración como una categoría de represión política derivado de acontecimientos ocurridos en 1968 traducidos en la denominada “guerra sucia” (Robledo, 2016, p. 99).

Dicha guerra se entiende como un proceso ubicado dentro de los años de 1964 y 1985 que se “caracterizó por el enfrentamiento de los cuerpos de seguridad del Estado mexicano con diversas organizaciones político-militares y sus simpatizantes”(Mireles, et. al., p. 7).

La respuesta de las autoridades estatales se colocó en la conocida frase “fuego contra fuego” al desplegarse una alta cantidad de represión de las fuerzas públicas desarrollando un *modus operandi* o, como refieren algunos autores, un “circuito” contra los miembros de los distintos grupos de alzamiento.

Dicho circuito consistió en tres momentos: aprehensión, detención y definición final. La desaparición forzada iniciaba con la identificación y captura de presuntos disidentes por fuerzas estatales, seguida de su detención en una “zona gris” fuera del marco legal, donde eran sometidos a tortura para obtener información. Este periodo podía extenderse días, meses e incluso años. Finalmente, las autoridades decidían su destino: su presentación ante instancias judiciales o su ejecución. Mientras no existiesen pruebas en contrario, los desaparecidos debían considerarse vivos (Mireles, et. al., 2021, p. 9).

Por otro lado, aun cuando se tiende a relacionar la guerra sucia con la década de 1970, la estrategia empleada y en consiguiente, la desaparición de personas, ha estado presente en varios periodos de la historia de México que se extienden a la actualidad lo que conlleva a decir que tampoco se ha superado este ilícito.

De acuerdo con el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPDNO), hasta la fecha se reporta un total de 121,802 personas desaparecidas y no localizadas. De esta cifra, 111,396 personas (equivalente al 91.46%) se encuentran clasificadas exclusivamente como “desaparecidas”(RNPDNO, 2025).

El cambio que podríamos notar respecto a la “guerra sucia” partiría de la circunstancia que ha motivado a las desapariciones recientemente y que se revela como el acontecimiento que más ha afectado a la población mexicana en las últimas décadas: el narcotráfico.

La transición de la “guerra sucia” a la “guerra contra el narco” marcó un punto de inflexión en la estrategia de seguridad en México. Durante el sexenio de Felipe Calderón, el gobierno declaró un enfrentamiento directo contra los grupos criminales con el argumento de salvaguardar la seguridad nacional. Tal marco de actuación se extendió a los gobiernos posteriores, tal como lo fue el de Enrique Peña Nieto en donde lejos de debilitar al crimen organizado, la violencia y las violaciones a los derechos humanos, las actuaciones estatales las intensificaron, dejando episodios como la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, lo que suscitó dudas sobre las verdaderas intenciones de la política de militarización².

Aunado a esto, el cambio de administración y aparente ideología política no ha significado una repercusión positiva en las desapariciones forzadas. Esto es así ya que la transición marcada por el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, en donde se optó por una estrategia de seguridad basada en el lema de “abrazos, no balazos”³, del cual también parece ser el asumido por el de la nueva presidenta del país, fuera de disminuir estos altercados, los han elevado. De los 467 casos de desaparición forzada registrados entre 2007 y enero de 2023, 322 (69%) ocurrieron durante su mandato, lo

² El 26 de septiembre de 2014, 43 estudiantes de la Normal de Ayotzinapa fueron desaparecidos en Iguala, Guerrero. Investigaciones independientes han desmentido la versión oficial y señalado la implicación de autoridades y crimen organizado. El caso sigue impune y simboliza la crisis de derechos humanos en México.

³ Esta política se centra en un enfoque alternativo a la estrategia militarizada implementada en administraciones previas, ya que su premisa central fue dejar de lado la violencia y abocarse a atender causas estructurales de ésta mediante políticas sociales y económicas que redujeran la desigualdad.

que evidencia la continuidad de esta grave problemática y la ineeficacia de las políticas implementadas (Pérez, 2023).

En lo que respecta al ámbito legal, como medidas para socavar esta situación, al igual que en el caso de Perú, el desarrollo normativo no ha implicado una transformación sustantiva. Incluso con la promulgación de una legislación especializada -como la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, que supera el enfoque restrictivo de una tipificación contenida únicamente en el Código Penal-, así como la ratificación de la CIDF, no se ha logrado erradicar efectivamente la prevalencia del delito.

Esto ha provocado, fuera del marco de implicaciones jurídicas, a reconceptualizar el plano cultural. Tomando como base nuevamente el representativo caso de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, donde la percepción social se ubica en lo que Gravante (2018) ha catalogado como un “trauma cultural colectivo” entendido como el *shock* y miedo que la sociedad mexicana sufre por estar bajo una sensación de constante peligro (p. 18).

Lara y Rodríguez (2024) analizan esto de manera más general, estableciendo que estas prácticas violentas actúan como mensajes que van dirigidos más allá de los familiares y círculos sociales cercanos, ya que también alcanzan a la población. Escribiendo lecciones de percepción de que cualquiera puede ser desaparecido en cualquier momento. Se profundiza con esto un dolor emocional y físico que conjunta un duelo truncado, es decir, irresuelto o suspendido (pp. 92-108).

De este modo, se puede afirmar que el entramado social, jurídico y cultural en el que se inscribe la desaparición forzada en Perú y México refleja una notoria insuficiencia de las políticas internas para contrarrestar la desestructuración social que este delito ha ocasionado. Ante la ineeficacia del Estado para abordar estas

circunstancias, el derecho internacional emerge como último recurso y fuente de esperanza, especialmente a través de instancias como la CoIDH bajo el entendimiento que se atiende a continuación.

IV. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONTRA PERÚ Y MÉXICO EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA

El contexto expuesto, demarcado por la perduración de los efectos y falta de respuesta efectiva por los Estados, ha propiciado la intervención de instancias internacionales, destacando -como se indicó al inicio- la participación de la CoIDH. Esta intervención se ha robustecido conforme a la evolución de sus facultades contenciosas y ha derivado, a partir de su reiterada actuación en la materia, en la consolidación de una “perspectiva comprensiva de la plurifensividad de los derechos afectados y del carácter permanente de la figura de la desaparición forzada de personas” (Ferrer y Góngora, 2020, p. 45).

En este sentido, la CoIDH se consolida como el órgano que ha establecido las bases para la conceptualización jurídica de la desaparición forzada como una violación múltiple, compleja y continuada de diversos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Tal configuración comenzó nada más que con su primera sentencia, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la cual resultó decisiva en la construcción doctrinal y jurisprudencial de las obligaciones estatales y de los elementos constitutivos de esta figura (Ferrer, 2014, p. 49), lo cual no resultó ajeno a los Estados de Perú y México pues, además de entenderse criterio en ambos países sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana independientemente de a quien vaya dirigida la sentencia, terminaron ser estos países el complemento a lo que la responsabilidad estatal por desaparición forzada significa, esto por haberse dictado múltiples sentencias en su contra.

Es aquí donde entra el cuestionamiento central de este estudio relativo al cambio que estas decisiones internacionales han tenido en el marco del derecho y reparación de víctimas, ya que en reitero de que la CoIDH figura ser el anhelo de encontrar finalmente justicia, su efectividad se vuelve imprescindible.

Para comprender tal efectividad es menester afocarnos en las medidas reparatorias impuestas en cada una de las sentencias condenatorias para posteriormente valorar, acorde las resoluciones de supervisión de cumplimiento, el estatus en que se encuentran completadas.

En virtud de lo anterior, partimos de identificar cuáles son las sentencias en la materia en cada uno de los Estados. Siendo que, en seguimiento al orden cronológico en que se emitieron, son las siguientes:

- Perú: Caso Castillo Páez; Caso Durand y Ugarte; Caso Gómez Palomino; Caso La Cantuta; Caso Osorio Rivera y familiares; Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara; Caso Tenorio Roca y otros; Caso Munárriz Escobar y otros; y Caso Terrones Silva y otros⁴.
- México: Caso Radilla Pacheco; Caso Alvarado Espinoza y otros; y Caso González Méndez y otros.

Ahora bien, con el objetivo de presentar una información más ordenada y, en consecuencia, comprensible, se opta inicialmente por identificar las medidas de reparación previstas en las sentencias dictadas contra Perú, para posteriormente hacer lo mismo con el Estado mexicano. En tal sentido dichas medidas, no limitadas a una

⁴ Cabe mencionar que en el Caso Cayara, pese a abordarse el tema de la desaparición forzada, no se dictaron medidas reparatorias ante la acreditación de una excepción preliminar, por esa razón se ha optado por no incluirla en la lista.

sola resolución, sino halladas en la totalidad de jurisprudencia en la materia, son las siguientes:

1. Pago de gastos y costas; 2. Pago del daño material; 3. Pago del daño moral; 4. Investigación y/o identificación y sanción de los responsables; 5. Investigación y/o identificación del paradero de las personas desaparecidas o sus restos mortales; 6. Publicación de la sentencia en sus respectivas modalidades (en el periódico o medio de comunicación respectivo, incluyéndose, según corresponda, un perdón público); 7. Prestación de atención médica, psicológica y/o psiquiátrica a las víctimas; 8. Ofrecimiento de servicio de educación a los familiares indicados; 9. Construcción de un monumento conmemorativo; 10. Realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional; 11. Reintegración al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la ColIDH; 12. Reforma o inaplicación de leyes locales contrarias a la convención; 13. Capacitación a las Fuerzas Armadas, policía y/o demás autoridades en materia de derechos humanos y/o derecho internacional humanitario; 14. Cumplimiento de determinadas sentencias emitidas por tribunales nacionales; 15. Instar un procedimiento para ratificar Tratados Internacionales; 16. Anunciamiento, a través de medios de comunicación, de la búsqueda de las personas desaparecidas señaladas; 17. Colocación de una placa conmemorativa en un lugar público; 18. Suspender la aprobación de un indulto o una ley; y 19. Entrega de viviendas y alpacas.

Enlistadas las medidas, se procede a mostrar el análisis realizado sobre las mismas para entender el cumplimiento que han tenido. Para ello, se comprenden todas las sentencias de supervisión de cumplimiento con respecto a su correlativa sentencia condenatoria. Se esquematiza en la siguiente tabla:

Tabla 1

Cumplimiento de medidas reparatorias en casos de Desaparición Forzada en Perú

Sentencia	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Castillo Páez	✓	✓	✓	✓	X														
Durand y Ugarte		✓		X	X	X	X												
Gómez Palomino	X	X	X	X	✓	✓	X	X											
La Cantuta	X	X	X	X	X	X	X		✓	✓			X	X				X	
Anzualdo Castro	X	X	X	X	X	X	X			✓		✓	X					X	
Osorio Rivera y familiares	X	X	X	X	X	✓	X	X		✓	✓	✓	X						
Comunidad Campesina de Santa Bárbara	X	X	X	X	X	✓	X			✓								X	
Tenorio Roca y otros	X	X	X	X	X	✓	X	X		✓	✓	✓							
Munárriz Escobar y otros	X	X	X	X	X	✓	X			✓	✓								
Terrones Silva	X	X	X	X	X	✓	X			X	✓			X				X	

Nota. Los números de cada columna representan las medidas reparatorias específicas que se enlistaron en el párrafo anterior. La “✓” indica que la medida reparatoria ha sido satisfecha. La “X” significa que la medida aún no ha sido cumplida o lo ha sido parcialmente.

Sigamos ahora con el Estado mexicano. Las medidas reparatorias halladas en sus sentencias condenatorias son las siguientes: 1. Pago de gastos y costas; 2. Pago del daño material; 3. Pago del daño moral; 4. Investigación y/o identificación y sanción de los responsables; 5. Investigación y/o identificación del paradero de las personas desaparecidas o sus restos mortales; 6. Reforma a la legislación interna; 7. Publicación de la sentencia, en sus respectivas modalidades; 8. Establecimiento de los límites a la jurisdicción penal e implementación de programas de formación sobre investigación y juzgamiento de la desaparición forzada, y jurisprudencia de la CoIDH; 9. Realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; 10. Realización de una semblanza de la víctima; 11. Prestación de atención médica, psicológica y/o psiquiátrica; 12. Otorgamiento de apoyos educativos a las víctimas; 13. Denominar una sala de una Facultad universitaria en favor de la víctima; 14. Creación de un registro único y actualizado de personas desaparecidas; 15. Pago de gastos por atención psicológica y psiquiátrica; 16. Reintegración al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la CoIDH; 17. Inclusión de programas destinados a reparar el proyecto de vida de las víctimas; 18. Medidas para proteger la vida y la integridad a la luz de diagnósticos de riesgos; y 19. Brindar garantías de retorno o reubicación de víctimas.

Bajo la misma dinámica atendida en el caso de Perú, atendamos ahora la siguiente tabla respecto a México:

Tabla 2

Cumplimiento de medidas reparatorias en casos de Desaparición Forzada en México

Sentencia	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Radilla Pacheco ^{5 6}	✓	✓	✓	X	X	X	✓	✓	✓	✓									
Alvarado Espinoza y otros	✓	X	X	X	X		✓	X	X		X			X	✓	✓	X	X	
González Méndez y otros ⁷	X	X	X	X	X		X	X		X	X	X	X						

Nota. Los números de cada columna representan las medidas reparatorias específicas que se enlistaron en el párrafo anterior. La “✓” indica que la medida reparatoria ha sido satisfecha. La “X” significa que la medida aún no ha sido cumplida o lo ha sido parcialmente.

De los resultados vertidos, llega a ser notorio, mayoritariamente hablando, el incumplimiento de los Estados respecto a las medidas reparatorias que la CoIDH impuso sobre éstos. En una comparativa, pese a México encontrar menor cantidad de resoluciones en su contra, no ha implicado una mejor atención respecto a Perú que cuenta con siete sentencias condenatorias extras. Un hecho desalentador para el

⁵ Cabe decir que, si bien ha habido reformas a la legislación militar, sigue pendiente, de conformidad con la revisión hecha por la CoIDH el 24 de junio de 2022, adecuar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales. Esta disposición aún permite la intervención de la jurisdicción castrense en casos que deberían ser competencia del fuero civil, lo cual impide determinar el cumplimiento íntegro de la medida reparatoria.

⁶ Asimismo, se destaca que en 2025 la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizará las omisiones en el Caso Radilla Pacheco, abordando, entre otros temas, el terrorismo de Estado.

⁷ Las revisiones al cumplimiento de esta sentencia aún están pendientes de realizarse, pues el informe del Estado deberá de presentarse en el año 2025, aproximadamente en el periodo de agosto-septiembre.

derecho internacional, que paulatinamente establece un estamento cruel: el derecho internacional de derechos humanos no interesa a Perú ni a México⁸.

Las explicaciones a esta aseveración no llegan categorizarse a un hecho de inobservancia nada más, sino que engloba cuestiones preocupantes al presenciarse acontecimientos donde el Estado ha decidido confrontar directamente los pronunciamientos de la Coidh que textualmente en sus resoluciones habría ordenado la no realización de un determinado acto en un momento racionalmente atendible. Revisemos esta asimilación en el siguiente apartado.

V. PROMESAS EN EL VIENTO: LA FRAGILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA

La exposición de las medidas de reparación no cumplidas, que son previstas en el enlistado de sentencias contra los Estados, advierte tomar preocupaciones que, como se ha comentado, no deben centrarse en una simple inatención, sino a un quebrantamiento al efecto “catalizador” que autores refieren sobre el derecho internacional e interamericano en donde se ven a las decisiones del tribunal regional “como impulsoras de cambios no sólo legislativos, sino institucionales, sociales e incluso políticos” (Quintana, 2017, pp. 93-94). En realidad, estaríamos ante un efecto “evaporador” pues lejos de que las sentencias permeen en el orden estatal, se disuelven en la indiferencia institucional, la inercia gubernamental y la confrontación directa a mandamientos del Tribunal Supranacional.

Hablamos de encontrar una postura indistinta a los propósitos que allegan la firma de la CADH y el reconocimiento del Tribunal Supranacional, como si se tratase

⁸ Revísese los casos archivados por supervisión de cumplimiento de la Coidh. De las más de 100 sentencias contra Perú, únicamente se han tenido por cumplidos plenamente 3. Por cuanto hace a México, de las 18 resoluciones en su contra, solamente se ha archivado 1.

de decir que las posturas de este ente no tienen peso o no importan, pues el interés político y la envergadura legislativa que cubre dicho interés son los que predominan aun cuando se refleje de manera expresa una violación de derechos humanos. La discrecionalidad del Estado queda por encima de su responsabilidad estatal.

Resulta, por tanto, esencial examinar estos ejemplos en detalle para comprender por qué la jurisprudencia de la CoIDH no ha logrado una incidencia plena en los sistemas jurídicos nacionales en esta materia. A partir de este análisis, se podrán extraer reflexiones más amplias sobre los desafíos estructurales que persisten en la implementación de las obligaciones internacionales.

De igual manera, cabe advertir, que si bien cada país presenta particularidades que justifican un tratamiento diferenciado de su nivel de cumplimiento, las deficiencias en la ejecución de las sentencias de la CoIDH que se mostrarán no son exclusivas de uno u otro Estado. En realidad, las omisiones en la reparación de las víctimas y la falta de implementación efectiva de las medidas ordenadas evidencian patrones estructurales de desentendimiento frente a los compromisos asumidos.

1. LA DESCONEXIÓN ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL ESTADO PERUANO EN LAS REPARACIONES VICTIMALES

Para iniciar con esta exemplificación de indiferencia estatal, para el caso peruano, no hay mejor caso que el de La Cantuta pues a diferencia de las otras sentencias, representa un momento decisivo en el apartado de la inobservancia a los mandamientos interamericanos al haber intensificado una vulneración de los derechos humanos de las víctimas y evidenciar cómo la falta de compromiso con las responsabilidades internacionales no solo perpetúa la impunidad, sino que puede sentar un preocupante precedente de desinterés estatal a sujetarse a las obligaciones derivadas del derecho internacional protector de derechos humanos.

La sentencia había establecido como medida reparatoria el imperante de realizar todas las diligencias debidas para completar eficazmente, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos incoados en la jurisdicción penal común, para determinar la responsabilidad de los autores de los hechos cometidos en perjuicio de las víctimas de desaparición forzada (CoIDH, 2006, p. 116).

Con relación a esto, se señala que el contexto en que se desenvolvió tal caso fue durante el mandato del expresidente Alberto Fujimori, quien posteriormente fue señalado como uno de los responsables de las desapariciones cometidas a los particulares siendo consecuentemente condenado penalmente, y no sólo por la desaparición forzada de un profesor y nueve estudiantes de La Cantuta, sino también por la masacre de quince personas en Barrios Altos, la ejecución de civiles, y el secuestro del empresario Gustavo Gorriti y el periodista Samuel Dyer (CIDH, 2023).

El acontecimiento relevante fue que el Tribunal Constitucional del Perú, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, ordenó, a través de la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS del 24 de diciembre de 2017, la liberación inmediata del expresidente basándose en un indulto presidencial concedido en 2017 “por razones humanitarias” el cual tuvo en consideración el estado grave de salud del exgobernante, así como una política de reconciliación⁹.

Ante tal situación, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, a partir de un control de convencionalidad, determinó dejar sin efectos dicho indulto por ser contrario a las obligaciones internacionales, ordenando la recaptura de Alberto Fujimori, sin embargo, poco más se pudo hacer debido a que el Tribunal Constitucional

⁹ La política de reconciliación es entendida como aquellas acciones implementadas por un Estado para restablecer la paz y la convivencia después de conflictos políticos, sociales o violaciones graves de derechos humanos.

dispuso restituir los efectos del indulto argumentando que la Sala carecía de competencia, “pues las normas sobre las que se ha justificado el control de convencionalidad efectuado [...] solo otorgan competencias de juzgamiento y no sobre la ejecución de la condena” (CoIDH, 2022, p. 12).

La CoIDH ordenó al Estado, dentro de la revisión realizada sobre la sentencia condenatoria de fecha 30 de abril de 2018, a abstenerse de ejecutar el indulto por contravenir las medidas impuestas en la resolución de la Cantuta y Barrios Altos, y ser un acto violatorio a los derechos de las víctimas bajo la vertiente a tener un acceso efectivo a la justicia. El Estado peruano tuvo una respuesta negativa ante los mandamientos dictados por el Tribunal Interamericano pues Alberto Fujimori siguió en libertad hasta su fallecimiento el 11 de septiembre de 2024.

Lo expuesto evidenció un incumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción a la CADH y del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH. La justificación del expresidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) para conceder un indulto en aras de la “reconciliación” resulta insostenible, ya que, dentro de las interpretaciones sobre las obligaciones que asumen los Estados al firmar y ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, existen principios que prohíben condicionar el cumplimiento de las responsabilidades internacionales por medidas de reconciliación que favorezcan la impunidad¹⁰ (Herencia, 2018, p. 143). Sumado a que el actuar del Tribunal Constitucional reflejó una falta de preocupación por el cumplimiento de los mandamientos internacionales, favoreciendo una ausencia de diálogo entre los jueces nacionales y las autoridades internacionales (Serranò, 2022, p. 111).

¹⁰ Véase los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (*pacta sunt servanda*).

Esto no queda solamente aquí, la intensificación de esta desidia se extiende a la actualidad con la aprobación de la Ley N.º 6951/2023-CR que dispone la prescripción de los crímenes de lesa humanidad perpetrados en el Perú pese a que previamente la CoIDH había requerido al Estado dejar sin efecto dicho proyecto de ley por perpetrar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (CoIDH, 2024, p. 31).

El Estado, arquitecto de su propio destino, ha erosionado los cimientos de la justicia que prometió sostener. Al reconocer la CADH y la CoIDH, juró construir un refugio para la verdad, pero con el indulto disfrazado de “reconciliación” y la aprobación de la Ley N.º 6951/2023-CR, ha dejado que la impunidad lo consuma. La falta de diálogo con la justicia internacional no es un descuido, sino un acto deliberado de indolencia.

Con base en lo expuesto, ya no se trata únicamente de una desatención parcial a las sentencias y sus medidas reparatorias, sino de la acumulación de factores que generan un “eco vacío”, donde las resoluciones, como se ha inferido, parecen resonar sin respuesta en un diálogo cada vez más unilateral.

¿Qué papel juega verdaderamente la CoIDH con sus pronunciamientos en este tipo de asuntos? No ha existido una atención formal y rigurosa a la actividad internacional dentro del ámbito estatal peruano. Esta omisión no se limita únicamente a los hechos del caso La Cantuta que, como se ha señalado, es sólo un ejemplo representativo de una tendencia más amplia en el incumplimiento de las obligaciones internacionales. No estamos ante un caso aislado ni excepcional, sino frente a un patrón sistemático de indiferencia hacia el marco interamericano, evidenciado en múltiples resoluciones que han sido ignoradas o minimizadas.

Véase que dentro de la última supervisión de cumplimiento al caso Castillo Páez, la CoIDH estableció que el Estado peruano no mandó los informes estatales sobre el cumplimiento de las medidas reparatorias en tres ocasiones:

Las notas de la Secretaría de 15 de febrero y 24 de mayo de 2012, mediante las cuales, luego de vencido el plazo otorgado al Estado, se solicitó al Perú la remisión de un informe estatal a la mayor brevedad, y la nota de la Secretaría de 8 de abril de 2013, mediante la cual se reiteró al Perú la remisión de un informe estatal, a más tardar el 10 de junio de 2013. Finalmente, la nota de la Secretaría 20 de agosto de 2013, mediante la cual, entre otros, se solicitó nuevamente al Estado la remisión de un informe estatal a más tardar el 21 de octubre de 2013. El Estado no presentó la información solicitada. (CoIDH, 2013, p. 2)

Por cuanto hace al Caso Gómez Palomino, sus medidas reparatorias, fenecían como la forma para confrontar la ola de desaparecidos durante el periodo de 1980 y 2000 al establecerse la obligación de reformar el artículo 320 del Código Penal peruano en la medida de que el mismo exigía que el delito de desaparición forzada estuviese “debidamente comprobado” y solamente consideraba como sujeto activo al funcionario público y no a los particulares que actuaban con aquiescencia del Estado, previsiones que contravenían el artículo segundo de la CADH (CoIDH, 2005, p. 34).

La sentencia fue emitida durante el año de 2005, sin embargo, tal como lo refiere la abogada Cano (2020), tuvieron que pasar casi doce años desde la emisión de la sentencia y varias resoluciones de supervisión de cumplimiento para que el Estado peruano cumpliese completamente la orden de reforma. Fue en enero de 2017 que se modificó la legislación en los términos exigidos por la convencionalidad (p. 476).

En la resolución del caso Osorio Rivera, se evidenció la deficiencia en la investigación, el enjuiciamiento y la sanción, debido a que los tribunales responsables de ejecutar la medida reparatoria de investigación y castigo no sólo dilataron la tramitación del asunto, sino que, a pesar de haberse desarrollado la indagación en tres etapas, solo se logró procesar a una persona, Tello Delgado, quien finalmente fue absuelto. Esto, en palabras de Castañeda (2019), demuestra una falta de debida diligencia y exhaustividad en el proceso (p. 32).

En el caso Azulado Castro vs. Perú la suerte de las víctimas tampoco fue buena. La publicación de la sentencia se dio el 22 de septiembre de 2009 y en la misma se señaló la obligación de presentar un informe sobre los avances del cumplimiento para el mes de octubre del 2010. El Estado no presentó información alguna al respecto en la fecha señalada, generando la persistencia de la no reparación del daño ocasionado a las víctimas y dándose notas de grupos defensores de derechos humanos, como lo fue el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en 2013, que aducían un cumplimiento nulo de las medidas pese a haber transcurrido más de 3 años desde la publicación de la sentencia; circunstancia que sigue parcialmente igual en la actualidad, ya que como se ha revisado, el caso mantiene mayoritariamente medidas pendientes por atenderse y en realidad algunas de ellas no constituyen acciones objetivamente complejas, tales como publicar la sentencia en los medios indicados o brindar atención psicológica a las víctimas indirectas.

Estos y otros asuntos más, sin pasar de largo lo ya expuesto sobre la constante omisión de no reparar monetariamente a las víctimas por los daños morales y materiales ocasionados¹¹, evidencian la falta de seriedad que llega a tener la justicia

¹¹ Véase la tabla: Cumplimiento de medidas reparatorias en casos de Desaparición Forzada en Perú ubicada en el presente artículo.

internacional en el Estado del Perú. Existe un alarmante desinterés en el cumplimiento de los deberes internacionales que diluye el impacto que se le da a las resoluciones del Tribunal Supranacional.

Este panorama invita a reflexionar sobre las razones por las que esto sucede, sin embargo, previo a pasar a atender tal consideración, contemplemos primeramente el escenario que México guarda sobre el cumplimiento de las medidas reparatorias en casos individuales con el fin de no sólo abordar la comparativa prometida, sino que también con el objetivo de ir llegando a un punto común entre las deficiencias internacionales de estos dos países que permitan fomentar, tal como se decía en la introducción, propuestas que fortalezcan el marco internacional en las sedes internas.

2. IMPUNIDAD Y MILITARIZACIÓN: LA INDIFERENCIA MEXICANA FRENTE A LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Sobre las sentencias en materia de desaparición forzada en México, tomando como base la tabla presentada que ilustra únicamente tres casos, se identifica una constante de que al Estado mexicano no le representa problema alguno desembolsar dinero para el pago de las medidas reparatorias onerosas. Tal es así, que no pasó mucho para que el gobierno mexicano, respecto a la última sentencia dictada en su contra (González Méndez) en agosto de 2024, diera a la familia de la víctima directa, en ese mismo año, una compensación de 1,3 millones de pesos (Guillén, 2024).

Si bien esto podría interpretarse como un avance, la tendencia a ejecutar únicamente aquellas medidas de carácter económico revela una estrategia orientada a reducir la presión mediática en lugar de generar un impacto estructural. El Estado mexicano parece justificar su compromiso internacional mediante la entrega de indemnizaciones, dejando de lado medidas más profundas que abordarían las causas estructurales de la desaparición forzada y fortalecerían el Estado de derecho. Como

reflejan las cifras, estos delitos no solo persisten, sino que continúan en aumento, situando a México como el país de Latinoamérica con el mayor número de casos de desaparición forzada, mientras otras obligaciones impuestas en las sentencias siguen sin atenderse (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2024).

Esto encuadra en lo dicho Bertoni (2016) referente a que las medidas cumplidas son por regla las de naturaleza económica o simbólica, sin embargo, “se mantienen brechas importantes en reparaciones no pecuniarias como reformas legales e investigación y sanción a trasgresores de violaciones a derechos humanos” (citado por López, p. 217).

De lo dicho, véase el caso Radilla Pacheco, en el cual se había condenado a tener que adecuar la legislación nacional a la CADH. Específicamente se habla de la exigencia de tener que reformar el artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar en razón a que el mismo facultaba a los tribunales militares poder conocer de aquellos asuntos en donde los cuerpos castrenses hubiesen violado derechos humanos, lo cual, en términos de la CoIDH eso constituía un impedimento “de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado”, en otras palabras, se acreditaba la violación de derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH (Góngora, 2015).

Lo anterior, focalizado en la garantía del principio de imparcialidad que asiste a los jueces al conocer asuntos, independientemente que no sean del Poder Judicial, en los siguientes términos:

[S]us integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías, suficientes de

inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. (CoIDH, 2005, p. 78)

Tal exigencia fue supuestamente acatada por el Ejecutivo federal al someter al Congreso de la Unión diversa iniciativa de reforma que incluía las modificaciones al artículo 57 en la cual se excluía del fuero militar los delitos de desaparición forzada, violación y tortura.

Esta acción fue considerada por la CoIDH, en la supervisión de sentencia realizada el 19 de mayo de 2011, incompleta pues la exigencia de la resolución condenatoria constituía en una modificación para evitar que la jurisdicción militar se actualizase ante cualquier previsto de violación de derechos humanos, no solamente en unos cuantos casos; sumado a que se reiteraba que el fuero militar solamente puede juzgar delitos o faltas cometidos por militares activos que atenten contra bienes jurídicos exclusivamente del orden militar (CoIDH, 2011, párr. 19).

Bajo este razonamiento, el 13 de junio de 2014, el Estado mexicano publicó un decreto de reforma a diversos cuerpos normativos, incluido el Código de Justicia Militar y su artículo 57. Sin embargo, la reforma resultó insuficiente, pues la CoIDH siguió considerando su cumplimiento como parcial al seguir inexistiendo una garantía sobre la exclusión de la jurisdicción militar en casos de violaciones a derechos humanos cometidas por las fuerzas armadas contra civiles (CoIDH, 2022).

Han transcurrido casi dieciséis años y seis supervisiones de cumplimiento, y la medida sigue sin ejecutarse plenamente. Esto no sólo evidencia una falta de eficacia legislativa, sino que también refleja la persistencia de violaciones a los derechos humanos. Durante este periodo, el fuero militar ha seguido conociendo casos de

vulneraciones distintas a la desaparición forzada, la violencia sexual y la tortura, lo cual presupone que se ha seguido perpetuando un esquema de impunidad¹².

Por otro lado, dentro del caso Alvarado Espinoza, siguiendo la línea prevista en la reiterada tabla de supervisión, referimos la falta de cumplimiento de seis de las diez medidas de reparación establecidas por la CoIDH.

Aunado a ello, guarda especial relevancia la resolución emitida el 27 de noviembre de 2024 sobre una solicitud de medidas provisionales y la supervisión de cumplimiento de sentencia, en el sentido de que las precisiones establecidas en la revisión vienen a colocarse como un caso semejante a lo ocurrido dentro del contexto de cumplimiento del caso La Cantuta por cuanto hace a los efectos de las actuaciones realizadas por autoridades estatales que pudieran generar una irreparabilidad en el daño de las víctimas y una afectación directa a los estándares fijados en la sentencia condenatoria.

La CoIDH había recibido una solicitud para que emitiese medidas provisionales que impidieran la publicación y, en su caso, dejar sin efectos una reforma constitucional a los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en materia de Guardia Nacional¹³. El motivo de esta solicitud contra la reforma, que ya se encuentra

¹² Entre 2009 y 2015, el control de convencionalidad aún no se había adoptado plenamente, lo que permitió que los jueces militares continuaran conociendo casos de violaciones a derechos humanos. Aunque el expediente Varios 912/2010 (resuelto en 2014) estableció este deber para todas las autoridades judiciales, su implementación efectiva tardó cerca de cinco años desde la sentencia en Radilla Pacheco, lo que favoreció la persistencia de un marco normativo contrario a las disposiciones internacionales.

¹³ Véase el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional de fecha 30 de septiembre de 2024.

como derecho vigente, deriva de que a esta institución se le eliminó su carácter civil y se le extendió su fuero al militar, sin dejar de lado que, dentro de otra reforma¹⁴, también se le concedió la facultad de investigar delitos.

Los representantes de las víctimas adujeron que tal decisión legislativa violenta de forma crítica los estándares desarrollados en los párrafos 182 y 183 de la sentencia en cuestión en cuanto hace a:

[...] la excepcionalidad de la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad ciudadana, las cuales por regla general deben estar primariamente reservadas a los cuerpos policiales civiles y los estándares relativos a que las denuncias de violaciones a derechos humanos deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria y no la militar. (Coidh, 2024, p. 3)

Sin dejar de lado la declaración de que la implementación de tal reforma complicaría más el cumplimiento de las medidas reparatorias, enfáticamente a la investigación de los hechos, la búsqueda de las víctimas desaparecidas y la protección de las víctimas indirectas y su eventual retorno.

Ahora bien, pasaría desapercibida esta circunstancia en el desarrollo en cuestión si no fuera que la Coidh determinó, derivado de la imposibilidad de decretar medidas provisionales en razón a que la reforma ya fue publicada, la fijación de una audiencia pública para marzo del 2025 junto al Estado mexicano con el objeto de revisar el cumplimiento de la sentencia tomando como referencia la existencia, *prima facie*, de que la reforma a la Guardia Nacional guarda relación con los estándares

¹⁴ Véase el Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de seguridad pública de fecha 31 de diciembre de 2024.

“desarrollados en la Sentencia en cuanto a la excepcionalidad de la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad ciudadana” (CoIDH, 2024, p. 5).

Lo anterior deja abierta la posibilidad de estar en presencia de una inminente determinación de incumplimiento a las responsabilidades internacionales que reforzarían el quebrantamiento entre la jurisprudencia interamericana y la responsabilidad estatal que una vez más, tomando en este caso el ámbito general de sentencias en contra de México¹⁵, ponen al Estado como un impasible a su compromiso frente a la CoIDH.

La probabilidad de que el Tribunal Supranacional determine una exigencia que ponga en “margen” a la reforma con los lineamientos internacionales, a nuestra perspectiva, es posible bajo los siguientes tres argumentos:

- Retroceso en materia de jurisdicción militar: La CoIDH, en el caso Alvarado Espinoza, había establecido de forma clara lo siguiente:

En relación con México, este Tribunal ha concluido que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. (CoIDH, 2019, p. 84).

¹⁵ Considérese que el Estado mexicano ha sido condenado en casos como Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, en los cuales se le ordenó reformar la Constitución Federal para eliminar la figura del arraigo y adecuar la prisión preventiva oficiosa a los estándares internacionales. Sin embargo, hasta la fecha, dichos mandamientos no han sido cumplidos; por el contrario, se ha profundizado la afectación a los derechos que se pretendían proteger, ya que recientes reformas han ampliado el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. Esta situación guarda similitud con el Caso Alvarado Espinoza, al evidenciar actos que desafían de manera directa los mandatos del Tribunal Interamericano.

Derivado de la reforma constitucional del 30 de septiembre de 2024, el artículo 21 de la Carta Magna previno que la naturaleza de la Guardia Nacional se sujetaría a los siguientes términos: “La Federación contará con la Guardia Nacional, fuerza de seguridad pública, profesional, de carácter permanente e integrada por personal militar con formación policial, dependiente de la secretaría del ramo de defensa nacional” (CPEUM, 1917, art. 21).

Asimismo, dentro del mismo precepto constitucional, se estableció en el primer párrafo que, junto al Ministerio Público, así como la secretaría del ramo de seguridad pública del Ejecutivo Federal y la policía, la Guardia Nacional tendría la facultad de realizar la investigación de delitos.

Ante tales previsiones, existen elementos suficientes para decir que la modificación constitucional en realidad guarda contradicciones en cierta medida con el mandato de la CoIDH; se está militarizando a un ente que conoce de asuntos civiles lo que propiciaría un exponencial riesgo a que la jurisdicción militar conozca de violaciones de derechos humanos cometidos por guardias nacionales.

- Impunidad en los delitos: La constitución de la Guardia Nacional como elemento de investigación de delitos genera un riesgo de que hechos de desaparición forzada queden impunes al preverse que históricamente son las fuerzas castrenses quienes son los principales autores de este tipo de delitos.

Que autoridades militares, las cuales generalmente son los responsables de ilícitos de desaparición forzada, estén al mando de las investigaciones, propicia la actualización de encubrimientos, fabricación de pruebas y obstaculización de la justicia, es decir, se está comprometiendo gravemente la independencia y objetividad de las indagatorias, circunstancia que la propia sentencia de Alvarado Espinoza se había encargado de tratar de la siguiente manera:

[E]l involucramiento de la jurisdicción militar en el desarrollo del caso implicó -además- una falta grave al deber de debida diligencia en las investigaciones criminales; pues al tratarse de autoridades que carecían de independencia e imparcialidad, las indagatorias y demás actuaciones realizadas por ellas -al haber sido realizadas con la expresa intención de determinar si existió participación de elementos militares en la desaparición y al haberse verificado en los primeros meses después de ésta- supusieron la pérdida de elementos de prueba valiosos, afectando con ello de forma relevante el desarrollo de las investigaciones. (CoIDH, 2019, pp. 84-85)

- No hay excepción a la militarización: En la sentencia en cuestión, la CoIDH ha reiterado que el uso de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública debe ser excepcional, subordinada, complementaria, regulada y fiscalizada a las autoridades civiles (CoIDH, 2019, p. 70).

Sin embargo, el precepto constitucional, que faculta a la Guardia Nacional como ente investigador, no establece una diferencia sustancial respecto a las funciones que tradicionalmente han desempeñado los cuerpos policiales en su labor de coadyuvancia con el Ministerio Público, siendo estos grupos los que por excelencia se encuentran en el esquema de actuación civil.

El precepto se limita a mencionar que las facultades de investigación de los entes citados se hará conforme al ámbito de su competencia, sin embargo, dentro de la ley de la Guardia Nacional, así como en la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, no se previene qué casos habrá de conocer esta institución.

Derivado a lo anterior, la falta de disposiciones que delimiten claramente la forma en que la Guardia Nacional debe intervenir en las investigaciones genera un escenario en el que su presencia en la vida cotidiana de la ciudadanía será constante e

ineludible. A esto se suma el despliegue masivo de estos cuerpos de seguridad en todo el territorio nacional¹⁶, lo cual refuerza la tendencia hacia una militarización permanente, fuera de lo excepcional y, por ende, inconvencional.

VI. MÁS ALLÁ DE LA NORMA: UNA EXPLICACIÓN TEÓRICA DEL INCUMPLIMIENTO ESTATAL

Atendiendo estos casos, que ejemplifican el desacato e ineffectividad de las resoluciones de la CoIDH, retomamos la cuestión planteada al inicio del subapartado anterior sobre los motivos por los que yace este incumplimiento a los mandamientos del Tribunal Supranacional.

Ocuparse de esta indagatoria inevitablemente implica un análisis con cierto grado de especulación, sustentado en una perspectiva doctrinaria. Esto se debe a que no existe, en términos formales, una deficiencia normativa que denote la inexistencia de un vínculo obligatorio entre las resoluciones de la CoIDH y la actuación de los Estados de Perú y México.

Ambos países han reconocido la competencia contenciosa de la CoIDH y, con ello, aceptan las obligaciones que de ella derivan. En consecuencia, este tribunal tiene la facultad de ordenar su cumplimiento tanto en aspectos *inter partes* como en aquellos con efectos *erga omnes*. Esta obligación se encuentra respaldada por los artículos 67 y 68 de la CADH, que establecen que los fallos de la CoIDH son “definitivos e inapelables” y que los Estados deben “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Rojas, 2015, pp. 71-72). Igualmente, cabe lugar el artículo 63 del

¹⁶ Según el gobierno de México los elementos de la Guardia Nacional ascienden a 108,182 desplegados en toda la República. Véase la siguiente nota: <https://www.economista.com.mx/politica/AMLO-21-estados-del-pais-tienen-mas-elementos-de-la-Guardia-Nacional-que-policias-estatales-20240625-0038.html#:~:text>

ordenamiento internacional citado, que regula la obligación estatal de responder a las medidas de reparación cuando se haya lesionado el goce de un derecho o libertad conculcados (citado por Barrera, 2018, p. 370).

Bajo esta premisa, se entiende el motivo por el cual la explicación del incumplimiento debe analizarse desde perspectivas teóricas que, si bien en un primer momento pueden parecer abstractas, encuentran sustento en la conducta observable de los Estados. En este sentido, revisemos dos teorías fundamentales que a nuestro criterio llegan a explicar el fenómeno de incumplimiento.

1. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Según Koskenniemi (2006), la fragmentación del derecho internacional es el resultado de la proliferación de normas, instituciones jurídicas y prácticas especializadas relativamente autónomas. Lo que antes era un derecho internacional generalizado, en este caso representado por la CADH y las sentencias de la CoIDH, se ha convertido en un ámbito dominado por sistemas jurídicos especializados que, en muchos casos, operan sin coordinación con el resto del ordenamiento jurídico internacional. Esto ha generado conflictos normativos, prácticas institucionales divergentes y la adopción de interpretaciones diferenciadas sobre los derechos humanos (p. 12).

En el contexto analizado, la fragmentación del derecho internacional es evidente en el manejo que Perú y México han dado a las sentencias de la CoIDH. En México, esta fragmentación se manifiesta en la próxima supervisión de la sentencia del caso Alvarado Espinoza, en la que se analizará la compatibilidad entre la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional con el cumplimiento de las previsiones y medidas adoptadas en el sentencia emitida.

Como se llegaba a comentar, dicha reforma ha reforzado el papel de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, a pesar de que la CoIDH ha establecido que la militarización de la seguridad civil constituye una vulneración de derechos como la integridad personal, la personalidad jurídica, la vida y la libertad personal.

Sin embargo, desde la perspectiva del Estado mexicano, la reforma tiene como objetivo fortalecer las capacidades institucionales para garantizar la seguridad ciudadana y la vigencia del Estado de derecho, así como el goce efectivo de los derechos humanos en su territorio (Cámara de Diputados, 2024, p. 1). Así, se presenta una interpretación distinta del mismo derecho, en la que la “seguridad pública” y la “estabilidad del Estado” prevalecen sobre las restricciones impuestas por la CoIDH en materia de participación militar.

En Perú, la fragmentación del derecho internacional se evidenció con el indulto concedido a Alberto Fujimori por razones humanitarias. En su resolución de supervisión del caso La Cantuta, la CoIDH determinó que el cumplimiento de una pena impuesta a responsables de graves violaciones de derechos humanos forma parte integral del derecho de las víctimas y sus familiares al acceso a la justicia. Por tanto, prohibió la concesión de beneficios indebidos que pudieran derivar en impunidad (CoIDH, 2022, p. 7).

No obstante, el Estado peruano interpretó la situación desde una óptica diferente, priorizando la protección del derecho a la salud del expresidente y argumentando que el indulto serviría como un mecanismo para la reconciliación nacional. Así, se configuró otro ejemplo de fragmentación, en el que las normas internacionales sobre justicia transicional fueron desplazadas por consideraciones de política interna con base en una noción distinta de los derechos que se habrían de privilegiar en una ponderación.

2. LA CRISIS DE LA LEGITIMIDAD INTERNACIONAL: SOBERANÍA NACIONAL

Nico Krisch, reconocido como uno de los principales teóricos del Derecho Administrativo Global, ha desarrollado una tesis fundamental que puede ser vinculante para comprender algunas de las razones por las cuales el Estado adopta una postura reticente frente a los lineamientos internacionales adversos a su actuación.

En su obra *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, sostiene que el Derecho Internacional enfrenta una crisis de legitimidad, pues su fundamento ya no resulta idóneo “para la tarea”, al haberse tornado, aparentemente, “demasiado formalista y antidemocrático” en la medida de que el Derecho Internacional ha buscado despojar al derecho interno de su “ancla paradigmática”, es decir, del principio rector que estructura el ordenamiento jurídico nacional (citado en Pauwelyn, 2013, p. 575)¹⁷.

A partir de ello, el Estado, inmerso en la idea de soberanía y, por consiguiente, tener que ser la última palabra en todas las decisiones que se adopten en el marco interno, se ve instado a desatender las resoluciones que llegan a interferir mayoritariamente con sus intereses políticos, fomentando un debate constitucional sobre qué fuerza realmente llega a tener el derecho internacional, ya que ante la

¹⁷ A manera de ampliar la ejemplificación de esta postura con criterios recientes, se trae a colación el adoptado por el Máximo Tribunal mexicano en la Tesis P.J. 2/2025, donde si bien se reconoce la relevancia jurídica de las opiniones consultivas de la CoIDH, se niega su carácter vinculante, privilegiando la normatividad interna. Esta decisión refleja la tensión que Krisch señala en torno a la crisis de legitimidad del derecho internacional: una interpretación formalista que limita el uso de herramientas externas más protectoras, reafirma el anclaje del derecho interno y subordina la voz internacional, aun cuando ésta podría fortalecer la respuesta del Estado. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO SON JURÍDICAMENTE VINCULANTES PARA LAS PERSONAS JUZGADORAS MEXICANAS, PERO GOZAN DE RELEVANCIA JURÍDICA. Tesis [J.]: P.J. 2/2025, Semanario judicial de la Federación, Undécima Época. Reg. digital 2030517

contradicción que existe entre éste con los criterios y normas que sostengan la ideología del gobierno en turno, se termina privilegiando a la sede interna pese a que llegue a implicar esto una vulneración de derechos humanos. La jurisprudencia de la CoIDH, pese a constituir un incipiente esfuerzo de lograr cambiar los problemas que aquejan a las sociedades, “se ven obstaculizados por gobiernos prepotentes o por los intereses de los países potencia” (Ramírez, 2015, p. 69).

En atención a este panorama, pasemos a revisar algunas alternativas que pudieran solventar la problemática marcada, fomentando una reconciliación entre los Estados y la CoIDH en el apartado de responsabilidad internacional.

VII. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

Por último, resulta imprescindible que una investigación sobre la ineeficacia en el cumplimiento de sentencias de la CoIDH incluya propuestas que superen las omisiones sistemáticas y la falta de voluntad política. El análisis se enriquece al acompañarse de una reflexión propositiva que aborde las barreras estructurales que impiden la implementación efectiva de las decisiones del Tribunal.

Por ello, en este apartado se presentan propuestas que buscan crear un escenario en el que la reparación de las víctimas no dependa únicamente de la intervención internacional, sino también de una transformación interna respaldada por el compromiso estatal con los derechos humanos.

1. MULTA POR DÍA DE INCUMPLIMIENTO

Cuando el cumplimiento de las sentencias de la CoIDH enfrenta obstáculos, el derecho comparado puede ofrecer soluciones valiosas. Un análisis contrastivo con otros tribunales de naturaleza similar, pero con mayor eficacia en la ejecución de sus resoluciones, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), permitiría

identificar mecanismos que podrían fortalecer la efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Si bien el TJUE no se encuentra integrado en la clasificación de las cortes regionales de derechos humanos, resulta plausible su atracción al tema ya que al final emprende funciones similares a la CoIDH y alguna de éstas llega a ser relevante de tratarla pues comprendería una alternativa no prevista en la normatividad aplicable al Tribunal Interamericano que pudiera solventar sus dificultades.

En el artículo 171 del Tratado de la Unión Europea se faculta al TJUE para imponer multas cuantiosas que pueden alcanzar cifras de cientos de miles de euros por día ante el persistente incumplimiento de las medidas adoptadas en sus sentencias. Esto, a opinión de distintos autores tal como lo es McCourt y Pardavi (2021) otorga “más fuerza que muchos otros tribunales regionales que dependen de una autoridad sancionadora más limitada, de la buena voluntad y de la presión diplomática para garantizar el cumplimiento de las sentencias” (p. 74).

Contemplar estas facultades dentro del sistema interamericano, podría aumentar el interés de los Estados a atender las dictaminaciones emitidas por la CoIDH, ya que es bien sabido que uno de los aspectos que llegan a causar más desasosiego a las entidades estatales es el monetario.

Esta determinación habría de adecuarse en forma racional a las medidas reparatorias dictadas clasificándose en dos rubros: 1. Aquellas de inmediato cumplimiento y 2. Aquellas de cumplimiento razonable. Las primeras comprenderían actuaciones que el Estado fácilmente pudiera satisfacer como lo son la publicación de la sentencia, brindar apoyo médico a las víctimas, entre otros. Las segundas serían las que, derivado a su naturaleza, sería desaforado exigir el cumplimiento en poco tiempo tales como la búsqueda de los responsables o de los desaparecidos. Por lo que, la

aplicabilidad de la multa recaería en un aspecto razonable de cumplir. Siguiendo el ejemplo de la búsqueda de los involucrados, soslayaría la presentación de informes e investigaciones acerca de los hechos, fijándose parámetros que deberían de satisfacer cada documento para tenerse por cumplida la labor encomendada y no ser acreedor a la sanción.

2. ASOCIACIONES CIVILES/GRUPOS DE TRABAJO

Las asociaciones civiles en Perú y México desempeñan un papel crucial en la lucha contra la desaparición forzada. Estas organizaciones han contribuido materialmente a la localización de fosas clandestinas y han mejorado las actuaciones estatales a través de la presión ejercida sobre las autoridades¹⁸.

Sin embargo, a pesar de su valiosa labor, estos grupos enfrentan un entorno adverso marcado por amenazas, persecuciones e incluso intentos de homicidio. A esto se agrega otro problema el cual se configura en la falta de recursos económicos para el cumplimiento de sus fines.

Por ello, los Estados habrían de implementar programas económicos o subsidios en favor de estos organismos para fortalecer sus regímenes y actividades¹⁹. Asimismo, cabría implementarse reformas a las leyes administrativas correspondientes para que creasen algún organismo administrativo (ya sea centralizado o descentralizado) o la modificación a uno previamente existente que

¹⁸ Ejemplo de ello son organizaciones como el Movimiento por Nuestros Desaparecidos en México (MNDM), o la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP) cuya labor ha sido reconocida internacionalmente.

¹⁹ No pasa desapercibida la existencia de lineamientos para el otorgamiento de subsidios a las entidades locales para realizar las acciones de búsqueda de personas que se han dado en México, sin embargo, los referidos no contemplan a las asociaciones civiles, por tanto, configuraría ser un avance el prever a estos grupos dentro de estas políticas bajo las razones que se mencionan en el párrafo correspondiente.

tuviera relación con la desaparición forzada y que postulasen, a través de un convenio de colaboración con los organismos civiles, actividades enfocadas a la seguridad de los miembros de las asociaciones; un fortalecimiento a la capacidad operativa a través de capacitaciones y financiamientos; realización de campañas de sensibilización; y la elaboración de estrategias para el cumplimiento de las recomendaciones y sentencias internacionales.

Pudiera tomarse de ejemplo lo que sucede en el Estado de Colombia en donde el gobierno ha creado grupos de trabajo, bajo la dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores, dedicados exclusivamente a dar seguimiento al cumplimiento de las órdenes contenidas en las sentencias emitidas por la CoIDH. Propiamente, es el Grupo Interno de Trabajo de Seguimiento a las Órdenes y Recomendaciones de Órganos Internacionales en Materia de Derechos Humanos el encargo de tales labores traducidas en el diseño de un programa de trabajo, remisión de oficios solicitando información, delegación del cumplimiento de las medidas a las entidades competentes y realización de reuniones de acompañamiento y concertación con los peticionarios y víctimas (Acosta y Espitia, 2020, p. 379).

3. IMPLEMENTACIÓN DE UN CRITERIO ALINEADOR

Otra forma de abordar las causas del incumplimiento identificadas en las teorías mencionadas -las cuales, como se ha expuesto, giran en torno a la reinterpretación de derechos y criterios, así como a la pérdida de legitimidad de la CoIDH, encontrando sustento en la noción de soberanía nacional- sería la implementación de un pronunciamiento jurisprudencial que adopte los razonamientos del Tribunal Supranacional en materia de desaparición forzada como una fuente de interpretación libre de restricciones arbitrarias. Dicho pronunciamiento debería declarar expresamente la inadmisibilidad de cualquier actuación estatal que

contravenga los criterios interamericanos bajo el argumento de que el Estado posee capacidad de autogobierno y la facultad de estructurar su régimen interno según su conveniencia (Barragán, 2013, p. 418).

En este sentido, se establecería un mandato judicial que adopte los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como criterio de interpretación rígido, reafirmando que cualquier intento de desconocer o reinterpretar las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una vulneración directa del principio *pacta sunt servanda* y, en consecuencia, un retroceso en la garantía y protección de los derechos humanos.

Si bien podría argumentarse que este tipo de criterio resulta reiterativo e incluso innecesario considerando el bloque de constitucionalidad que rige en ambos países y que reconoce tanto el principio pro persona como la jerarquía suprema de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, además de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para las autoridades estatales, la práctica gubernativa evidencia que estos fundamentos no han sido suficientes. En consecuencia, se vuelve imprescindible la implementación de directrices obligatorias que, en casos urgentes como la desaparición forzada, refuercen el carácter inmutable de la jurisprudencia interamericana, dejando claro a las autoridades que su cumplimiento no está sujeto a reinterpretaciones discretionales ni a coyunturas políticas.

Estaríamos estableciendo, lo que Cossío (2017) refería, en encontrar una uniformidad respecto al derecho internacional para evitar una disparidad elemental en las formas que emprenden la labor de explicar el significado o los propósitos de los instrumentos internacionales que han llegado a diferir, por más que existan principios sobre la aplicabilidad estricta de la fuente jurídica internacional en materia de

derechos humanos, con las opiniones y criterios emitidos, en nuestro caso, de la CoIDH (p. 84).

De este modo, el diálogo político perdería fuerza como pretexto para justificar el incumplimiento de los mandatos internacionales, pues la alineación entre la jurisprudencia nacional e interamericana cerraría cualquier resquicio para eludir responsabilidades internacionales.

4. LEY DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES

Finalmente, otra alternativa funcional radicaría en la ampliación y fortalecimiento del marco normativo existente, propiamente en el desarrollo o actualización de leyes que aseguren la dinámica a seguir para el cumplimiento de sentencias. Lo cual respondería a lo señalado por López (2019) como una de las limitaciones al fortalecimiento del Sistema Internacional de Derechos Humanos relativo a que la “mayoría de los países no cuentan con legislación específica local que señalen con claridad el procedimiento que hay que seguir para implementar y ejecutar las medidas ordenadas por la Corte IDH” (p. 216).

En el caso peruano, la Ley 27775, también conocida como Ley de Ejecución de Sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, representa un avance significativo, pues establece mecanismos específicos para el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Interamericano, particularmente en lo que respecta a reparaciones económicas. Sin embargo, su alcance es limitado, ya que no contempla de manera clara otras medidas fundamentales, como el reconocimiento internacional de los hechos, la publicación de sentencias o la articulación de investigaciones inmediatas y efectivas sobre los crímenes de desaparición forzada; aspectos que se deberían de tomar en cuenta para un fortalecimiento en la normatividad vigente.

Para el caso mexicano, a pesar del reconocimiento del control de convencionalidad y de la obligatoriedad de las resoluciones de la CoIDH²⁰, la implementación de esta medida complementaría la obligatoriedad de las sentencias y nos acercaríamos a la uniformidad de la que se hablaba en los párrafos anteriores. A manera propositiva, tomando como guía la propia Ley N° 27775 de Perú, así como Ley 393 de 1997 de Colombia²¹, el contenido que tendría esta norma sería el siguiente dividido en al menos cinco apartados fundamentales:

- Objeto: La ley tendría como objeto establecer reglas y procedimientos para la ejecución de sentencias emitidas por la CoIDH, garantizando su cumplimiento efectivo, la reparación integral de las víctimas y el fortalecimiento en la protección de derechos.
- Competencias: Se establecería la división competencial, destacándose dos: la Suprema Corte de Justicia de la Nación con apoyo del Órgano de Administración Judicial, y un comité de supervisión.
- Forma de ejecución: Primero, la autoridad competente debe notificar formalmente la sentencia a las instancias correspondientes en un plazo determinado. Si la sentencia implica una reparación económica, el ente estatal responsable debe iniciar el pago en el mismo plazo. Para otras obligaciones no monetarias, se habría de elaborar un plan de acción con seguimiento periódico.
- Mecanismos de supervisión: Existiría un comité de supervisión de sentencias encargado de vigilar la ejecución de sentencias internacionales, integrado por

²⁰ Tómese en cuenta que, en México, de conformidad con la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte estableció que toda la jurisprudencia emitida por la CoIDH sería vinculatoria para el Estado mexicano independientemente de que la misma fuera dirigida a otro país.

²¹ La Ley 393 de 1997 de Colombia es una norma específica que regula la acción de cumplimiento y establece mecanismos para hacer efectivas las decisiones de organismos internacionales, especialmente aquellas relacionadas con violaciones de derechos humanos (López, 2019, p. 228).

representantes del gobierno, el poder judicial y la sociedad civil. Sus funciones serían: monitorear el cumplimiento y emitir informes, detectar obstáculos en la ejecución y proponer soluciones, así como recomendar medidas correctivas o reformas normativas necesarias.

- Sanciones y responsabilidad: El incumplimiento de las responsabilidades enmarcadas dentro de los plazos señalados constituiría una falta administrativa lo cual daría a que particularmente aquellas autoridades o entes responsables sean sujetos a sanciones conforme a la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, respectivamente.

A partir de la ampliación de la norma preexistente en Perú, y la incorporación de esta misma, pero en el sistema mexicano, se permitiría que las sentencias internacionales sean ejecutadas de manera homogénea y obligatoria, dotando de mayor seguridad jurídica a las víctimas y sus familias. Además, evitaría la fragmentación de responsabilidades entre las instituciones del Estado, asegurando que las medidas ordenadas por la CoIDH sean implementadas con celeridad y eficacia a partir de una norma precisa.

Con esto proscribimos algunas propuestas que pudieran tomar atención para la mejora en el cumplimiento de las medidas de reparación dictadas por la CoIDH lo cual fortalece el principio de buena fe al consagrarse un aparato estatal con base legal y operativa más robusta. De tal manera, al finalizar la propuesta estructural del trabajo, no queda más que atender las conclusiones bajo un tono reflexivo.

VIII. CONCLUSIONES

El análisis de la eficacia de las sentencias emitidas por la CoIDH en casos de desaparición forzada en Perú y México dibuja un horizonte desolador. A pesar de haber

sido pronunciadas trece sentencias condenatorias contra ambos Estados, respectivamente, ninguna ha alcanzado un cumplimiento total. Esta constatación no es una mera estadística: es la prueba viva de una ineeficacia estructural que vacía de sentido las promesas de justicia.

Esta realidad socava profundamente el único resquicio de esperanza que muchas víctimas y familiares han depositado en el derecho internacional. Cuando incluso esa instancia, la más alta y noble del sistema interamericano, se vuelve letra estancada, el mensaje que llega a los pueblos no es otro que la resignación: no hay ley que los ampare, no hay juez que los escuche, no hay verdad que los restituya. La herida permanece abierta, sangrando la dignidad colectiva.

Frente a ello, urge replantear el significado del compromiso internacional, apartándonos de lecturas fragmentadas que escudan el incumplimiento en una soberanía mal entendida. No basta con proclamar que las sentencias son vinculantes; hay que hacerlas vida, memoria activa, motor de transformación. Y eso implica tomar medidas claras, como las que se delinean en las propuestas de mejora: crear mecanismos eficaces, adoptar reformas audaces y, sobre todo, asumir con verdad y voluntad política que la desaparición forzada no puede ser tolerada más.

La omisión no distingue entre fronteras; aunque la diferencia numérica entre los casos condenatorios es evidente, la reacción estatal ha sido igualmente esquiva: leyes que ignoran los parámetros internacionales y reavivan la impunidad. Perú y México, ambos han fallado. Y lo han hecho recientemente, desde sus congresos, desde sus tribunales, desde sus silencios.

Atender esta deuda de forma urgente podría, quizá, devolver una brizna de esperanza a quienes han vivido años caminando entre la ausencia. Podría reinstalar en el tejido social la confianza extraviada en el Estado, en la justicia, en la humanidad.

Podría, al menos, aliviar el peso insoportable que cargan quienes ya no buscan justicia para vivir, sino simplemente el derecho a recordar sin miedo. Porque hoy, en demasiados rincones de nuestra América, hay comunidades que no sueñan con el futuro de sus hijos, sino que suplican por soñar con ellos, una noche más.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta López, J. I. y Espitia, C. (2019). Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades. En Ferrer Mac-Gregor, E., Von Bogdandy, A., Morales Antoniazzi, M. y Saavedra Alessandri, P. (coord.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (pp. 373-402). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barragán Barragán, J. (2013). Conceptos mínimos sobre la soberanía. En Macías Vázquez, Ma. y Angles Hernández, M. (coord.), *Estudios en Homenaje a Don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes* (pp. 411-453). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cano, G. (2020). La desaparición forzada en Perú y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Ibáñez Rivas, J., Flores Pantoja, R. y Padilla Cordero, J. (coord.), *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos. Colección IECEQ* (pp. 453-484). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Cossío Díaz, J. (2017). *Derechos Humanos. Apuntes y reflexiones*. Opúsculos. El Colegio Nacional.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Góngora Maas, J. (2020). Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: estándares e impacto en grupos vulnerables. En Ibáñez Rivas, J., Flores Pantoja, R. y Padilla Cordero, J. (coord.), *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos. Colección IECEQ* (pp. 43-89). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Herencia Carrasco, S. (2018). El indulto de Alberto Fujimori y su afectación al proceso de transición del Perú: Una mirada desde los estándares de Naciones Unidas sobre justicia y paz y su potencial aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Castillo Córdova, L. y Grández Castro, P. (coord.), *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos* (pp. 126-146). Palestra.

Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law. Oxford Constitutional Theory*.

McCourt, K. y Pardavi, M. (2021). Un nuevo tribunal para los casos de derechos humanos: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En Open Society Justice Initiative y el Human Rights Law Implementation Project (coord.), *El Cumplimiento De Decisiones En Materia De Derechos Humanos. Reflexiones, Éxitos y Nuevos Rumbos* (pp. 69-76). Open Society Justice Initiative.

Pauwelyn, J. (2013). Nico Krisch, Beyond Constitutionalism, The Pluralist Structure of Postnational Law. En Herrman, C., Krajewski, M. y Philipp, J. (Ed.), *European Yearbook of International Economic Law* (pp. 575-581). Springer.

Ramírez Lavalle, V. (2015). El Derecho Internacional, la soberanía de las naciones y las garantías individuales ante la permanencia de la seguridad nacional. En

Herminda del Llano, C. (coord.), *Nuevos Derechos y Nuevas Libertades en Europa* (pp. 69-76). Dykinson S.L.

Rojas Caballero, A. (2015). *El Control Difuso y la Recepción del Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos en México*. Editorial Porrúa.

1. REVISTAS

Barrera Santana, L. (2018). Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (24), 363-387.

Castañeda Otsu, S. (2019). Problemática en la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso peruano. *Revista De Derecho*, 15(1), 11–38.

Delacroix, D. (2020). La presencia de la ausencia. Hacia una antropología de la vida póstuma de los desparecidos en el Perú. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (67), 61-74. <https://doi.org/10.17141/iconos.67.2020.4141>

Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*, (59), 29-118.

Góngora Maas, J. (2015). La reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre jurisdicción militar. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(144), 1253-1270.

Gravante, T. (2018). Desaparición forzada y trauma cultural en México: el movimiento de Ayotzinapa. *CONVERGENCIA Revista de Ciencias Sociales*, (2), 13-28.

Lara, A. y Rodríguez, G. (2024). Cuerpo ausente, el impacto de la desaparición forzada en México. *Espiral*, 31(90), 89-120.

Lengua Parra, A. y Mendoza, A. (2015). Un pendiente que no desaparece: la necesidad de implementar una política de búsqueda de las personas desaparecidas a partir del establecimiento de un organismo centralizado en el Estado peruano. *THEMIS Revista de Derecho*, (68), 279-289.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15599>

López Serrano, O. R. (2019). Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Algunas reflexiones a partir del proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Anuario De Derechos Humanos*, 15(2), 213-235. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.50455>

Mireles, V., Martínez Sánchez, M., Yankelevich Winocur, J. y Sánchez Nateras, G. (2021). Buscando a los desaparecidos de la “guerra sucia”: ontologías computacionales y la búsqueda de verdad. *Iberoforum Revista de Ciencias Sociales*, 1(1), 1-40. <https://doi.org/10.48102/if.2021.v1.n1.149>

Robledo Silvestre, C. (2016). Genealogía e historia no resuelta de la desaparición forzada en México. *Íconos - Revista De Ciencias Sociales*, (55), 93-114. <https://doi.org/10.17141/iconos.55.2016.1854>

Serranò A. (2022). El caso Fujimori: una larga contienda entre la justicia y la impunidad. *Revista Saber y Justicia*, 2(22), 106-132. <https://saberyjusticia.enj.org>

2. TESIS

Quintana Osuna, K. (2017). *El Control de Convencionalidad: Un Estudio del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos y del Derecho Mexicano. Retos y*

Perspectivas [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Autónoma de México].
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39359.pdf>

3. ELECTRÓNICAS

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2013). *Perú incumple de manera total sentencia de la Corte IDH en el Caso Anzualdo Castro v. Perú.*
<https://cejil.org/comunicado-de-prensa/peru-incumple-de-manera-total-sentencia-de-la-corte-idh-en-el-caso-anzualdo-castro-v-peru/>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (29 de agosto de 2024). *Día Internacional de las Personas Desaparecidas 2024: el reto de una acción coordinada en América Latina.*
<https://www.icrc.org/es/news-release/dia-internacional-personas-desaparecidas-2024-reto-accion-coordinada-america-latina#:~:text>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (8 de diciembre de 2023). *CIDH rechaza decisión del Tribunal Constitucional de Perú que implementó el indulto de Alberto Fujimori.*
<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/281.asp>

Guillén, B. (13 de diciembre de 2024). *25 años después, fue el Estado: la Corte Interamericana condena a México por la desaparición del zapatista Antonio González.* <https://elpais.com/mexico/2024-12-14/25-anos-despues-fue-el-estado-la-corte-interamericana-condena-a-mexico-por-la-desaparicion-del-zapatista-antonio-gonzalez.html>

Koskenniemi, M. (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional.* [Archivo PDF]. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_1682.pdf

Pérez-Laurrabaquio, O. (febrero de 2023). *Acercamiento estadístico a la desaparición de personas en México: guerra sucia y guerra contra el narcotráfico.* <https://datos.nexos.com.mx/acercamiento-estadistico-a-la-desaparicion-de-personas-en-mexico-guerra-sucia-y-guerra-contra-el-narcotrafico/>

Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas. (20 de febrero de 2025). *Versión Estadística RNPDNO.* <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>

4. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917. D.O.F.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 9 de junio de 1994.

Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de decreto, por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional. 5 de febrero de 2025. D.O.F.

Tratado de la Unión Europea. 7 de febrero de 1992.

5. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Corte IDH, *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México (Rechazo de la Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 27 de noviembre de 2024.

Corte IDH, *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 7 de octubre de 2019.

Corte IDH, *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 26 de junio de 2023.

Corte IDH, *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, (Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 27 de noviembre de 2024.

Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro y Caso La Cantuta vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 21 de agosto de 2013.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú (Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 1 de julio de 2024.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú (Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 7 de abril de 2022.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú (Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 19 de diciembre de 2023.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú (Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 13 de junio de 2024.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*, Resolución de 30 de mayo de 2018.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*, Resolución de 27 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 3 de abril de 2009.

Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú, (Supervisión de cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 26 de noviembre de 2013.

Corte IDH, *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 21 de junio de 2021.

Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 27 de noviembre de 2002.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 18 de octubre de 2007.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 1 de julio de 2009.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 21 de diciembre de 2010.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 5 de julio de 2011.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*,
Resolución de 13 de febrero de 2013.

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de
22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136.

Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, (Fondo, Reparaciones y Costas)*,
Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217.

Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162.

Corte IDH, *Caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 14 de mayo de 2019.

Corte IDH, *Caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 7 de octubre de 2019.

Corte IDH, *Caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 20 de julio de 2020.

Corte IDH, *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 9 de marzo de 2020.

Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 19 de mayo de 2011.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 28 de junio de 2012.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 14 de mayo de 2013.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 24 de junio de 2022.

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

Corte IDH, *Caso Tenorio Roca vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 2 de septiembre de 2020.

Corte IDH, *Caso Terrones Silva y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 7 de octubre de 2019.

Corte IDH, *Caso Terrones Silva y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 1 de septiembre de 2021.

Corte IDH, *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros vs. Perú (Supervisión de Cumplimiento de sentencia)*, Resolución de 14 de mayo de 2019.

Corte IDH, *Casos Osorio Rivera y familiares, J., Penal Miguel Castro Castro, Tarazona Arrieta y otros, Espinoza González, Cruz Sánchez y otros, Canales Huapaya y otros, Comunidad Campesina de Santa Bárbara, Quispialaya Vilcapoma y Tenorio Roca y otros vs. Perú (Supervisión Conjunta)*, Resolución de 14 de noviembre de 2017.

Corte IDH, *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México, (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, Resolución de 17 de abril de 2015.

Por:

Juan Carlos

Riofrío Martínez-Villalba *

*THE ENVIRONMENT AS A “HUMAN FAMILY
HERITAGE”. TAKING SERIOUSLY LEGAL
TECHNICAL TERMS*

Abstract

This article argues that the natural environment should be understood in legal terms as the family heritage of humanity. Recognizing the environment in this way helps to resolve several doctrinal challenges in intergenerational justice and carries significant implications for both national and international law. Drawing on the biblical account of the cosmos given to Adam and Eve, and exploring parallels in Catholic social teaching, Roman law, Indigenous cosmologies, and modern international treaties, this study identifies a persistent yet under-developed legal logic that treats nature as an intergenerational patrimony.

After delineating the concept of family heritage and outlining its key characteristics (such as collective ownership, purpose orientation, protection of essential goods, and public-order status), this article presents ten normative consequences. These include: applying a parental standard of environmental stewardship, prioritizing the protection of vulnerable family members, establishing a duty to preserve and enhance common wealth (the heritage), reframing the concept of private property, and expanding the international law principle of “common heritage of humanity”. This article concludes that, from a legal standpoint, how the environment should be treated as part of humanity’s family heritage.

* Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, lecturer at The Catholic University of America, riofrioj@cua.edu, Washington, D.C. (United States), i10-index, <https://orcid.org/0000-0003-4461-1025>.

** The author especially gratefully acknowledges Fr. Martin Schlag, for his generous invitation to a research stay at the University of St. Thomas (Minnesota), where much of this study was developed, and for his thoughtful counsel and tireless work toward a more authentically Christian protection of the environment.

Recibido: 06 de agosto de 2025

Aceptado: 02 de noviembre de 2025

Resumen

Este artículo sostiene que el medio ambiente natural debe entenderse jurídicamente como la herencia familiar de la humanidad. Reconocer el medio ambiente de esta manera ayuda a resolver diversos desafíos doctrinales en materia de justicia intergeneracional y tiene implicaciones significativas tanto para el derecho nacional como para el derecho internacional. Basándose en el relato bíblico del cosmos entregado a Adán y Eva y revisando paralelismos en la doctrina social-católica, el Derecho romano, las cosmologías indígenas y los tratados internacionales contemporáneos, este estudio identifica una persistente, aunque poco desarrollada, lógica jurídica que considera a la naturaleza como un patrimonio intergeneracional.

Tras delimitar el concepto de herencia familiar y esbozar sus características esenciales (como la titularidad colectiva, la orientación hacia un fin común, la protección de los bienes esenciales y su condición de orden público), este artículo presenta diez consecuencias normativas. Entre ellas se incluyen: aplicar un estándar parental de administración ambiental, priorizar la protección de los miembros vulnerables de la familia, establecer un deber de preservar y mejorar la riqueza común (la herencia), replantear el concepto de propiedad privada y ampliar el principio de derecho internacional de “patrimonio común de la humanidad”. El artículo concluye que, desde un punto de vista jurídico, el medio ambiente debe ser tratado como parte del patrimonio familiar de la humanidad.

Keywords: Environmental law, family patrimony, intergenerational justice, common heritage of humanity, public order

Palabras clave: Derecho ambiental, patrimonio familiar, justicia intergeneracional, patrimonio común de la humanidad, orden público

Summary of Contents

I. INTRODUCTION. II. A DIFUSE ACCEPTANCE OF THE ENVIRONMENT AS A PART OF THE HUMAN FAMILY HERITAGE. 1. THE JEWISH-CHRISTIAN NARRATIVE OF THE CREATION. 2. THE CATHOLIC TEACHINGS. 3. LEGAL LANGUAGE AND ACADEMIC RESEARCH. 4. OTHER TRADITIONS. **III. UNDERSTANDING THE NOTION OF “FAMILY HERITAGE”.** 1. DELINEATING THE NOTION. 2. THE CHARACTERISTICS OF ANY “HERITAGE”. 3. THE PECULIARITY OF THE “FAMILY HERITAGE”. **IV. RETHINKING NATURE AS A “FAMILY HERITAGE”.** **V. CONCLUSIONS.** **VI. REFERENCES.**

I. INTRODUCTION

Let me begin by repeating an old and well-known story. Let me tell once again the oldest story in the world, the one that you can read in the opening verses of the Bible: “In the beginning God created the heaven and the earth” (Gen. 1:1). This poetic account of creation reflects the spirit of a divine Father who, over fourteen billion years, prepared a spectacular cosmos for his children. With pause and patience, God created the light, the stars, the moon, and the sun; sowed life throughout the earth, and organized everything into a world not as a barren dominion, but as a vibrant home that will host his beloved ones. After creating each thing, God looked upon his creation and declared that it was “good” (Gen. 1:4) yet continued creating new wonders. Only when he created humankind he was satisfied and said that it was “very good” (Gen. 1:31).

In the biblical narration, God seems to be waiting for Adam’s awakening, to give him everything he has made, to walk together in paradise, and to reveal even the smallest details of his cherished gift. His children were “very good,” they were the principal cause of joy in creation and the primary reason for all that colossal work. That explains why he ceased creating new things thereafter.

When the time came, God entrusted everything he had created to the first parents of humanity, assigning them some specific family duties: “Be fruitful, and multiply, and replenish the earth, and subdue it: and have dominion over the fish of the sea, and over the fowl of the air, and over every living thing that moveth upon the earth” (Gen. 1:28). Not surprisingly, their first command was a family duty: to procreate, to create a family so large that it can inhabit even the most remote corner of the known world.

The command to subdue the earth only comes later and, most significantly, is always connected to that primary duty. This was not merely a formal speech to confer power over the brutes but a solemn entrustment of parental stewardship. Adam and Eve were gifted with paradise “to dress it and to keep it,” as the Scriptures say (Gen. 2:15). Just as their Father prepared paradise for them, their mission was to create a home for those who would follow. Their descendants would then inherit both the gift of the earth and the mission to recreate a home for the next generation.

And that is the paternal story of paradise, the story of Adam and Eve, of Cain and Abel, and of every parent who has labored to build a home through the ages. God created a home for his family, entrusted it to our first parents, teaching us in this way that each generation is called to do the same: receive this homely gift, recreate home on earth for their children, and pass it on to them with the same divine mission. As the apostle said, “we are the children of God: and if children, then heirs; heirs of God, and joint-heirs with Christ” (Romans 8:16–17).

Technically, this act by which parents entrust all their possessions to their descendants, including specific duties, is properly a “family heritage.” We contend that this concept helps resolve several complex issues in environmental law and fosters a deeper understanding of key social principles.

For example, it is often taken for granted that the duty to preserve ecosystems is grounded in intergenerational justice, without seriously considering how one generation can owe duties to those who do not yet exist. Real debts require real right-holders: the unborn cannot assert claims or appear before courts, and no one today can discharge an obligation to an unknown individual who may or may not exist millennia hence.

We believe that without the concept of “family heritage,” these questions cannot be adequately addressed. Only by recognizing humanity as a single, continuous family sharing a common inheritance across time can the problem be solved. Environmental duties are owed to the family that exists now, not to hypothetical individuals who may exist and may suffer in a distant future because of our negligence.

In the pages that follow, we analyze how the rich legal notion of “family heritage” offers a compelling framework for more accurately delineating the role of the human being in the environment and how it allows a deeper comprehension of the social principles articulated across various scholarly, religious, and cultural traditions. Where possible, we support this study with relevant treaties and the laws of several legal systems.

The study begins by presenting the *status quaestionis* regarding the conception of *the environment as a family heritage of humankind*, tracing its presence in many religions, Indigenous communities, and legal systems.

We observe that this notion remains diffuse and that the term “common heritage” is often employed as mere rhetoric. The next section delves into the technical notion of “family heritage” across different cultures, analyzing its definition, characteristics, and peculiarities. Finally, Section IV derives ten legal consequences of this familial approach to the environment.

II. A DIFFUSE ACCEPTANCE OF THE ENVIRONMENT AS A PART OF THE HUMAN FAMILY HERITAGE

Although the notion that the environment forms part of the human family heritage resonates across many cultures, legal systems, and traditions, it has not been technically developed for legal purposes, as the following discussion demonstrates.

1. THE JEWISH-CHRISTIAN NARRATIVE OF THE CREATION

The concept of “family heritage” is implicitly present in the Genesis narrative, as highlighted in the introduction. In particular, the logic of family and heritage is compressed in the following elements:

- (i) The entire creation is portrayed *as a gift*. All things that were created—“heavens and earth”—are spoken into being and immediately entrusted to humankind (“Be fruitful … fill the earth, and subdue it”—Gen 1:28).
- (ii) This gift is inherently tied to all future generations. The command to “be fruitful and multiply” so that the human race may “fill the earth,” implicitly obliges each generation to ensure that there will be future heirs to receive the inheritance of the earth. It is as though God names the beneficiaries of this heritage in the indelible will of Scripture (Panggarra & Budiman, 2025).
- (iii) Genesis 2:15 adds the vocational clause: humanity is placed in the garden *before* the Fall “to till and to keep” it. Scholars note that the twin verbs (*‘ābad*, “serve/cultivate”) and *šāmar* (“guard/preserve”) denote stewardship, rather than exploitation, presupposing an estate that must remain intact for successors (Bouma, 2012). Moreover, the fruit of Adam and Eve’s labor in the environment, like those fruits of every generation, will tend to outlast their lives and endure—for better or worse—into future generations. Therefore, these duties of stewardship are owed both to God and to the generations yet to come.

Taken together, the text describes a single legal construct: a gift of the entire universe conveyed to the first parents, with the condition that they cultivate it and transmit it undiminished to their descendants. Such an arrangement is precisely what later jurists refer to as a “family heritage”—an intergenerational patrimony in which

the owners are simultaneously beneficiaries and trustees. However, the Jewish-Christian tradition does not, strictly speaking, apply the concept of “family heritage” to nature for legal purposes.

2. THE CATHOLIC TEACHINGS

The idea of the environment as a family heritage does not appear explicitly in the Magisterium either, but it can be reasonably deduced from Catholic social teaching and Pontifical doctrine.

The principles of Catholic social teaching appear to presuppose and align perfectly with the notion of family heritage, particularly the principles of universal destination of goods, private property, solidarity, and favor of the poor. The most insightful environmental reading of the first principle was provided by John Paul II (1990 § 8), who stated that “the earth is ultimately *a common heritage, the fruits of which are for the benefit of all*” (cf. Paul VI, 1967: § 22; *Gaudium et Spes*, 1965 § 69). This captures the core of the principle of the universal destination of goods, which affirms that certain assets belong to the entire human race, without contradicting the legitimacy of private property, also upheld by the Church.

Although everything was universally given to humankind, each person is entitled to take what is needed, with prudence and consideration for the whole. The same occurs in every family heritage, where each individual takes what they need, keeping in mind that the assets must be used for the benefit of everyone in the household. In Section III, we will expand on the legal possibilities of separating different “patrimonies of affectation” within the broader “universality” of the family heritage—an approach consistent with the principle of private use of property within a “common heritage.”

The principle of favor for the poor also gains coherence when viewed against the backdrop of a threatened household. As is well known, this principle affirms duties of solidarity towards the most vulnerable, and includes the right to use or dispose of the property of others in exceptional circumstances—when there is urgent necessity, and such use is the “only way to provide for immediate, essential needs (food, shelter, clothings...)” (Catechism of the Catholic Church, n. 2408; *Gaudium et Spes*, 1965 § 10). If the most basic purpose of the human allotment—especially when conceived as a family heritage—is to safeguard the lives of its members, then ownership rights must yield when those lives are at risk. To deny bread to the starving would undermine the very purpose for which the family heritage exists.

The contemporary Magisterium has frequently referred to the “natural heritage” we have received¹ and has made its intergenerational character explicit. For instance, Benedict XVI has affirmed that the environment is “God’s gift to everyone,” which imposes “responsibility towards the poor, towards future generations and towards humanity as a whole” (Benedict XVI, *Caritas in veritate*, 2009 § 48) A gift given to all members of the human race, accompanied by such responsibilities, clearly constitutes a form of heritage. However, its familial dimension was not explicitly emphasized in his pontificate.

By contrast, the recent encyclical *Laudato si'*, dedicated specifically to environmental concerns, adopts a markedly personalistic and familial approach. After affirming that the planet “is on loan to each generation, which must then hand it on to the next” (Francis, *Laudato Si'*, 2015 §§ 67, 159), the Pope emphasizes the urgent

¹ See e.g., John Paul II, *Laborem Exercens*, 1981 § 1, referring to the “heritage of nature”; Benedict XVI, 2007, admitting that the Greenland’s unique glacial is part of the “World Heritage”; and Francis, 2021, citing the Ecumenical Patriarchate of Constantinople concerns “for preserving the gifts of creation and of natural heritage”.

duty “to protect our common home,” which involves a “concern to bring the whole human family together to seek a sustainable and integral development” (§ 13). In this vision, the planet is portrayed as a shared family home, and environmental responsibilities are framed as duties of the human family. This encyclical stands as the most personalistic treatment of environmental issues within the Pontifical Magisterium. Nonetheless, it notably refrains from using the term “heritage” to describe the environment—a term that appears in other ecclesial documents.

In summary, the Pontifical Magisterium implicitly acknowledges the family dimension of this heritage, though it neither names it technically nor explores its legal consequences. At other levels, the connection between heritage and family has occasionally been noted. For instance, in a brief intervention regarding the “collective human intellectual and natural heritage,” Nuncio Francis Chullikatt affirmed that “[a]ll people have, on account of their membership in the human family, the birthright to benefit from this common heritage as well as a right and a duty to participate in enriching this tremendous legacy” (Chullikatt, 2013). Yet, despite the significance of this idea, it has not been further developed in that short speech.

3. *LEGAL LANGUAGE AND ACADEMIC RESEARCH*

Contemporary law and scholarship increasingly gesture toward a juridical logic akin to that of family heritage. When the 1972 World Cultural and Natural Heritage Convention calls for safeguarding sites “*as part of the world heritage of mankind as a whole*,” it frames the planet’s most valued assets as a single estate, whose preservation is incumbent on the “*international community as a whole*” (preamble). The same diction shapes the 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea (1982, arts. 136-137), which declares the deep seabed “*the common heritage of mankind*,”—an echo of inherited clan property that no generation may alienate (cf. Zhou & Xie, 2024). Both treaties thus

cast humanity as a corporate subject, whose members bear trustee-like duties toward a patrimony reserved for heirs unknown.

Academic commentary further strengthens the analogy. Edith Brown Weiss's (1990) theory of intergenerational equity reinterprets trust law, proposing that every generation is simultaneously a beneficiary and a guardian of an environmental corpus that must be transmitted undiminished. More recently, Karin Mickelson (2019) has argued that the common-heritage principle imposes substantive limits on resource extraction, treating global commons—such as the oceans, Antarctica, and even outer space—as “patrimonies of affectation,” burdened by a social mortgage that overrides ordinary sovereignty. Within this framework, private ownership and market rules remain permissible, but only as part of the internal bylaws of the human heritage, which is ultimately ordered toward the survival and flourishing of the human family.

However, strictly speaking, the notion of “family heritage” is not explicitly stated in these documents, nor are its legal consequences meaningfully developed. References to human heritage in treaties and laws are usually located in preambles or introductory articles, serving more rhetorical than normative functions, and almost always omit any reference to the family. The type of heritage invoked in these contexts aligns more closely with a shared patrimony among individuals than a true family heritage. These formulations tend to be grounded in the equal dignity of all human beings, but pay less attention to the specific duties owed to the most vulnerable members of the human family.

One notable exception appears in UNESCO's *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights* (1997), which addresses biological matters. Given that the human family shares blood ties and a common biological nature, one might expect a certain familial approach in such a declaration. A reference appears in Article 1, which

states: “The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity.” While this language offers a promising starting point, it ultimately reduces the notion of human family heritage to mere symbolism, without assigning it any normative or juridical weight. In the end, the concept remains rhetorical.

4. OTHER TRADITIONS

Across several faiths and cultural philosophies, the earth is portrayed as an estate held in trust by one generation for the next. In Islamic thought, for example, jurists interpret the Qur’ānic role of *khalīfa* (vice-regent) to mean that “all the resources upon which life depends have been created by God as a trust (*amāna*) in our hands” (Mazhar Gada, 2014: 130), obligating each generation to manage these resources for the benefit of future heirs rather than as absolute owners.² The Qur'an (89: 19) even speaks explicitly of inheritance: “And you devour the inheritance (of others) with devouring greed”. This verse has been interpreted as a condemnation of those who treat natural resources “as restricted to one generation above all other generations” (Mazhar Gada, 2014: 133).

Among the Haudenosaunee, a North American confederacy of Indigenous peoples, the first of their Seven Generations principles commands leaders to weigh every decision over natural resources considering that “we are *just borrowing the Earth from future generations*” (Smith, 2025 § 17).

² See Mazhar Gada, 2014: 133–6 interpreting Qur'an 89: 19 —“And you devour the inheritance (of others) with devouring greed”—affirming that “Man should not regard such use [of natural resources] as restricted to one generation above all other generations”.

This principle obligates present-day stewards to preserve the land for descendants not yet born. While both Islamic thought and Haudenosaunee tradition emphasize the fact that all generations share the same natural resources and carry similar responsibilities, the family aspect of the heritage is either secondary or largely overlooked.

By contrast, other Indigenous communities—such as those of the Andes—refer to nature as “Mother,”³ an expression that highlights a familial bond with the environment but, at the same time, obscures the heritage aspect of natural resources. Although that aspect is not necessarily excluded, it remains conceptually difficult to frame nature simultaneously as a subject of rights and as an object of protection. Nevertheless, through a complex blend of approaches, some laws in these countries paradoxically treat nature as a subject of rights, as a right of citizens—part of the right to a healthy environment—and as an object of protection (cf. Constitution of Ecuador, Art. 14; Political Constitution of Bolivia, Art. 33).

We conclude that, although the idea of nature as a “family heritage” is not explicitly stated by scholars, legal systems, or religious, cultural, and secular traditions, it may nevertheless be connatural to them—implicitly present, analogous, or partially embraced in various forms.

Most traditions emphasize the heritage aspect while overlooking the familial dimension of the assets, whereas others emphasize familial bonds but neglect the

³ See Constitución de la República del Ecuador [Constitution of Ecuador], Oct. 20, 2008, preamble (treating nature as “Pacha Mama”—Mother Nature—as some indigenous communities do and giving it legal personhood). “Nature or Pacha Mama where life is reproduced and occurs has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes” (*ib.*, Article 71). See also Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [Political Constitution of Bolivia], Feb. 7, 2009, art. 33, and Ley de Derechos de la Madre Tierra [Law of the Rights of Mother Earth], Ley N° 71 (Dec. 21, 2010) (Bol.), granting “Mother Earth” legal personhood.

patrimonial implications. In the next section, we aim to connect these two perspectives by seeking a deeper understanding of the notion of family heritage and identifying ten possible legal consequences that flow from it.

III. UNDERSTANDING THE NOTION OF “FAMILY HERITAGE”

1. DELINEATING THE NOTION

The idea of “family heritage” appears across countless legal systems and cultural traditions, each clothing the concept in local garments while preserving a recognizable core: a pool of property, rights, and duties held not by isolated individuals, but by the family as a continuing, intergenerational subject. Even where the legal or customary details vary, certain essential features consistently recur, such as the co-ownership structures designed to support the vulnerable, restrictions on alienation to outsiders, and a prevailing presumption that the corpus should be preserved and passed intact to future members.

Roman jurists provided one of the earliest technical models of family heritage. Alongside the collective property of the *gens fundus*, archaic Roman law also recognized the *heredium*—an indivisible and inalienable family property consisting of a parcel of land needed for building the family home and ensuring the family’s survival (Hutschneker & Iuliu, 1932: 341, 415). Although it was under the power of the *pater familias*, this property could only be transferred through inheritance (Porcius Cato & Terentius Varro, 1934). In this case, the civil heirs will continue the dominion previously exercised by the *pater familias* (Axente, 2021: 328-329).

Over the centuries, Roman law refined this archaic institution into the idea of an autonomous mass of goods (*universitas iuris*) that persists “independent of the will of the patrimony holder”—a definition that still echoes in modern civil codes

(Drăghici, 2021: 314). This development eventually gave rise to a “community property” regime (*communio omnium bonorum*), established by or as a consequence of marriage, and oriented toward serving the needs and purposes of the family (Lobingier, 1928).

Rooted in the Roman conception of *communio omnium bonorum*, modern civil-law systems presume that the celebration of marriage—or, where recognized, a civil union—automatically creates a “family patrimony” (also known as “*patrimoine familial*,” “*sociedad de ganancias*,” “*communauté réduite aux acquêts*”), bundling together rights and liabilities that must be divided between the partners when the relationship terminates (Axente, 2021: 328-329). For example, articles 1401-1403 of the French Civil Code places couples under the community-of-acquests regime by default, unless they opt out through a marriage contract. Similarly, articles 1344-1373 of the Spanish Civil Code installs the *sociedad de ganancias* as the default partnership of assets acquired after the wedding. Instead, the Civil Code of Quebec states laconically: “Marriage entails the establishment of a family patrimony” (article 414). These civil law constructs serve the same distributive purpose as the common-law concept of community property—equalizing the spouses’ economic positions upon dissolution.

Approaches can differ in other jurisdictions. In Italy, for instance, the *fondo patrimoniale* is not constituted automatically upon marriage. Instead, any spouse—or even a third party—may establish and register property to the “needs of the family.” Once constituted, the fund forms a separate estate whose fruits must be used to serve the family purpose, and creditors whose claims are unrelated to family needs cannot levy execution against it (cf. Italian Civil Code, Arts. 169-170).

The assets that comprise a family heritage also vary across cultures and times. We have seen that in archaic Roman law, when the economy was centered on

agriculture, the *heredium* consisted basically of a parcel of land essential for sustaining the family. Today, land remains the most important component of family heritage among many sub-Saharan and Africa tribal communities, where its fragmentation threatens the family's economic security (cf. Asiama, Bennett & Zevenbergen, 2017, 40-41). However, in other contexts, land does not necessarily fulfill that protective function. That's why in the Canadian province of Québec, the family heritage includes a different range of assets: “the residences of the family or the rights which confer use of them, the movable property with which they are furnished or decorated and which serves for the use of the household, the motor vehicles used for family travel and the benefits accrued during the marriage under a retirement plan” (Civil Code of Québec, Article 415).

Despite these contrasts, some constants emerge across all these patrimonies related to the family. They are always created for the same purpose: the needs of the family. Ownership is attributed not to individual members, but to the family as a living collective entity which embraces the living members and, somehow, the future generations who will inherit the heritage. This collective ownership may manifest in various legal forms, such as the equal shares of Québec, the co-ownership of the *fondo patrimoniale* in Italy, or the joint possession of land by all family members—or by their representatives—in customary law.

Because of this, family heritage is fundamentally governed by rules of public order, and their assets receive heightened legal protection (e.g., restrictions on alienation or immunities against execution by creditors). This regime subordinates the corpus to the welfare of dependents, ensuring that events such as death, divorce, or

insolvency of a family member do not deprive the most vulnerable—such as wives in some cultures, minor children, elders—of their livelihood and security.⁴

Following the commonalities observed across various cultures, and for the purposes of this study, family heritage can be defined in legal terms as *a universality of assets, rights, and correlated obligations held collectively by all family members, intended to satisfy family needs and sustain family life*. In this definition, the purpose of the universality is what gives unity and a certain degree of autonomy to the patrimony. As with any universality, members may use specific assets for designated purposes, provided that such use does not undermine the overall ends for which the universality was established.

2. THE CHARACTERISTICS OF ANY “HERITAGE”

Among the many characteristics that heritages possess, for the purposes of this study we highlight the following:

- (i) *A heritage is a “universality” (universitas iuris)*. Civil law theory conceives universalities as a set of assets that belong to a single individual and are united by a common purpose, either established by the will of the person or by law (cf. Chelaru, 2012; Drăghici, 2021). The specific assets composing the universality may vary, change, evolve, or even partially disappear over time. However, what truly counts in universalities is the whole: the entire mass of assets that function as a unity.

⁴ See Fernández, 1999, 74–6, observing this tendency, for instance, in traditional Spanish rural law, where inheritance customs privilege continuity of the casa over strict equality so that the old may rely on the ancestral holding and the young on its future fruits.

- (ii) *A heritage contains at least one patrimony of affectation.* Modern civil codes recognize the possibility of fragmenting a universality by separating portions of it and dedicating them to specific purposes. For example, Article 31(2) of Romania’s 2011 Civil Code authorizes such “division or affectation” in legally prescribed cases. Just as an individual may create a trust by allocating certain assets for a defined purpose, universalities can also create “patrimonies of affectations” for specific goals by fractionating the whole in shares or in other ways (Drăghici, 2021).
- (iii) *A heritage is governed by the principle of unity.* Even when specific assets are used for particular purposes or the patrimony is fragmented into distinct portions, the heritage is still considered as a legal whole. This principle allows creditors to secure their claims against the entire corpus of the heritage when specific guarantees are insufficient to cover the debt. As Valeriu Stoica (2009, 7) noted, the unity of the universality furnishes unsecured creditors with their “joint guarantee” over the entire heritage. Similarly, French legal doctrine maintains that an individual may possess multiple patrimonies only when authorized by law, and that the residual patrimony must always be available to satisfy unmet debts (cf. French Code Civil, Arts. 2284-2285; Aubry & Rau, 1897, § 573). A parallel logic appears in common-law systems, where courts—under doctrines such as “piercing the corporate veil”—disregard limited liability protections and hold shareholders personally liable when a separate fund is undercapitalized or misused (cf. McClain, 2002).

3. THE PECULIARITY OF THE “FAMILY HERITAGE”

As shown by the preceding analysis, the broader notion of family heritage reveals several distinctive characteristics:

(i) *Purpose-orientation toward family welfare.* Family heritage exists, first, to secure the subsistence of all household members—especially the most vulnerable—and then to support a decent life of the entire family. Italian law articulates this telos explicitly: a *fondo patrimoniale* may be constituted only by “destinating certain assets... *to meet the needs of the family*” (Italian Civil Code, Art. 167).⁵ Similarly, Québec’s family heritage aims to ensure legal and economic equality between spouses, by guaranteeing each partner a fair share in their jointly accumulated property (cf. See Gouvernement du Québec, note “About Family Patrimony”, without year).

(ii) *The constitution of the family causes its existence.* Unlike a discretionary trust, which is created by the will of the individual, the family heritage typically comes into existence automatically with the formation of the juridical family. This is evident in Roman law, the Civil Code of Québec, and other legal traditions. While some modern systems have introduced greater flexibility allowing spouses to opt in or out of such regimes, the foundational rationale remains unchanged. Whether established automatically or by agreement, the family heritage is intrinsically linked to the existence of the family unit. One must be a family member —by law or blood—to constitute and partake in this heritage.

(iii) *Essential goods.* Family patrimonies are primarily composed of assets essential for the subsistence and well-being of the family, in accordance with the needs of each culture and generation. Although specific assets may vary over time,

⁵ Article 167 states that any spouse can constitute a fund “*destinando determinati beni... a far fronte ai bisogni della famiglia*”.

they typically include land, a house or a dwelling necessary to provide shelter for the family.

(iv) *Protection of essential goods.* Legal systems have developed various protective mechanisms to safeguard the essential goods of the family heritage. These include restrictions on alienation, immunity from execution, and the nullification of certain prohibited transactions. In Ancient Israel, for example, permanent alienation of family land was prohibited to ensure that families would never become landless: “The land shall not be sold for ever” (Lev 25:23). In contemporary civil law, similar protections persist: Article 215 § 3 of the Code civil of France forbids either spouse from disposing “the rights securing the family lodging” without the consent of the other. Likewise, Article 1320 of the Spanish Código Civil imposes the same requirement with respect to the *vivienda habitual* (habitual residence). This prohibition is reinforced by the right of the non-consenting spouse to bring an action for annulment within a prescribed time frame, thus ensuring the enforceability of the protection.

A family heritage also protects assets from execution when the debt is unrelated to family needs. Article 170 of the Italian *Codice Civile* bars enforcement against the *fondo patrimoniale* “for debts the creditor knew were contracted for purposes alien to family needs” (translation is mine), an exception that remains in effect until the youngest child reaches the age of majority (cf. articles 170-171). Courts interpret this creditor-protection clause as a partial derogation from the general principle that a debtor is liable with all present and future property.

(vi) *Public-order status.* In civil-law jurisdictions, the rules, principles, and values governing the family—including those concerning family heritage—in general, are considered as *ordre public*. This means that these rules are mandatory, non-

waivable, and override any private agreement that conflicts with them, because they are focused on protecting what is fundamental in each society, such a family or national security matters. For example, Québec's explanatory memorandum on Bill 55 (1989) affirms that the patrimony provisions "favour economic equality between spouses" and therefore belong to the realm of *ordre public familial*.⁶

In the common law several parallel mechanisms perform similar functions. For instance, courts refuse to enforce bargains "contrary to public policy," a doctrine that the Restatement (Second) of Contracts and modern scholarship treat as the common-law analogue of *ordre public* (Note, A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy, 2006). Additionally, under the States' police power, governments may impose content-neutral limits on speech, assembly, or the use of property when such regulation is narrowly tailored to preserve public peace and safety; First Amendment theorists analyze these rules as a balance between private autonomy and the demands of public order.⁷ Finally, comparative commentators observe that U.S. courts invoke a "public-policy exception" when declining to recognize foreign judgments or legal statuses that offend fundamental domestic values, thereby replicating the protective function of *ordre public* in private international law (cf. Breger, 2015).

⁶ See "Explanatory Notes", *An Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses*, S.Q. c. 55 (Can.): "The object of this bill is to favour equality between spouses and to underline the character of marriage as a partnership". See also Kasirer, 2018, 584-599, asserting that the Quebec rules are of public order and assessing its consequences.

⁷ Emerson, 1963: "Any theory of freedom of expression must therefore take into account other values, such as public order, justice, equality and moral progress, and the need for substantive measures designed to promote those ideals". See also Weaver v. Jordan, 64 Cal. 2d 235, 260 (Cal. 1966) citing this phrase.

IV. RETHINKING NATURE AS A “FAMILY HERITAGE”

If we apply the legal notion of family heritage and the characteristics outlined in the previous section to the environment, we can deduce ten important consequences for the law:

1. *Familial co-ownership of the environment.* The ultimate owner of the environment and the cosmos is the entire human family, considered as whole. Naturally, legal relationships can only be directly established among living individuals. Strictly speaking, no one can demand the enforcement of any right or duty from the dead or from future generations. However, each living generation somehow *represents* the entire family, including predecessors and unborn generations. Intergenerational justice, then, becomes possible only indirectly, through the duties each person owes to the family as a whole, which is represented by the generation that is alive.

2. *A paternal stewardship duty.* In environmental matters, the standard of a “good administrator” is misleading and clearly insufficient. The civil law tradition distinguishes different levels of culpability: while ordinary care corresponds to the standard of a “good family parent” (*bonus pater familias*), a more demanding level applies to that of a “professional manager.” Without excluding that this professional standard may be appropriate in specific contexts—such as mining operations or industrial activities that may harm the environment—the standard of the good parent is more reasonable when applied to ordinary citizens. The main reason is straightforward: each person is, in effect, a parent to the next generation or a steward of the heritage that will be handed down to them. Furthermore, it would be inappropriate to impose on the general public, who may know little beyond what is reported in the media, the scientific knowledge and skills that the

professional standard requires (cf. Brown, 1989, 24-27). We cannot reasonably expect Indigenous communities or earlier generations to possess the same level of knowledge about environmental harm as even the wisest among our own generation has.

On the other hand, the expectations placed on a professional manager differs significantly from those placed on a good parent. While good managers are primarily concerned with efficiency, profit, organizational outcomes, and treating each worker with a certain equality or neutrality, good parents are guided more by affection and concern for the most vulnerable children. Parents think creatively about how to make a house feel like a home, how loved ones might find rest, and creating shared experiences through planned weekends. Now, if we consider the dimension of the problem, the scarcity of the resources, and the size of the family, it may be more appropriate to adopt the standard of “a modest parent of a large household.”

3. Preferential protection of the vulnerable. Because the family patrimony exists primarily to ensure the survival, needs, and well-being of the family, environmental decisions must give special consideration to children, Indigenous communities, the sick, the poor, and other vulnerable populations. These groups must be guaranteed access to goods that directly belong to the entire family (such as air, water, or solar light) as well as any goods essential to live a dignified life. This is indeed a right of everyone, recognized by numerous human rights declarations. The point here is that family duties are more grounded in solidarity, which leads authorities and everyone to take special care of the disadvantaged. In this context, a purely formal application of the principle of non-discrimination is insufficient to address the complexities of the family issues.

4. Duty and right to use the environment in an equitable way. The most salient characteristic of family heritage is its purpose: it consists of assets destined and organized to serve the well-being of the family. For example, the Roman *heredium* was inconceivable without a parcel of land to be worked by family members. Similarly, the right to housing, as proclaimed in various international declarations, and the legal protection of the home are meaningless without real people who humanely inhabit that space. To inhabit a home means not merely sleeping in a bed within four walls, but involves working there, sharing life with loved ones, and creatively arranging the space to welcome new family members. A home is more than a shelter: it is the heart of family life.

Each generation has the right to use the portion of nature handed down to them and to work within it, always within the well-being of the entire family in mind. The same applies to each individual, who must use environmental goods as a co-owner of the whole, respecting the rights of the broader human family.

5. Duty to preserve the family heritage. In every historical conception of family heritage, certain goods are considered essential for family life and, for that reason, receive significant legal protection. Today, however, certain extreme environmentalist positions view with benevolence—even acceptance—the reduction of human communities for the sake of preserving the environment. Instead, from a personalistic and family-centered perspective, the duty to preserve the family heritage follows a particular order of priority: we must secure first the goods required for the subsistence of the living generation: these deserve the highest level of protection, as without the present generation, no future generation can come into being. Only after that, can we dedicate efforts to safeguard those

goods necessary for the life of future generations. What is said from human life, *mutatis mutandis* applies to other living beings.

Additionally, each generation has a duty to preserve what it has received and to pass on at least that much to the next generation. This principle was firmly rooted in many ancient communities, where family land could not be fragmented—for example, in ancient Israel and Rome. Similarly, the *home* of the human family must also be preserved. Actions that harm the ecosystem are analogous to burning down the family home. On this basis, public authorities must adopt measures to prevent the loss of endangered species, combat desertification, and limit other forms of environmental degradation. These measures may include declaring certain plants or animals *res extra commercium*, establishing protected zones, regulating hunting seasons, and enacting other conservation laws. More broadly, there must be a general prohibition against the irreversible loss of species.

6. *Principle of precaution.* Building on these duties, each person has an obligation to act with prudence, taking into account the impact their actions will have not just “on the environment”—as law often frames it—but also on the shared human home and particularly on the generations alive today and those yet to come. Environmental impact studies should, in this light, be reframed as *Family Heritage Impact Assessments* (FHIA). The key question would be: Would a prudent father or mother authorize this use for their expected born or unborn children?

7. *Right and duty to create a joyful home and enrich progressively the family heritage.* For a good father, the duty of preserving the family heritage is just the minimum: he is always thinking on how to make the home more welcoming—how to fill it with joy, decorate its corners, and increase the family’s well-being. Not by chance, older people usually have photos, souvenirs, and small touches in every

corner of their homes. The paternal stewardship duty leads us to conclude that we have a familial duty not only to give what we have received, but to leave behind something better: a healthier home, a richer biodiversity, and improved conditions for all areas of life. That is how family heritages truly work.

Sometimes dreamers dream idealistic dreams that go too far, even suggesting that the human population should be reduced so nature can thrive “freely.” While poetic in theory, this notion represents a direct attack on our families. All the allure of these dreams vanishes the moment the dreamer awakens. Let us try to be, at least for a moment, less abstract and consider where we want our loved ones to live. Would you ask your elderly parents to settle in the wilderness and live in a National Geographic-style paradise? Would you raise your children in the middle of a jungle, guided only by virtues of the “uncivilized” man? Would it not be more reasonable to find your aged father or mother a nicely furnished apartment, with electricity, Internet, water, and the typical comforts that daily life offers, or a good school for your children?

8. *Reframing private property as a “patrimonia affectionis.”* The previous considerations reshape how we should understand private property. The simplest analogy for a healthy understanding of property is to observe how good children make use of things at home: they act freely, take what they need, follow their parents’ guidance, and respect the belongings of their siblings. As in any family heritage, members of the family can freely use the assets of that heritage and allocate part of the patrimony for specific individuals, plans, or purposes—formally or informally creating *patrimoniae affectionis*. This is the proper way to understand private property: as a segmented portion of the entire family heritage, assigned to someone for a particular and defined purpose.

Every child knows that setting the bed on fire and other actions are forbidden at home, because they would destroy the home or harm their family. But these prohibitions are among the least important rules concerning property. Why do children have toys? To play freely with their siblings. At its core, a child's freedom at home is directed toward enjoying time together with others. A private property that cannot be shared is an inhumane property and a direct attack on human dignity. Rather than simply taxing the rich or redistributing others' belongings to the poor, authorities should first promote the voluntary and generous sharing of private property and create practical means for everyone to increase the family heritage.

9. Reframing the principle of the common heritage of humanity. In international law, particularly in the law of the sea, the principle of the *common heritage of humanity* has gained recognition.⁸ This principle prohibits appropriation of certain areas or resources (e.g., glaciers, outer space, and the high seas) and encourages the demilitarization of nations, the preservation of species, and the conservation of the environment (cf. Zhou & Xie, 2024 considering some implications of this notion). In several treaties, laws, and scholarly works, the “common heritage of humanity” is generally understood as a list of material and immaterial goods that, either by fact or by legal declaration, belong to everyone.

⁸ See Convention on the Law of the Sea, 1982, Arts. 136-137. *Antarctic Treaty*, 1 December 1959, Art. I; Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty (Madrid Protocol), 1991, Art. 2; Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972, preamble; Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty), 1967, Arts. I-II; Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (*Moon Agreement*), 1979, Art. 11.

Acknowledging that some specific goods may directly belong to all human beings and deserve an especial protection, we believe the “common heritage of humanity” must be understood in broader terms than those of the previous laws and treaties. As Section II has shown, many scholars, traditions, and religious teachings suggest a broader view: that the entire cosmos forms part of the human family heritage. This broader heritage includes and regulates not only those goods that directly belong to all, but also every non-personal element that exists in the cosmos. Therefore, the natural human family heritage encompasses both types of goods, each of which may require its own regulatory framework.

10. Family heritage is a matter of public order. This article has identified several principles that are not subject to individual will, including: the automatic inheritance of the human family heritage at birth, the duty to preserve what we have received and pass it on to future generations (a strictly familial duty connected with the self-preservation inclination), and the radical dependence of human life on the environment. This basic framework of principles and rules, which cannot be altered by individual will, constitutes a matter of “public order” or non-waivable set of principles that must always be respected and protected.

As such, public authorities are justified in enforcing these norms by criminalizing certain conducts, annulling of any laws or contracts that gravely endanger the environmental family heritage without strict necessity, and securing the full ecological compensation in cases where harm has occurred. Likewise, because the heritage belongs the same to all, any member of the human family should hold *erga omnes* standing to compel its restoration.

V. CONCLUSIONS

What, then, have we learned? That the green debate must flow into a household conversation. That the true antonyms of “resource” and “paradise” are not “wilderness” but “orphanhood.” That environmental legislation, stripped of sentimentalism, is simply the charter by which siblings agree not to burn the cradle of their younger kin. And, above all, that we have a home that is our *family heritage*, that we receive it not only “to keep” and give it intact to the next generations, but mostly “to dress” with care, to expand and enrich, and finally give a better home to our successors. That is how family heritages work.

This study has attempted to decipher the original commandment of dressing and keeping paradise (Gen. 2:15) in legal prose with a more personalized and familial approach. May these pages inspire jurists, pastors, and policymakers alike to remember that the soil beneath their feet is family property, the star-scattered roof a parental gift, and every statute, zoning map, or carbon target merely an appendix to the oldest family testament on record. Hopefully, one day we will be able to walk again in paradise together with our Father, and hear once again from his lips that old story that we know well: the story of our family home.

VI. REFERENCES

- Asiama, K. O., R. M. Bennett & J. A. Zevenbergen (2017). “Land Consolidation for Sub-Saharan Africa’s Customary Lands.” *American Journal of Rural Development* 5, pp. 39-41.
- Aubry, C. & C. Rau (1897). *Cours de droit civil français*. 5th ed. Vol. 6. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence.
- Axente, A.-M. (2021). “Family and Family Heritage in Roman Law.” In *2021 Conferința Internațională de Drept*, 320-333.

The environment as a “human family heritage”. Taking seriously legal technical terms

Benedict XVI (2007). *Letter to the Ecumenical Patriarch of Constantinople.*

http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/letters/2007/documents/hf_ben-xvi_let_20070901_ecumenical-patriarch.html.

Benedict XVI (2009). *Caritas in Veritate. Encyclical Letter.* Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.

Bolivia (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.*

Bolivia (December 21, 2010). *Ley de Derechos de la Madre Tierra* [Law of the Rights of Mother Earth]. Ley N° 71.

Bouma, R. (2012). Genesis 2:15: A Science & Religion Commentary. *The Ministry Theorem.* Grand Rapids, MI: Calvin Seminary.
<https://ministrytheorem.calvinseminary.edu>.

Breger, M. J. (2015). Ordre Public and the First Amendment. *Review of Faith & International Affairs* 13, pp. 39-48.

Brown Weiss, E. (1989). *In Fairness to Future Generations.* Dobbs Ferry, NY: Transnational Publishers.

Brown Weiss, E. (1990). Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment. *American Journal of International Law* 84, pp. 198-207.

Catechism of the Catholic Church (1997). 2nd ed. Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.

Cato, M. P. & M. T. Varro (1934). *On Agriculture.* Translated by W. D. Hooper and H. B. Ash. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Chelaru, E. (2012). Comment on Article 31. In *Noul Cod Civil: Comentariu pe articole, edited by Flavius Baias*, 35-36. Bucharest: C. H. Beck.

Chullikatt, F. (April 18, 2013) “*Statement in the Ad Hoc Working Group on Sustainable Development Goals.*” Vatican City: Secretariat of State. http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2013/documents/rc_seg_st_20130418_chullikatt-poverta_en.html.

Drăghici, C. (2021). “The Divisions of the Patrimony and Family Heritage.” In *Conferința Internațională de Drept 2021*, pp. 314-15.

Ecuador (2009). *Constitución de la República del Ecuador..*

Emerson, T. I. (1963). Toward a General Theory of the First Amendment. *Yale Law Journal* 72, pp. 877-956.

Fernández de Rota y Monter, J. (1999). Herencia familiar y cultural en la ruralía. In *Antropología de la transmisión hereditaria*, coordinated by Y. Daiyun, A. Le Pichon, & J. A. Fernández, pp. 70-76.

France. *Code civil.*

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006422766.

Francis (2015). *Laudato Si'. Encyclical Letter*. Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.

Francis (2021). *Letter to the Grand Chancellor of the Pontifical Lateran University*. http://www.vatican.va/content/francesco/en/letters/2021/documents/2021_let_tera_gran-cancelliere-pul.html.

Gada, M. M. (2014). Environmental Ethics in Islam: Principles and Perspectives. *World Journal of Islamic History & Civilization* 4, pp. 130-36.

Gouvernement du Québec (without year). “About Family Patrimony.” *Famille et soutien aux personnes.* <https://www.quebec.ca/en/famille-et-soutien-aux-personnes/couple-famille/mariage-union-civile-ou-union-de-fait/effects/family-patrimony/about>.

Hutschneker, R. & G. Iuliu (1932). *Curs de drept roman*. Bucharest: Tipografia Cartea Românească.

Italy. Codice Civile. <https://www.avvocato.it/codice-civile-libro-primo-titolo-vi-capo-vi-sezione-ii-art170/>.

John Paul II (1981). *Laborem Exercens. Encyclical Letter*. Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.

John Paul II (Jan. 1, 1990). *Message for the XXIII World Day of Peace*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19891208_xxiii-world-day-for-peace.html.

Kasirer, N. (2018). “Couvrez Cette Communauté Que Je Ne Saurais Voir: Equity and Fault in the Division of Quebec’s Family Patrimony.” *Revue Générale de Droit* 25, pp. 580-84, 599.

Lobingier, C. S. (1928). The Marital Community: Its Origin and Diffusion. *American Bar Association Journal* 14, pp. 211-15.

McClain, B. W. (March–April 2002). Piercing the Corporate Veil. *Ohio Law* 16, pp. 14 ss.

Mickelson, K. (2019). Common Heritage of Mankind as a Limit to Exploitation of the Global Commons. *European Journal of International Law* 30, pp. 635-64.

Note (2006). A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy. *Harvard Law Review* 119, pp. 1445-66.

Panggarra, R. & S. Budiman (2025). Revisiting the Creation Mandate ‘Be Fruitful and Multiply, Fill the Earth and Subdue It’ in Genesis 1:28 from an Ecotheological Perspective. *Evangelikal: Jurnal Teologi Injili dan Pembinaan Warga Jemaat* 9, pp. 17-32.

Paul VI (1967). *Populorum Progressio. Encyclical Letter*. Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.

Romania. *Codul Civil*. Bucharest: Monitorul Oficial.

Smith, B. (April 20, 2025) “Seven Generations Principle: Healing the Past & Shaping the Future.” *The Indigenous Foundation*.
<https://www.theindigenousfoundation.org/articles/seven-generations-principle-healing-the-past-and-shaping-the-future>.

Spain. *Código Civil*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

Stoica, V. (2009). *Drept civil: Drepturile reale principale*. Bucharest: C. H. Beck.

UNESCO (1972, November 16). *Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*. 1037 U.N.T.S. 151.

UNESCO (1997, November 11). *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*.

United Nations (1959, December 1). *Antarctic Treaty*. 402 U.N.T.S. 71.

The environment as a “human family heritage”. Taking seriously legal technical terms

United Nations (1967, January 27). *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies* (Outer Space Treaty). 610 U.N.T.S. 205.

United Nations (1979, December 18). *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (Moon Agreement)*. 1363 U.N.T.S. 3.

United Nations (1982, December 10). *Convention on the Law of the Sea*. 1833 U.N.T.S. 3.

United Nations (1991, October 4). *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty* (Madrid Protocol).

United States. Weaver v. Jordan. 64 Cal. 2d 235 (Cal. 1966).

Vatican Council II (1965). *Gaudium et Spes. Pastoral Constitution*. Vatican City: Libreria Editrice Vaticana.
http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_en.html.

Zhou, L. & Q. Xie (2024). Revisiting Heritage in the Ocean: Common Heritage of [Hu]Mankind, Maritime Heritage and Beyond?” *International Journal of Heritage Studies* 30, pp. 687–704. <https://doi.org/10.1080/13527258.2024.2315242>.

Por:

Gianpierre Valverde Encarnación *

Estefany Carrera Espinoza **

*LA APLICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE
RESPONSABILIDAD EN LA REGULACIÓN
SECTORIAL DEL OSIPTEL ¿ES VÁLIDA LA
LIMITACIÓN DEL BENEFICIO AL 10 % DE
REDUCCIÓN?*

Resumen

La presente investigación está enfocada en evaluar si la regulación reglamentaria de la condición atenuante por reconocimiento de responsabilidad configurada por el organismo regulador de telecomunicaciones peruano constituye una condición menos favorable a la estipulada en la ley general de procedimiento administrativo peruano. A través de un análisis dogmático, se ha hecho una evaluación sobre la limitación del porcentaje de reducción del 10% aplicado por el organismo regulador que contrasta con el umbral del 50% de reducción establecido por el marco legislativo general, la misma que ha llevado a concluir que el tratamiento brindado por la agencia reguladora no tiene conformidad con el ordenamiento jurídico, ya que, establece una restricción que vacía de contenido la disposición estipulada en la ley general de procedimiento administrativo peruano que permite reducir hasta el 50% de la sanción cuando el infractor reconozca su responsabilidad de manera expresa y escrita.

* Abogado summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Maestrando del Máster de Regulación de Servicios Públicos de la Universitat de Barcelona. Miembro honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Project Leader en la Secretaría General y Asuntos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. Árbitro del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú. Co-fundador de la Consultora Especializada RegulaTech.pe. ORCID: 0000-0002-3872-9601. gvalverde@pucp.edu.pe

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con una Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno y una especialización en Contrataciones con el Estado por la ESAN Graduate School of Business. Abogada Líder en Licitaciones de Classis Corp. ORCID: 0009-0004-9301-0730. estefanny.carreraes@gmail.com

*** El presente trabajo forma parte de la investigación auto financiada denominada “Las figuras eximentes y atenuantes de responsabilidad en el ordenamiento jurídico administrativo peruano y sus efectos en el cumplimiento de obligaciones regulatorias”, el mismo que dio como primer resultado la tesis titulada: “La regulación del reconocimiento de responsabilidad como condición atenuante regulado en la metodología de cálculo para la determinación de multas del OSIPTEL: un análisis de su compatibilidad con la regulación prevista en la legislación peruana” sustentada con éxito en el Programa de Segunda Especialidad de Derecho Público y Buen Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recibido: 15 de abril de 2025

Aceptado: 02 de noviembre de 2025

Abstract

The present investigation is focused on evaluating whether the regulatory regulation of the mitigating condition for recognition of responsibility configured by the Peruvian telecommunications regulatory body constitutes a less favorable condition than that stipulated in the general law of Peruvian administrative procedure. Through a dogmatic analysis, an evaluation has been made on the limitation of the 10% reduction percentage applied by the regulatory body that contrasts with the 50% reduction threshold established by the general legislative framework, which has led to conclude that the treatment provided by the regulatory agency is not in accordance with the legal system, since it establishes a restriction that empties of content the provision stipulated in the general law of Peruvian administrative procedure that allows a reduction of up to 50% of the sanction when the offender recognizes his responsibility expressly and in writing.

Palabras clave: Derecho Administrativo Sancionador, procedimiento administrativo, responsabilidad administrativa, atenuantes de responsabilidad, reconocimiento de responsabilidad

Keywords: Sanctioning Administrative Law, administrative procedure, administrative responsibility, mitigating responsibility, recognition of responsibility

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA FIGURA DE LA ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO. 1. DEFINICIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. FUNDAMENTOS DE LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. 4. LAS CONDICIONES DE LA ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD. 5. FINALIDAD DE LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. **III. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL INFRACTOR COMO CONDICIÓN ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD.** 1. PRESUPUESTOS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD. 2. NATURALEZA JURÍDICA Y DEFINICIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD. 3. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD. A) Oportunidad. B) Forma. C) Ámbito de aplicación. 4. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD. A) En general: las sanciones. B) En específico: las multas pecuniarias. **IV. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO PERUANO.** 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO PERUANO. 2. LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY 27444. 3. LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN LA RESOLUCIÓN N° 229-2021-CD/OSIPTEL, METODOLOGÍA DE CÁLCULO PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES TRAMITADOS ANTE EL OSIPTEL. **V. LA LIMITACIÓN AL PORCENTAJE MÁXIMO DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL OSIPTEL COMO CONDICIÓN MENOS FAVORABLE A LA ESTABLECIDA EN EL TUO DE LA LPAG.** 1. EL TUO DE LA LPAG COMO NORMA COMÚN. 2. LA PROHIBICIÓN DE IMPOSER CONDICIONES MENOS FAVORABLES. 3. ¿EL OSIPTEL PUEDE LIMITAR AL 10% COMO MÁXIMO DE REDUCCIÓN DE LA MULTA CUANDO EL INFRACTOR RECOÑCE SU RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA? **VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

A fines de 2016 se publicó el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo (Presidencia de la República, 2019) que incorporó la figura del reconocimiento de responsabilidad del infractor como una condición para atenuar la sanción administrativa. Dicha figura introdujo importantes cambios tanto en el tratamiento de la cuantificación como de la imposición de la sanción que ha sido aplicada de manera individualizada por cada una de las entidades con potestad sancionadora; lo que ha generado una dispersión en cuanto al criterio para su adecuada aplicación que, además, sea compatible con la regulación de esta figura prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “TUO de la LPAG”) (MINJUS, 2019).

Sin embargo, a pesar de representar una reforma importante, la introducción del reconocimiento de responsabilidad como condición para reducir la cuantía de las multas ha sido la figura que menos atención capturó de la doctrina administrativa especializada; motivo por el que no ha sido estudiada con la misma amplitud y profundidad que tuvieron otras figuras jurídicas incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1272; como la caducidad, los eximentes de responsabilidad, los principios de confianza legítima, etc.

Así, la doctrina administrativa peruana no ha enfocado su atención en estudiar los alcances del reconocimiento de responsabilidad y su efecto de reducción de multas. Hemos tenido que virar hacia la doctrina extranjera para encontrar fuentes de información en calidad de artículos, monografías, comentarios para revisar las investigaciones que se han producido acerca de esta figura. En el plano

jurisprudencial local, ni el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional han evaluado los alcances del reconocimiento de responsabilidad como condición atenuante. Sin embargo, sí hemos encontrado jurisprudencia administrativa, principalmente, de los tribunales administrativos de los organismos reguladores en los que se ha realizado una labor hermenéutica para interpretar la correcta aplicación de la reducción de la sanción luego de que el administrado haya reconocido su responsabilidad.

Finalmente, a nivel normativo, el régimen general de los atenuantes de responsabilidad se encuentra regulado en el literal a) del numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG en el que se establece que la reducción de la sanción se produce si el administrado reconoce su responsabilidad luego de iniciado el procedimiento sancionador y, de modo especial, se abre la posibilidad de disminuir la cuantía de la sanción hasta la mitad si es que se trata de una multa.

Ahora bien, esta regulación, por ser común, ha sido reproducida y adoptada de manera íntegra por la mayoría de las entidades públicas con competencia sancionadora¹. Sin embargo, el OSIPTEL, a través de su Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL prevé que la reducción de las multas por efecto del reconocimiento de responsabilidad únicamente puede alcanzar el 10% siempre que se realice antes de agotado el plazo inicial de 5 días hábiles.

En tal sentido, en el presente trabajo académico se ha planteado como pregunta de investigación si la regulación de la condición atenuante por reconocimiento de responsabilidad previsto por el OSIPTEL en el ítem 3 de la Resolución N° 229-2021-

¹ Por ejemplo, en la Resolución N° 027-2017-OEFA/CD del OEFA, en la Resolución N° 009-2018-CD/OSITRAN de OSITRAN, en la Resolución N° 208-2020-OS/CD de OSINERGMIN y en la Resolución N° 064-2023-SUNASS/CD de SUNASS se estipula que el reconocimiento expreso del administrado puede alcanzar a reducir hasta la mitad de la multa a aplicar.

CD/OSIPTEL constituye o no una condición menos favorable a la estipulada en el literal a) del numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

En respuesta a dicho planteamiento, nuestra hipótesis parte de la premisa que la regulación prevista por el OSIPTEL sí constituye una condición menos favorable, dado que, a través del ítem 3 de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL solo se habilita la reducción de la cuantía de la multa hasta el 10%, a pesar de que el literal a) del numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG ofrece la posibilidad de reducir la multa hasta un 50% si se presenta el reconocimiento de responsabilidad de manera expresa y por escrito.

De ahí que para desarrollar nuestra investigación nos hemos propuesto como objetivo; en primer lugar, definir la delimitación conceptual de la multa por reconocimiento de responsabilidad. En segundo lugar, evaluar si existe diferencia en el tratamiento jurídico de la atenuación de la multa por reconocimiento de responsabilidad en el régimen sancionador regulado por la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL y en el TUO de la LPAG. Finalmente, comprobar si la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL impone condiciones menos favorables a las establecidas en el TUO de la LPAG al limitar la reducción de las multas solo hasta el 10% como máximo.

En ese sentido, nuestra investigación estará dividida en cuatro secciones. La primera estará dedicada a conceptualizar los alcances teóricos de la atenuante de responsabilidad en el ámbito administrativo. En la segunda sección, acotaremos más el estudio de esta atenuante y nos centraremos en estudiar los aspectos teóricos del reconocimiento de responsabilidad. La tercera sección contendrá la descripción del tratamiento jurídico del reconocimiento de responsabilidad administrativa en el ordenamiento jurídico peruano. Y, finalmente, en la cuarta sección presentaremos el resultado de nuestra investigación y la comprobación o no de nuestra hipótesis que

plantea que el tratamiento jurídico de la responsabilidad administrativa efectuada por el OSIPTEL constituye una condición menos favorable.

II. LA FIGURA DE LA ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

El término “atenuar” es un verbo que refiere a la disminución de una situación o estado. Su efecto produce la reducción de un estado o designación de un hecho que afecta la situación de un individuo o colectivo. Justamente ese efecto descrito es acogido por el Derecho administrativo para instituirla como una figura jurídica que le permitirá denotar la disminución de una situación jurídicamente relevante como, por ejemplo, la responsabilidad administrativa del infractor.

Para ubicarnos en materia, es importante, en primer lugar, aproximarnos conceptualmente a la responsabilidad administrativa. Esta es entendida como el estado en el que incurre un administrado al demostrarse su incumplimiento de una obligación, deber o prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico. Es decir, es la determinación a la que arriba la Administración pública, luego de haber realizado una investigación en la que identifica la contravención producida al ordenamiento jurídico que tendrá consecuencias en el ámbito jurídico del administrado infractor bajo la modalidad de la imposición de un castigo o aflicción que termina configurándose en una sanción administrativa (Ossa, 2009).

Ahora bien, la acción de atenuar la responsabilidad administrativa se explica como la disminución o reducción del castigo, esto es, de la sanción administrativa que puede configurarse en una tipología extensa de modalidades de sanción como la multa pecuniaria (Huergo, 1998). Dicho de otro modo, significa aminorar el castigo impuesto en la medida que el infractor realice determinadas acciones que son valoradas positivamente por el ordenamiento jurídico.

Hasta este punto, hemos desarrollado una descripción preliminar de la institucionalización de la atenuación en el Derecho administrativo como factor de reducción, debido a que, nuestra investigación abordará la disminución en la multa administrativa que detona el reconocimiento de la responsabilidad administrativa hecha por el infractor. Por esa razón, metodológicamente centraremos nuestro análisis en este tipo de atenuación, a pesar de que también tiene existencia en otras disciplinas jurídicas como el Derecho penal, disciplinario, etc.

1. DEFINICIÓN

Es una condición o circunstancias reguladas normativamente y que necesitan ser accionadas por el infractor para recibir una menor sanción a la que originariamente hubiera correspondido de no haber ejecutado ninguna de estas condiciones.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Es una técnica administrativa intraprocedimental cuya aplicación se efectúa en el trámite de un procedimiento sancionador. Lo que nos lleva a interpretar que su utilización solo cobra entidad desde que la Administración pública inicia un procedimiento sancionador contra un administrado y le notifica la imputación de cargos hasta que la misma entidad pública emite la resolución que pone fin al procedimiento con la determinación de responsabilidad².

Además, como señala Sanz, también es una técnica de graduación de la sanción que habilita a la autoridad administrativa a ofrecer al imputado la posibilidad de reducir la sanción que probablemente reciba siempre que cumpla con las condiciones

² En la doctrina y legislación española, el atenuante de responsabilidad no solo es una técnica procedural sino, también, es un mecanismo de terminación anormal del procedimiento administrativo sancionador (Sanz, 2022, p. 19). Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano, la utilización de la atenuación no pone fin al procedimiento sancionador, ya que, solo tiene efectos reductivos en la sanción administrativa.

para activar la atenuación de responsabilidad (2022, p. 19). Sin embargo, esta calificación brindada a esta figura no es pacífica en la doctrina. Como advierte Izquierdo, existen posiciones académicas contrapuestas que defienden, por un lado, que los atenuantes de responsabilidad son elementos que alteran la naturaleza de la infracción porque inciden en el juicio de antijuridicidad y culpabilidad; y, por otro lado, están aquellos que se abonan a la teoría de la técnica procedural y de determinación de la sanción (2010, p. 826).

No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano, expresado en el TUO de la LPAG, se ha adoptado la tesis de considerar a los atenuantes de responsabilidad como condiciones que inciden en la determinación de la sanción, es decir, en la gradualidad de la sanción a aplicar (Morón, 2019, p. 524)

A partir de la observación hecha sobre la naturaleza procedural de la atenuante de responsabilidad, es posible advertir que esta figura instala un deber sobre la Administración pública y reconoce un derecho a favor del administrado. Con relación al primer aspecto, indefectiblemente el ordenamiento jurídico impone un mandato, una orden que la autoridad administrativa debe cumplir siempre que las condiciones sean alcanzadas por el infractor³. De no hacerlo, se configuraría una contravención a las garantías del procedimiento sancionador que contaminaría el acto final con visos de invalidez (García, 2022).

En cuanto al reconocimiento de un derecho a favor del administrado se consagra a nivel normativo el derecho a recibir una “reducción cuantificada de la

³ Sin embargo, el profesor Tornos Más se posiciona en una postura contraria, ya que, para él, la reducción de la sanción encaja dentro de la actividad discrecional de la Administración pública: “no se especifica si esta forma de finalización debe adoptarse a instancia de parte o de oficio, pero la jurisprudencia ha establecido que la opción por esta forma de finalización corresponde en todo caso a la Administración” (2021, p. 606.)

sanción pecuniaria” en la medida que concede una ventaja o beneficio para el infractor que activó alguna de las condiciones atenuantes de responsabilidad (Sanz, 2022, p. 22).

3. FUNDAMENTOS DE LA ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El fundamento para la configuración de la atenuación de responsabilidad en el Derecho administrativo reside en el principio de eficiencia y eficacia de la Administración pública y en el principio de proporcionalidad o razonabilidad.

Sobre los dos primeros, el razonamiento esbozado por la teoría jurídica sostiene que existe un constante incremento de las sanciones impuesta por las autoridades públicas que representan un reflejo de la incapacidad que tienen para cumplir con su *enforcement of law*. En la búsqueda de una solución a esta deficiente labor, surge esta técnica con la que se busca disminuir la disposición de recursos de la Administración relacionados a las actuaciones procedimentales para satisfacer el mandato dictado a la Administración pública de ser alcanzar la eficiencia en sus actuaciones (Sanz, 2022, p. 25). Por otro lado, el efecto de la reducción de las sanciones está alineado a la intención de que estas sean proporcionadas y que ello suponga un equilibrio entre la función disuasoria de la sanción y la proscripción del exceso de punición. Sobre este particular, Rodríguez sostiene que la disminución del castigo debe diseñarse y emplearse dentro de los márgenes que supongan una aceptación interesante para el infractor sin que rebalse la línea de proporcionalidad (2009, p. 163).

4. LAS CONDICIONES DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

A nivel de la doctrina especializada⁴, el reconocimiento de responsabilidad y el pago anticipado son las condiciones de atenuación por antonomasia sin que ello sea

⁴ Véase La reducción de sanciones por pago adelantado y por reconocimiento de la responsabilidad (Sanz, 2022), La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o

limitativo de encontrar en otros ordenamientos jurídicos o regímenes especiales otras condiciones de atenuación de responsabilidad⁵.

Así, el reconocimiento de responsabilidad es el acto voluntario del infractor de expresar de manera clara e incuestionable su aceptación de haber contravenido el ordenamiento jurídico en cualquier momento del procedimiento sancionador. Evidentemente, la oportunidad desempeñará un rol importante porque en función a la etapa del procedimiento en que se realice la declaración se podrá optar a una mayor o menor reducción de la sanción (Santamaría, 2010).

En cuanto al pago anticipado, Rodríguez la define como una condición atenuante que le permite al infractor reducir su sanción siempre que ejecute voluntariamente la sanción antes que finalice el procedimiento administrativo (2009). Observamos que, a diferencia del reconocimiento de responsabilidad, no se requiere ni obliga al infractor a expresa su reconocimiento, pero ello se sobrentiende tácitamente si este decide ejecutar el pago de la multa.

No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano solamente se le da reconocimiento jurídico de condición atenuante al reconocimiento de responsabilidad; mientras que el pago anticipado es una figura que se ubica como un beneficio posterior a la emisión del acto administrativo sancionador para que el infractor disminuya en un determinado porcentaje si decide pagar la multa en lugar de optar por la interposición de un recurso impugnatorio.

pago voluntario (García, 2022), Terminación del procedimiento por reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado (Puigmulé, 2022), La extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones (Izquierdo, 2010), entre otros.

⁵ Por ejemplo, en el numeral i) del artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL se estipula como factor atenuante de responsabilidad, además del reconocimiento de responsabilidad, al cese de los actos y la reversión de los efectos.

Ahora bien, esto no obsta, como veremos más adelante, que un régimen especial incorpore el pago anticipado como una condición atenuante de responsabilidad, ya que, nuestra legislación administrativa general abre el espectro para que sean las leyes especiales quienes aumenten el listado de condiciones atenuantes.

5. FINALIDAD DE LA ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Tiene por objetivo la valoración del comportamiento del administrado después de haber incurrido en la conducta infractora para determinar si se han presentado factores que permitan hacer un uso eficiente de los recursos a disposición de las entidades públicas durante el trámite de sus investigaciones (Morón, 2019, p. 524).

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL INFRACTOR COMO CONDICIÓN ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD

1. PRESUPUESTOS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

El reconocimiento de responsabilidad descansa en presupuestos que explican su identidad y su propósito. El primero de ellos en ser reconocidos es su carácter voluntario y consentido. Debe ser un acto libre de condicionamientos. La autoridad no puede obligar al imputado a reconocer su responsabilidad porque esta sería viciada, ya que, enervaría el carácter voluntario y libre de esta figura. Por ello, el reconocimiento debe nacer de una valoración interna del sujeto imputado sin ningún tipo de coacción (Morón, 2019, p. 526).

No obstante, la autoridad tiene autorización de poner en conocimiento al imputado de que puede acogerse al beneficio de reducir su responsabilidad, si es que reconoce completamente haber cometido la infracción imputada. Ello no vicia la voluntad ni el consentimiento, ya que, únicamente se está haciendo público la

existencia de un beneficio que adquiere ribetes de derecho en cuanto el imputado decida confesar su responsabilidad.

Otro presupuesto que está vinculado al primero es que el reconocimiento es compatible con el derecho a la no autoincriminación. De acuerdo con Rebollo, este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable permite al imputado conservar su silencio y definir libremente el contenido de sus declaraciones; por lo que, ninguna normativa ni autoridad pueden interpretar que el silencio es sinónimo de reconocimiento de responsabilidad (2019, p. 545).

Así, el reconocimiento de responsabilidad no colisiona con el derecho a la no autoinculpación, ya que, la decisión de admitir la responsabilidad es voluntaria, cognitiva y libre; ya que, no se coacciona al imputado para que lo haga ni se instituye una amenaza de considerar su silencio como sinónimo de reconocimiento⁶.

Y, por último, otro presupuesto del reconocimiento es su función de colaboración con la investigación. Líneas arriba hemos descrito que el fundamento que sostiene a la atenuación de responsabilidad es su finalidad de premiar al imputado con una reducción de su sanción si es que realiza determinadas acciones que ayuden a promover ciertos comportamientos después de la infracción que implican cooperar con la Administración Pública y simplificar su penalización (Cano, 2019).

De tal modo que, el reconocimiento coadyuva a la investigación de la autoridad en tanto ya no será necesario continuar recabando medios probatorios ni

⁶ Para Morón, es crucial destacar que no se debe confundir la condición atenuante del reconocimiento de la comisión de la infracción con una negación del derecho esencial a no declarar contra sí mismo, que surge del principio de debido proceso y está “reconocido en instrumentos internacionales como en el literal g) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos” (2019, p. 526).

construyendo una teoría del caso para demostrar la responsabilidad porque ésta ya fue admitida por el imputado; lo que acelera la finalización del procedimiento.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y DEFINICIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

Es una declaración emitida por el administrado que se encuentra imputado de haber cometido u omitido una conducta infractora que le amerita ser castigado con una sanción administrativa en tanto se demuestre su responsabilidad (Fuentes, 2009; Garberí, 2008).

Su naturaleza jurídica se sitúa dentro de los actos de admisión de responsabilidad producida por el administrado que, de manera libre, consciente, coherente y uniforme, manifiesta, sin mediar coacción alguna, su participación inmediata en la comisión de un hecho ilícito; por lo que representa una aceptación completa de la acusación presentada incluyendo la sanción establecida (Rebollo, 2016, p. 531).

3. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

A) Oportunidad

El momento para aceptar la responsabilidad de las imputaciones conferidas es desde que el administrado toma conocimiento de la imputación de cargos. Antes de ese acto, el reconocimiento no tendrá efecto alguno en la graduación de la sanción, ya que, no tendrá la suficiente dimensión para constituir el derecho a favor del administrado a que se le reduzca la sanción. Asimismo, se neutraliza la posibilidad de reducir la sanción si es que el reconocimiento se realiza una vez finalizado el procedimiento administrativo (Sanz, 2022, p. 21).

No obstante, no existe ninguna restricción para que el administrado admita su responsabilidad momentos antes de la resolución de sanción, ya que, esta decisión si cumple con los requisitos característico de esta figura: por un lado, que exista un procedimiento iniciado; y, por otro lado, que este procedimiento siga en marcha. Por ello, la autoridad debe admitir el reconocimiento en cualquier momento del procedimiento sancionador, así este se haya dado un poco antes de la emisión de la resolución de sanción (Alarcón, 2018).

Sin embargo, el momento de la decisión tendrá un impacto en la reducción, ya que, a medida que el procedimiento avance, la autoridad podrá evaluar si la reducción por reconocimiento será menor a la que se hubiera obtenido si este llegase inmediatamente después de la notificación de imputación de cargos.

Hechas estas precisiones, pueden surgir las siguientes interrogantes: ¿puede hacerse alegaciones posteriores al reconocimiento de responsabilidad? ¿surte el mismo efecto si el reconocimiento se realiza después de que el imputado haya presentado sus alegaciones?

En relación a la primera pregunta, al igual que Sanz, consideramos que ello no es posible, ya que, el reconocimiento debe ser invariable y, por ende, debe marcar un hito del que posteriormente el imputado infractor no puede presentar ninguna alegación si su objetivo es conservar el beneficio de la reducción (2022, p. 44).

En la medida que el infractor postula argumentos de defensa luego de admitir su responsabilidad, anula por completo el efecto que hubiera podido obtener de este acto, debido a que, la investigación continuará y la autoridad deberá seguir disponiendo recursos; lo que desnaturaliza la esencia de la atenuante por reconocimiento: acelerar la finalización del procedimiento y evitar el uso de recursos públicos.

En cuanto a la segunda pregunta, nuestra postura es que sí es posible reconocer la responsabilidad de modo posterior a la presentación de alegaciones. Negar esta opción al imputado no es razonable, a pesar de que podría argumentarse que los beneficios para la autoridad no serían los mismos, en tanto que ha tenido que conducir una investigación y agotar diferentes actuaciones en el marco del trámite. En esencia, aún subsistiría el beneficio a favor de la Administración, ya que, este reconocimiento le ahorraría continuar con la instrucción del procedimiento.

No obstante, el monto de reducción no sería el mismo al que hubiese obtenido si su reconocimiento se hubiera dado desde el inicio y sin alegaciones de defensa de por medio.

B) Forma

El reconocimiento debe manifestarse de modo expreso, total e inequívoco para que sea admitido por la autoridad y se confiera el derecho a favor del imputado a reducir su sanción.

Cuando hacemos referencia a que debe ser expreso implica que el imputado tiene que emitir esta declaración directamente a la autoridad dentro del marco de la investigación, a través de una carta, contenida en un escrito de alegaciones o durante el desarrollo de una audiencia concedida por el órgano instructor o el resolutor.

Asimismo, debe ser total en tanto no es admisible que lo haga parcialmente. Es decir, no califica como válido el reconocimiento que se haga de un componente de la infracción o un hecho que configura el acto infractor, ya que, lo que se busca es que se reconozca la responsabilidad. Sin embargo, eso no impide que, ante 2 o más infracciones imputadas, el administrado decida reconocer una de ellas y continuar su defensa contra las demás. Y, por último, el reconocimiento debe ser inequívoco. Toda

declaración de reconocimiento que sea ambigua o vaga no será calificada como válida para que la autoridad aplique el atenuante de responsabilidad.

C) Ámbito de aplicación

La configuración del reconocimiento de responsabilidad está ideada para tener aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores. ¿Cuál es la razón? Al tratarse de un acto donde el imputado confiesa su responsabilidad sobre una imputación proferida por la autoridad competente, el único cauce que ofrece esta plataforma es el procedimiento administrativo sancionador.

No tendría utilidad alguna que un administrado reconozca la responsabilidad de la comisión u omisión de una conducta infractora si es que la entidad competente no le acusa absolutamente de nada. Es decir, no existiría la necesidad de hacerlo, ya que, no habría conocimiento alguno por parte del administrado de que la autoridad tiene intención de convertirlo en imputado.

Por ello, es que solo tiene cabida el reconocimiento en el marco de un procedimiento sancionador, porque, ya existe una imputación y el imputado (que dejó de ser un simple administrado) empieza a evaluar su estrategia de defensa, dentro de las que conoce que existe la opción de admitir haber cometido la infracción para conseguir una reducción en su sanción administrativa.

Ahora bien, también surge la pregunta de si se puede reconocer posteriormente a la finalización del procedimiento sancionador. La doctrina especializada no ha tenido oportunidad de analizar este supuesto, por lo que, la apreciación que manifestaremos es un ensayo para intentar responder a esta duda. Es necesario partir de los fundamentos de la atenuación de responsabilidad y de la propia figura del reconocimiento para entender hasta qué extremo de la investigación puede efectuarse su aplicación. Así, cabe recordar que el trasfondo de reconocer la responsabilidad

reside en satisfacer el principio de eficiencia y eficacia en la medida que se busca evitar el gasto innecesario de recursos para la investigación y determinación de responsabilidad de uno o más imputados. En otras palabras, se otorga un beneficio a favor del imputado a cambio de que este acepte su responsabilidad y evite que la autoridad disponga de recurso para investigar, ya que, ya no es necesario hacerlo en vista de que el mismo imputado decidió convertirse en infractor por decisión propia.

Con base en ello, no adquiere sentido que el imputado reconozca su responsabilidad luego de que la propia autoridad haya demostrado su responsabilidad con la imposición de una sanción administrativa, ya que, los recursos públicos ya fueron erogados; y, además, no es importante para la investigación que el imputado admita su responsabilidad. Por ello, no es posible gatillar el beneficio si el acto de confesión se da posteriormente a la resolución de primera instancia.

4. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

A) En general: Las sanciones

El efecto del reconocimiento se irradia exclusivamente en las sanciones administrativas. Se descarta, por ende, cualquier intento de extender sus aplicaciones a otras medidas de gravamen que guarden similitudes con la sanción administrativa como una medida correctiva, una multa coercitiva, etc. (Gómez y Sanz, 2017).

El fundamento de esta delimitación del ámbito de aplicación del efecto se debe a que el imputado busca aminorar el impacto de su castigo. Detrás de ello, existe un interés particular de evitar soportar una aflicción mayor que se va a materializar únicamente a través de una sanción administrativa.

Por ello, no hay ningún incentivo a favor del imputado en que la reducción sirva para disminuir el impacto de un acto diferente a la sanción.

Con todo, sirve de mucho hacer una demarcación del límite conceptual de la sanción administrativa. Para Rebollo, “(...) las sanciones administrativas son castigos previstos por el ordenamiento para ser impuestos por la Administración” (2021, p. 45) y su caracterización se facilita con la identificación de tres elementos esenciales: a) su vocación de generar un perjuicio b) su aparición como consecuencia de un ilícito administrativo; c) su carácter retributivo o afflictivo (Rebollo, 2021, p. 54).

Estos 3 aspectos son necesarios que estén presentes en una medida de gravamen para que sea calificada como sanción, pero, principalmente, la última característica: la función retributiva.

Este aspecto es el diferencial porque individualiza a la sanción como una entidad jurídica distinta a las otras medidas de gravamen que limitan derechos personales con otros propósitos (coerción y estímulo para la observancia de las leyes, disuasión frente a posibles infracciones; o compensación por incumplimientos efectivamente llevados a cabo (Nieto, 2012, p. 157); a diferencia de la sanción administrativa cuya única finalidad es provocar un daño, una aflicción en el infractor y no le interesa en nada buscar otro propósito más que el de castigar.

Así, el reconocimiento de responsabilidad le permite al infractor disminuir su castigo, ya sea, que este sea una sanción personal (p. ej., inhabilitación, suspensión, pérdida de derechos) y sanciones reales (p. ej., multas pecuniarias, clausuras de establecimientos, etc.) (Huergo, 1998).

B) En específico: Las multas pecuniarias

Las multas pecuniarias son sanciones administrativas reales que buscan afigir un daño en el patrimonio del imputado. Por lo general, son sanciones dinerarias que el infractor responsable debe pagar a favor de la Administración por haber infringido un deber legal perteneciente al ordenamiento jurídico administrativo, “previa

sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador y bajo apercibimiento de ejecución coactiva por la propia autoridad gubernativa” (Morón, 2023, p. 44).

La fórmula que utiliza el ordenamiento jurídico para explicitar el potencial beneficio que obtendría el imputado si decide acogerse a admitir su responsabilidad es establecer umbrales de reducción basados en porcentajes. Así, por ejemplo, el legislador podría establecer una reducción de hasta el 50% de la multa pecuniaria si el imputado decide reconocer su responsabilidad, como es el caso del ordenamiento jurídico peruano.

IV. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO PERUANO

La regulación general del procedimiento administrativo y, en específico, del procedimiento administrativo sancionador se encuentra prevista en el TUO de la LPAG. Dicho cuerpo normativo dispone los preceptos legales que serán de aplicación obligatoria y trasversal por todas las regulaciones sectoriales, especiales comandadas por sus respectivas autoridades.

No obstante, puede surgir voces que aboguen por degradar la vocación del TUO de la LPAG a una norma de aplicación suplementaria a las normativas especiales en virtud del principio de especialidad de la norma. Sin embargo, dicha aplicación no es desacatada por el TUO de la LPAG.

Al contrario, esa esencia la conserva y la ofrece como soporte permanente. Pero, también, como señala Danós, (de ahí su particularidad) que, a pesar de su carácter de norma general, el TUO de la LPAG tiene como objetivo determinar de manera explícita la preferencia de los principios de la potestad sancionadora administrativa, junto con

la estructura y garantías fundamentales establecidas para regular el procedimiento administrativo, en contraposición a cualquier otra norma legal especial que pudiera no incluirlos o limitar sus efectos, o que intente imponer condiciones menos favorables a los administrados, como ha ocurrido frecuentemente en nuestro sistema legal. Desafortunadamente, no son pocas las leyes que especifican explícitamente la no aplicación de estos principios a la luz de una justificación basada en la particularidad de la materia regulada, lo cual genera situaciones de grave arbitrariedad e inseguridad jurídica (2019, pp. 500-501).

De modo tal que, si bien el TUO de la LPAG funciona como una norma suplementaria, también ordena la observancia de los principios y garantías mínimas del procedimiento administrativo sancionador y que deben ser cumplida sin distinción por todas las instituciones públicas dotadas de competencia sancionadora (Alarcón, 2007)

En tal sentido, en esta sección describiremos, en primer lugar, la regulación general, en vista de observar cuáles son las garantías mínimas que se atribuyen a la atenuación de responsabilidad por reconocimiento; y, en segundo lugar, el tratamiento legal brindado a esta misma figura en la regulación sectorial de las telecomunicaciones.

5. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO PERUANO

De manera anterior a la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, la legislación general no contemplaba dentro de su régimen de atenuantes al reconocimiento de responsabilidad. Ni siquiera con las reformas del 2008 ni con la propuesta formulada a través del Anteproyecto de la Ley que propone la modificación

de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General se contempló al reconocimiento de responsabilidad como una condición atenuante de responsabilidad.

En ese sentido, el anteproyecto postuló como condiciones a la subsanación voluntaria, que, dicho sea de paso, en la actual redacción legislativa constituye una condición eximente de responsabilidad; también al error inducido por la administración por actos o disposiciones administrativas confusas.

De modo que, recién con el Decreto Legislativo citado, aparece el reconocimiento de responsabilidad como una condición atenuante, seguramente, inspirada en la regulación española positivizada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que reguló en su artículo 85 esta figura como causal de terminación de los procedimientos sancionadores⁷.

6. LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY 27444

El reconocimiento de responsabilidad está regulado como condición atenuante de responsabilidad en el literal a, del inciso 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG en el que se estipula en la siguiente redacción (MINJUS, 2019):

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones, (...) 2. Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el

⁷ Artículo 85. Terminación en los procedimientos sancionadores

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe. b) Otros que se establezcan por norma especial

La redacción prevista en el glosado artículo recoge muchos de los aspectos conceptuales y funcionales de esta figura jurídica. En primer lugar, delimita su ámbito de aplicación única y exclusivamente a los procedimientos administrativos sancionadores. La redacción del artículo 257 del TUO de la LPAG es indubitable, porque, expresa que el efecto del reconocimiento solo opera luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador. Es decir, el infractor confeso puede admitir su responsabilidad luego de que se le haya notificado la imputación de cargos.

Esta delimitación restringe cualquier posibilidad de que el reconocimiento se realice antes o después de duración del procedimiento sancionador. Por un lado, la ley no concede ningún beneficio o privilegio a favor del infractor si es que este realiza su confesión antes de iniciado el procedimiento. Incluso, no existe ninguna mención sobre cuál sería el efecto en caso el administrado se anime a realizarlo, ya sea, que la autoridad competente considere su confesión como si “hubiese” sucedido después del inicio de la investigación o si no la considerará de plano.

Por otro lado, también se confina el acto de reconocimiento a efectuarlo antes de que el procedimiento sancionador finalice. Con ello, elimina cualquier opción de que el infractor postule su reconocimiento en las instancias posteriores, tanto en la vía de reconsideración como en la de apelación, ya que, estas son calificadas como procedimientos recursivos; categoría que está fuera del ámbito de aplicación del reconocimiento. Con todo, es plausible que la ley previó límites espaciales y temporales al uso del reconocimiento de responsabilidad, ya que, solo tendrá efecto si

se realiza dentro del trámite del procedimiento sancionador, por lo que se descarta su utilidad si el reconocimiento se hace antes o después de la duración del trámite procedural.

En segundo lugar, la regulación no específica si existe un orden de prelación fijado para que el imputado admita su responsabilidad. Es decir, el dispositivo legal no restringe el reconocimiento a un determinado momento o etapa del procedimiento, por lo que, desde una visión garantista y finalista de esta figura, es posible concebir que allí donde la norma no ha determinado un tratamiento, las regulaciones especiales o sectoriales deben incorporar su aplicación respetando su naturaleza y evitando imponer condiciones menos favorables.

En tal sentido, en la línea de los formulados por Morón, se debe entender que el administrado tiene la facultad de declarar la responsabilidad por las acciones infractoras que se le atribuyen y estos efectos se producirán desde el momento de la sanción hasta el instante en que se emite la resolución de sanción (2019, p. 525)

Ahora bien, lo cierto es que, el hecho de que no exista una delimitación precisa y específica sobre el tratamiento legal de esta figura, permite interpretar que la legislación ha optado por conceder un cierto margen de discrecionalidad a favor de la Administración a fin de que esta pueda modular el efecto de la reducción en tanto si el reconocimiento se realiza instantes posteriores a la imputación de cargos, luego de que el imputado presente alegaciones o días antes del vencimiento del plazo de duración del procedimiento sancionador.

Sin embargo, como se ha recitado previamente, esta discrecionalidad no puede ni debe contradecir la finalidad del reconocimiento ni regularse en condiciones menos favorables a las que han sido estipuladas por la norma común que es el TUO de la LPAG.

Por otro lado, el precepto legal impone la exigencia de que el reconocimiento debe hacerse en una determinada formalidad: expresa y escrita. Ello implica que la declaración del imputado debe evitar ser vago o ambiguo, al tiempo que debe realizarse a través de un documento donde se trasmite la comunicación de manera escrita e indubitable sin que pueda generarse ninguna duda sobre el sentido del reconocimiento (Morón, 2019, p. 526).

Asimismo, el efecto atenuante opera en la disminución de la sanción, ya sea esta personal o real, ya que, la disposición legal no diferencia entre ninguna de ellas: su aplicación es total. De hecho, específica que, para el caso de las multas pecuniarias, la atenuación se realizará sobre la graduación de la multa, pudiendo la autoridad valorar una reducción de hasta el 50% del monto original.

Finalmente, deja abierta la opción de que se formulen otras condiciones de atenuación diferentes al reconocimiento en las normas sectoriales. Sin embargo, la única interrogante que surge de esta redacción reside en determinar si el TUO de la LPAG contempla la terminología “norma especial” para referirse a una norma con rango de ley o, desde una acepción amplia, para referirse a cualquier norma, sin importar su alcance jurídico: ley o reglamento.

En este punto, nos abonamos a la tesis de que la norma hace referencia a la acepción amplia de norma especial, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico se privilegia la colaboración reglamentaria y existe abundante desarrollo reglamentario que regula la aplicación de la potestas sancionadora. No obstante, el único límite jurídico que no debe sobrepasar el dispositivo elegido es que contradiga o imponga condiciones menos favorables a las contempladas en el TUO de la LPAG.

7. LA REGULACIÓN DE LA ATENUACIÓN DE MULTA POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN LA RESOLUCIÓN N° 229-2021-CD/OSIPTEL, METODOLOGÍA DE CÁLCULO PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES TRAMITADOS ANTE OSIPTEL⁸

El reconocimiento de responsabilidad se encuentra previsto como un factor atenuante que incide en la graduación de la sanción en el inciso i) del artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL. La redacción acogida por el regulador fue la siguiente:

Artículo 18.- Graduación de las sanciones y beneficios por pronto pago, (...), i)
Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa (OSIPTEL, 2013).

Como se puede apreciar, la técnica normativa escogida por el OSIPTEL es bastante amplia, pero, en esencia, es coherente con la regulación prevista en el TUO de la LPAG. La distinción entre una y otra disposición va más en la línea de que en el precepto sectorial el OSIPTEL añade otras condiciones atenuantes de responsabilidad como el cese y la reversión de los efectos, lo cual es completamente válido si atendemos la fórmula de “cajón de sastre” que se instaló en la norma general.

⁸ Para la fecha de la elaboración del presente trabajo, aún no se había publicado la Resolución N° 102-2025-CD/OSIPTEL, “Norma que modifica el Reglamento General de Infracciones y Sanciones”, que reformó la regulación del atenuante por responsabilidad y eliminó la limitación hecha por el OSIPTEL al tope de 50% de reducción de la multa.

Sin embargo, el OSIPTEL desarrolla aún más el tratamiento jurídico brindado al reconocimiento de responsabilidad como condición atenuante y este se puede observar en la Metodología de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL, aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (en adelante, la Metodología)

De acuerdo a esta reglamentación adicional, el OSIPTEL añade disposiciones para delimitar el alcance del efecto del reconocimiento en virtud de la oportunidad de su realización. Así, se estableció que, debido a la inexistencia de un monto fijo determinado por la norma, se deberían configurar valores de ponderación “para aplicar una cuantía mayor o menor de reducción de multa” (OSIPTEL, 2021).

En ese sentido, en el numeral (i) del literal A de la Metodología, se dispuso un límite máximo de reducción del 10% de la multa siempre que el reconocimiento se haya dado dentro del quinto día posterior a la fecha de notificación de inicio del procedimiento administrativo sancionador; mientras que la reducción será de 5% si el reconocimiento se realiza luego de transcurridos los 5 días hábiles desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta antes de la imposición de la sanción.

Este tratamiento marca una distinción notable de la regulación prevista en el TUO de la LPAG, ya que, en esta norma, se abre la posibilidad de que la reducción pueda llegar a alcanzar hasta la mitad de la multa propuesta siempre que la evaluación de la autoridad llegue a la conclusión de que el imputado merece dicha máxima cuantía de reducción.

Esta posición asumida y positivizada por el OSIPTEL se fundamenta en el propósito de evitar comportamientos oportunistas que “buscarían maximizar el beneficio ilícito que obtenga el imputado y que desvirtúe la finalidad del castigo” (Jiménez, 2020, p. 98); lo cual, en buena cuenta, guarda asidero jurídico. Sin embargo,

resulta llamativa la limitación adicional impuesta en esta regulación sectorial al efecto de atenuación que disminuye la reducción de la multa a un máximo de 10% cuando la normativa común y general la permite hasta un 50%.

Veremos, en la siguiente sección, si esta restricción adicional es compatible con la regulación general y común dispuesta en el TUO de la LPAG o, si, por el contrario, constituye una condición menos favorable que debe ser removida de la regulación sectorial a efectos de no vaciar de contenido el derecho de los administrados a verse beneficiado por reconocer su responsabilidad.

V. LA LIMITACIÓN AL PORCENTAJE MÁXIMO DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR OSIPTEL COMO CONDICIÓN MENOS FAVORABLE A LA ESTABLECIDA EN EL TUO DE LA LPAG

Luego de haber desarrollado el marco conceptual y jurídico de la figura del reconocimiento de responsabilidad en donde explicamos su naturaleza jurídica, su funcionamiento y el propósito de su operatividad, corresponde evaluar en esta sección si el tratamiento jurídico de esta figura prevista en la Metodología compatibiliza con los alcances regulatorios estipulados en el literal a), del inciso 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

Como ha sido expresado, en la Metodología, se impone un umbral máximo del 10% de atenuación de la responsabilidad siempre que el infractor admita su responsabilidad dentro de los 5 días hábiles posteriores al inicio del procedimiento sancionador; a diferencia de la disposición del TUO de la LPAG que dispone la posibilidad de atenuar hasta, como máximo, el 50% de la multa.

De tal manera, de inicio observamos que existe una diferencia en los tratamientos jurídicos tanto de la norma general como de la normativa específica. Concretamente, se trata de una limitación impuesta por el OSIPTEL que se operativiza

en los procedimientos sancionadores que son conducidos por sus órganos resolutores (Gerencia General y TRASU).

En tal sentido, lo importante en este punto es definir si esta limitación en la aplicación del atenuante es válida o no, desde el punto de vista de los márgenes constitucionales y legales que tiene el OSIPTEL para modular las disposiciones comunes y generales de la potestad sancionadora.

1. EL TUO DE LA LPAG COMO NORMA COMÚN

La ley general del procedimiento administrativo regulada en el TUO de la LPAG tiene como una de sus principales características ser una norma con vocación unificadora. Eso significa que alberga disposiciones obligatorias que disciplinan la aplicación de la potestad sancionadora de todas las entidades públicas que gocen de esta competencia sin excepción alguna, con independencia de las leyes sectoriales que regulen procedimientos especiales (Danós, 2019b, p. 30).

Esta particularidad que nuestro ordenamiento jurídico le ha concedido a esta normativa general implica una inversión de la regla del principio de especialidad de las normas jurídicas, ya que, canónicamente, las disposiciones dictadas en el seno del TUO de la LPAG siempre se privilegiarán a cualquier regulación dictada bajo la cobertura de una legislación especial; de modo tal que, el brocado jurídico de ley especial prima sobre ley general no se aplica en el caso de las disposiciones del TUO de la LPAG (Danós, 2019a; Huapaya, Shimabukuro y Alejos, p. 14).

Los presupuestos jurídicos que sostienen esta excepción principista se fundan en dos aspectos esenciales. El primero de ellos estriba en que los principios, garantías y condiciones recogidas en el TUO de la LPAG tienen un origen constitucional. Es decir, su acatamiento tiene una fuente de la más alta jerarquía normativa; por lo que no puede ser soslayada por ninguna autoridad administrativa. Digamos, en todo caso, que

el TUO de la LPAG solamente reconoce y positiviza estas garantías y mandatos constitucionales favorables a los administrados más no las constituye ni configura. De ahí que, las leyes especiales no pueden inaplicar estas disposiciones estipuladas en la norma común; ya que, de lo contrario, se configuraría una infracción constitucional.

El otro aspecto que sostiene la prevalencia de los principios generales de la potestad sancionadora y de las normas garantistas del procedimiento administrativo sancionador establecido en el TUO de la LPAG en comparación con las leyes especiales sobre el tema estriba en que en el ámbito sancionador, el principio de especialidad normativa resulta extremadamente complicado de aplicar (Danós, 2019a, p. 501).

En toda regla, el TUO de la LPAG ordena y disciplina la actividad de configuración normativa de las entidades pública con el propósito de que sus reglamentos respeten y sean compatibles con la estructura legal de aplicación común y transversal, de modo tal que las Administraciones públicas, debido a su facultad sancionadora, tendrán que poner en práctica lo establecido en la ley que desplazará, en cualquier circunstancia, la normativa previa que no sea completamente compatible con la misma (Rams, 2019, pp. 149-150).

2. LA PROHIBICIÓN DE IMPONER CONDICIONES MENOS FAVORABLES

En el artículo II, inciso 2 del TUO de la LPAG se prevé que las leyes especiales que dispongan la creación de procedimientos especiales, entre ellos, los sancionadores, no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en esta ley (MINJUS, 2019).

El significado de este precepto normativa es de una importancia capital porque instaura una proscripción inquebrantable para las entidades públicas, quienes no pueden desnaturalizar o desvirtuar el contenido garantista del TUO de la LPAG por efecto de su potestad normativa. Si hacemos la lectura sistemática y volvemos sobre

la vocación unificadora de la ley, encontramos un cóctel jurídico y normativo contundente que establece dos condiciones sine qua non para las Administraciones pública. Por un lado, tienes a la ley que prohíbe la imposición de condiciones menos favorables a las contenidas en este cuerpo legislativo; y, por otro lado, tienes la vocación unificadora que vincula a las entidades públicas a obedecer esta disposición.

De tal modo, que se erigen dos candados que no pueden ser abiertos por ninguna entidad en tanto la finalidad es asegurar el “principio de unidad como criterio rector de los procedimientos sancionadores y establecer un núcleo de aplicación general e ineludible a todos los procedimientos independientemente de su especialidad” (MINJUS, 2022, p. 4).

En primer lugar, ninguna norma, independientemente de su fuerza normativa, puede establecer condiciones menos favorables a las dictadas en la propia ley común. Por lo que se colige que si la prohibición aplica para las leyes, por añadidura, también opera para los reglamentos. En segundo lugar, tan rigurosa es la protección jurídica de esta proscripción que, inclusive, si se pretendiese establecer una condición más beneficiosa al administrado o al interés público, el instrumento normativo debe tener fuerza de ley (MINJUS, 2024, p. 10).

Con todo, queda establecido que no existe posibilidad de que ninguna ley pueda contradecir las disposiciones, garantías y derechos a favor del administrado y mucho menos una norma reglamentaria puede imponer condiciones menos favorables justamente, debido a que, esta configuraría una infracción.

3. ¿EL OSIPTEL PUEDE LIMITAR AL 10% COMO MÁXIMO DE REDUCCIÓN DE LA MULTA CUANDO EL INFRACTOR RECONOCE SU RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA?

El punto de partida de esta última sección fue determinar si la limitación impuesta por el OSIPTEL al porcentaje de reducción de la multa es legalmente válida y está en consonancia con los principios y garantías del TUO de la LPAG en tanto norma común que proscribe la instauración de condiciones menos favorables para los administrados en la producción normativa de los regímenes de aplicación de la potestad sancionadora, llámese legislativa y reglamentaria, de las entidades públicas.

Habíamos arribado a la conclusión que nos permitió identificar la existencia de una diferencia sustancial en los tratamientos jurídicos que se le concedía al reconocimiento de responsabilidad en el ámbito del TUO de la LPAG y en la Metodología de Cálculo del OSIPTEL y el objetivo era definir si esta diferencia era compatible con la base normativa vigente o si, por el contrario, representaba una vulneración a las garantías de los administrados.

Para alcanzar una respuesta fue necesario advertir que el TUO de la LPAG era una norma común y de aplicación preferente a todas las legislaciones especiales que dicten normas sobre el régimen sancionador sectorial o especial; y, seguidamente, fue importante reconocer que también, como extensión de su influencia, se prohíbe estrictamente cualquier intento de establecer condiciones inferiores a las consagradas o reconocidas en el TUO de la LPAG.

Y fue importante realizar este ejercicio, debido a que, el objeto de nuestra investigación se resume en determinar si la limitación impuesta por el OSIPTEL al porcentaje de reducción es una condición menos favorable. Si la respuesta es positiva,

entonces, su disposición será inválida y, por ende, configuradora de una infracción al contenido esencial de la norma general.

Hechas estas precisiones, iniciaremos con el análisis. La lectura estricta del literal a, del inciso 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG nos permite reconocer que la disposición permite a las entidades públicas a favorecer al infractor una atenuación de su multa “hasta” un 50% del monto definido.

La palabra “hasta” es una preposición que indica el límite máximo de una cantidad variable o determinable. De ahí que concede un margen a la entidad pública para que evalúe, según criterios objetivos y motivados, si el infractor puede ser favorecido con una reducción máxima de la mitad de la multa.

Sin embargo, en el numeral (i) del literal A de la Metodología el límite máximo es de 10% de la multa; con lo cual, los límites en uno y otro régimen son distintos: mientras que en el TUO de la LPAG se estima hasta el 50%, en la Metodología de Cálculo se permite la reducción hasta el 10%.

La comparativa entre los dos regímenes se sistematiza en el siguiente cuadro:

Tabla 1

Topes máximos en ambos regímenes jurídicos

	TUO de la LPAG	Metodología de Cálculo de OSIPTEL
Tope máximo	Hasta el 50%	Hasta el 10%
Criterio de asignación de porcentaje	Sujeto a discrecionalidad de las administraciones	Reconocimiento expreso y escrito dentro de los 5 días hábiles de iniciado el procedimiento administrativo sancionador

Nota. Elaboración propia

Como puede apreciarse, a diferencia del régimen legal común, el OSIPTEL impone un máximo de 10% de reducción. Es decir, lo máximo a lo que el infractor puede aspirar a obtener un beneficio de reducción por reconocimiento de su

responsabilidad es del 10% de la multa base, lo cual constituye una condición menos favorable para el administrado, debido a que, en el TUO de la LPAG se dispone expresamente que el tope máximo debe ser el 50%.

En esa línea, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de OSIPTEL sustentó la validez de la aplicación del porcentaje del 5% está sujeta a lo dispuesto en la Metodología. De acuerdo a este órgano, que viene a ser la máxima instancia administrativa del OSIPTEL en materia de procedimientos administrativos sancionadores, esta disposición es una norma reglamentaria que es vigente y válidamente publicada (Tribunal de Apelaciones, 2024).

Ahora bien, eso no implica desconocer que el OSIPTEL, a través de su potestad normativa puede definir criterios para asignar cuotas de porcentaje de la reducción que le permitan al infractor tener predictibilidad para alcanzar el 50%. Es decir, es válido que se fije como condición para el infractor que si desea alcanzar el 50%, por ejemplo, realice su reconocimiento dentro de un determinado periodo de tiempo luego de iniciado el procedimiento sancionador, que no sea reincidente en la comisión de la conducta infractora, que haya realizado acciones para no repetir dicha comisión de la conducta infractora, etc. Sin embargo, no es válido que se desconozca la existencia de un tope máximo que, a criterio nuestro, representa una garantía, un derecho, un beneficio y una condición más favorable para el administrado.

Así, en la normativa comparada sectorial, podemos observar que otras entidades públicas han seguido el patrón normativo dispuesto en el TUO de la LPAG sin alterar su contenido esencial. Por ejemplo, el OSINFOR estableció, a través de la Resolución N° 064-2019-OSINFOR-TFFS-I, que procederá la aplicación de la condición atenuante de responsabilidad estipulada en el literal a) del numeral 2 del artículo 257 y se reducirá el 50% de la multa a imponer:

Artículo 1º.- Establecer como criterio interpretativo de carácter general que procederá la aplicación de la condición atenuante de responsabilidad administrativa estipulada en el literal a) del numeral 2 del artículo 257º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, reduciéndose el cincuenta por ciento (50%) de la multa a imponer, en aquellos casos en que el administrado mediante una manifestación inequívoca, indubitable y expresa que deberá cumplir con los presupuestos de voluntad, oportunidad e incondicionalidad (...). (OSINFOR, 2019)

Lo mismo se observa en el artículo 13º de la Resolución N° 027-2017-OEFA-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA, en el que se concede el 50% de reducción de la multa si el infractor reconoce su responsabilidad desde el “inicio del procedimiento sancionador hasta la presentación de los descargos a la imputación de cargos” (OEFA, 2017). De la misma manera, el régimen general de la atenuación de responsabilidad es aplicado de forma estricta por otras entidades como OSITRAN, OSINERGMIN, SUNASS, etc. Por lo que, la única entidad administrativa que estableció esta limitación inválida fue el OSIPTEL.

Sin embargo, el OSIPTEL sustenta la limitación del 10% en tanto considera que una reducción del 50% como está establecido en el TUO de la LPAG vaciaría de contenido el alcance del principio de razonabilidad en la medida que ello configuraría un incentivo ventajoso para cualquier administrado de preferir incumplir y luego reconocer su responsabilidad para acogerse a una reducción de la mitad de la sanción (Tribunal de Apelaciones, 2024, p. 10). No obstante, la aplicación o inaplicación de una norma no es una potestad que tenga el OSIPTEL. Como entidad administrativa, su propósito debe ser acogerse a la literalidad de la normativa y evitar realizar interpretaciones de vacío de contenido los mandatos legales. Ello implica justamente

evitar contravenir la prohibición de imponer condiciones menos favorables; situación que el OSIPTEL ha cometido en este asunto. Por todo ello, queda evidenciado que la limitación del 10% impuesta por el OSIPTEL es ilegal y contradice las garantías establecidas en el TUO de la LAPG e impone una condición menos favorable que debe ser removida por el propio OSIPTEL, a través de la derogación de este extremo, o impulsada por los propios administrados, a través de una demanda de acción popular o de una defensa particular desarrollada en un proceso contencioso administrativo.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos confirmar la presencia de la atenuante de responsabilidad administrativa en el Derecho administrativo y, en particular, en el ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, es válido afirmar que se trata de una figura procedural que incide sobre la graduación de la sanción siempre que el infractor realice determinadas acciones calificadas como condiciones atenuantes, las mismas que pueden ser el reconocimiento de responsabilidad o el pago adelantado.

Y justamente esta conceptualización nos permite bosquejar una definición del atenuante de responsabilidad como una condición que se configura por acción voluntaria del administrado y, a través de la cual, se le brinda una herramienta a la Administración pública para que optimice los recursos que invierte en la instalación y trámite de un procedimiento administrativo sancionador al tiempo que supone un derecho a favor del administrado que podrá optar a reducir su sanción si es que admite y consiente su responsabilidad por incurrir en cometer una conducta infractora. Pero, dicho reconocimiento debe ser voluntario, consciente y libre de coacciones para que resulte válido, pero, sobre todo, para que no colisione con el derecho a la no autoinculpación.

Lo interesante de esta figura es la exclusividad de su efecto únicamente en las sanciones administrativas y, de manera más específica, en las multas pecuniarias que le permiten al infractor confeso evitarse una cuantía mayor de sanción.

Ahora bien, luego de revisado el tratamiento jurídico concedido por el TUO de la LPAG y el OSIPTEL al reconocimiento de responsabilidad, es válido colegir que existe una diferencia sustancial en cuanto al tope máximo de reducción de la multa pecuniaria, ya que, mientras la primera abre la opción de que la reducción llegue hasta el 50%, el OSIPTEL limita su efecto a solo un 10%, siempre que se cumpla con una condición temporal no prevista en la normativa general.

Esto último demuestra que la limitación del 10% de la reducción de la multa cuando se produce el reconocimiento de responsabilidad del infractor es una condición menos favorable a la dispuesta en el TUO de la LPAG. Este hecho configura que dicha regulación de rango reglamentario sea ilegal por contravenir las disposiciones expresadas en la legislación general que es de aplicación obligatoria por todas las entidades administrativas y prohíbe que las producciones normativas especiales impongan condiciones que sean menos favorables.

Ello ha sido demostrado luego de advertir que el régimen general permite la reducción hasta el 50% siempre que, a criterio de cada entidad pública, se cumplan determinadas condiciones; mientras que el régimen establecido por el OSIPTEL solo permite como máximo un 10%.

Advertida la imposición de una condición menos favorable por parte del OSIPTEL que se evidencia en la limitación de la reducción de responsabilidad como máximo al 10% cuando el TUO de la LPAG habilita la opción de que esta reducción pueda alcanzar hasta un máximo del 50%, recomendamos que sea la propia institución

reguladora quien derogue el numeral (i) del literal A) de la Metodología de Cálculo por los argumentos esgrimidos en la presente investigación.

A la luz de los fundamentos expuestos y la demostración de que esta restricción constituye una condición menos favorable proscrita por el ordenamiento jurídico peruano, el OSIPTEL debe dejar sin efecto esta limitación a través de una resolución de su Consejo Directivo y establecer directrices en todos sus órganos de resolución para que la atenuación se evalúe tomando en consideración que el umbral puede alcanzar hasta la mitad de la reducción de la multa.

En caso el OSIPTEL se resista a derogar esta disposición, los administrados pueden presentar una demanda de acción popular para cuestionar la legalidad y constitucionalidad de la disposición recogida en el numeral (i) del literal A) de la Metodología de Cálculo.

VII. **BIBLIOGRAFÍA**

- Alarcón, L. (2018). “Lección 8. Derecho administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento administrativo sancionador”. En M. Rebollo (Coord.), *Derecho Administrativo* (225-248). Tecnos.
- Alarcón, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Civitas.
- Cano, T. (2019). *Sanciones administrativas*. Ediciones Lefebvre.
- Cobo, T. (2009). *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Bosch.
- Danós, J. (2019a). “Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú”. En D. Zegarra (Coord.), *La proyección del Derecho Administrativo peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (pp. 493-513). Palestra

Danós, J. (2019b). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (17), pp. 26-51

Del Carpio, C. (2021). *El reconocimiento de responsabilidad y su vinculación con las medidas correctivas y provisionales en el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tesis de maestría. Escuela de Posgrado de Maestría en Gestión Pública de la Universidad Católica de Santa María.

Fuentes, J. (et al.). (2009). *Manual de derecho administrativo sancionador*. Cizur Menor.

Garberí, J. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador*. Tirant lo Blanch.

García Luengo, J. (2022). La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario. *Revista General de Derecho Administrativo*, (61), pp. 1-39.

Gómez, L. (2019). “Cuestiones prácticas sobre la aplicación de las reducciones del art. 85 de la Ley 39/2015 en materia de sanciones por reconocimiento de culpa y pronto pago”. En E. Ortega (Dir.), *Actualidad administrativa 2019* (pp. 575-592). Tirant lo Blanch.

Gómez, M & Sanz, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general*. Cizur Menor.

Grijalba, J.C. (2017). Sobre el art. 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Actualidad administrativa*, (7), pp. 1-8.

Huapaya, R. & Alejos, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista de Derecho Administrativo*, (17), pp. 52-77.

La aplicación del reconocimiento de responsabilidad en la regulación sectorial del OSIPTEL
¿Es válida la limitación del beneficio al 10% de reducción?

Huapaya, R., Shimabukuro, N. & Alejos, O. (2019). Cinco afrontas al régimen sancionador común de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Actualidad jurídica*, (311), pp. 1-20.

Huergo, A. (1998). *Las sanciones administrativas*. Iustel.

Izquierdo, M. (2010). “La extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones”. En M. REBOLLO et al., *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova.

Jiménez, J. (2020). La subsanación voluntaria y el reconocimiento de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador peruano: análisis crítico y propuestas para no frustrar los objetivos de la regulación. *Revista Saber Servir*, (4), pp. 77-101.

Laverde, J.M. (2020). *La sanción administrativa*. Legis.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS). (25 de enero de 2019). *Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. En Decreto Supremo 004-2019-JUS. DO: El Peruano.

Morón, J.C. (2023). Las multas administrativas. Estudio integral para la construcción de una dogmática unitaria. Praxis.

Morón, J.C. (2022). *La ley del Procedimiento administrativo general en su jurisprudencia*. Gaceta jurídica.

Morón, J.C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Gaceta Jurídica.

Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos.

Ossa, J. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador*. Legis.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (2 de diciembre de 2021a). *Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL*. En Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL. DO: *El Peruano*.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (14 de junio de 2021b). Régimen de Calificación de Infracciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. En Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL. DO: *El Peruano*.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (20 de junio de 2013). *Reglamento General de Infracciones y Sanciones*. En Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL. DO: *El Peruano*.

Presidencia de la República del Perú. (21 de diciembre de 2016). *Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo*. En Decreto Legislativo N° 1272. DO: *El Peruano*.

Puigmulé, I. (2022). “Terminación del procedimiento por reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado”. En A. Burgués & P. GARCÍA (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionador* (471-484). Atelier.

Rams, L. (2019). De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación de los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial. *Revista de Administración Pública*, (208), pp. 101-150.

Rebollo, M. (2021). “Definición y delimitación de las sanciones administrativas”. En A. HUERGO et al. (Dir.), *Anuario de derecho administrativo sancionador* (41-92). Thomson Reuters.

Rebollo, M. (2019). “El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. En D. Zegarra (Coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho PUCP* (pp. 541-567). Palestra.

Rebollo, M. (2016). *Derecho Administrativo*. Tecnos.

Rebollo, M. (2010). “Sanciones pecuniarias”. En B. Lozano (Coord.), *Diccionario de sanciones administrativas* (985-1000). Iustel.

Santamaría, A. (2010). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. La Ley.

Rodríguez, J. (2009). El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. *Documentación Administrativa*, (284-285), pp. 153-180.

Sanz, I. (2022). La reducción de sanciones por pago adelantado y por reconocimiento de la responsabilidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (58), 13-57.

Tornos, J. (2021). “Comentario al artículo 85. Terminación en los procedimientos sancionadores”. En J.M. Baño y J.J. Rubira, *Comentarios al procedimiento administrativo*. Tirant lo Blanch.

Tribunal de Apelaciones de OSIPTEL. (2004). Resolución N° 0021-2024-TA/OSIPTEL.
Lima, 1 de agosto.

Por:

Marcelo Villanueva Bazán *

Luis Castillo Córdova **

*LA VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS
DE TRIBUNALES INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ: UNA
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO VIII DEL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

Resumen

La última modificación del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional introduce un cambio en la redacción de la disposición relativa a la vinculatoriedad de las sentencias de tribunales internacionales sobre derechos humanos respecto al Estado Peruano. Esta disposición legal exige ser interpretada de modo que, a partir de ella, se pueda formular una norma jurídica constitucionalmente válida. Desde la interpretación constitucional y el análisis de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico peruano acerca de la naturaleza vinculante de las sentencias de tribunales internacionales sobre derechos humanos, el presente trabajo busca determinar qué significados pueden atribuirse a la disposición mencionada y si, desde alguno de ellos, puede ser justificada su constitucionalidad.

Abstract

The most recent amendment to Article VIII of the Preliminary Title of the New Constitutional Procedural Code introduces a change in the wording of the provision concerning the binding nature of international human rights court judgments with respect to the Peruvian State. This legal provision requires an interpretation that allows for the formulation of a constitutionally valid legal norm. Through constitutional interpretation and an analysis of the Peruvian legal framework regarding the binding force of international human rights court judgments, this paper seeks to determine what possible meanings may be attributed to the aforementioned provision and whether, under any of them, its constitutionality can be justified.

* Abogado por la Universidad de Piura. Asistente de Cátedra del Área de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad de Piura. marcelo.villanueva@udep.edu.pe

** Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España). Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano abogados. luis.castillo@udep.edu.pe

Recibido: 23 de octubre de 2025

Aceptado: 03 de diciembre de 2025

Palabras clave: Interpretación constitucional, sentencias, tribunales internacionales sobre derechos humanos, validez constitucional, normas convencionales

Keywords: Constitutional interpretation, judgments, international human rights courts, constitutional validity, conventional norms

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.** 1. DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL A LA NORMA CONSTITUCIONAL. 2. NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS Y ADSCRIPTAS. 3. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS. **III. LOS DOS POSIBLES SIGNIFICADOS DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NCPC.** 1. EL PRIMER SIGNIFICADO. 2. EL SEGUNDO SIGNIFICADO. **IV. LA CORTE IDH COMO INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH.** 1. LOS JUECES NACIONALES NO SON INTÉRPRETES VINCULANTES DE LA CADH. 2. LA COMISIÓN IDH NO ES INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH. 3. LA CORTE IDH SÍ ES INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH. **V. LA VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH, EN PARTICULAR DE LAS NORMAS CONVENCIONALES ADSCRIPTAS QUE ESTATUYE.** **VI. EL EXAMEN DE VALIDEZ DE LOS DOS POSIBLES SIGNIFICADOS.** 1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER SIGNIFICADO. 2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SEGUNDO SIGNIFICADO. **VII. CONCLUSIÓN.** **VIII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución peruana tiene como uno de sus fines limitar al poder político por medio de la protección de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales¹.

¹ Así lo ha reconocido en su artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y en su artículo 44: “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...). El reconocimiento de los derechos fundamentales es el mecanismo extrínseco de limitación al poder más importante, pues estos

Para alcanzar este fin, ella no se circunscribe al reconocimiento de estas exigencias de justicia material, sino que establece mecanismos que permitan identificar y neutralizar oportuna y eficazmente sus posibles amenazas y/o vulneraciones efectivas. Como una manera idónea de conseguir este propósito, el Constituyente peruano ha establecido que, si la protección de los derechos de la persona no se consigue en la jurisdicción interna, se pueda acudir al sistema internacional, ya sea universal, ya sea regional, al que el Estado se haya suscrito. De modo que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte” (artículo 205 de la Constitución).

Aunque la posibilidad de acceder a la jurisdicción supranacional sobre derechos humanos es subsidiaria (García, 2011, p. 147), no deja de representar una garantía de defensa de la persona humana a través del aseguramiento del contenido esencial de sus derechos fundamentales. De ahí que la pertenencia a un determinado sistema de protección internacional es algo que puede ser valorado positivamente para el logro de la plena vigencia de los derechos humanos (Santiago, 2013, p. 489). Consecuentemente, el retiro de un tratado internacional por el que se materializa esta protección puede llegar a tener la grave consecuencia de dejar en indefensión a los ciudadanos cuando se han vulnerado sus derechos fundamentales (Hakansson, 2024, p. 228).

El 5 de noviembre de 2024 entró en vigor la Ley N° 32153, “Ley que modifica la Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, con la finalidad de fortalecer los

no son limitables de suyo por el poder al estar atribuidos a toda persona por su naturaleza humana. (Zegarra, 2025, p. 245).

fines de los procesos constitucionales”. Una de las disposiciones legales modificada fue el artículo VIII del Título Preliminar del referido Código, cuyo primer párrafo quedó redactado en los siguientes términos:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, así como las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los procesos donde el Perú es parte.

Se ha sostenido que esta modificación restringe el alcance de la jurisdicción supranacional, en la medida en que excluye la vinculatoriedad de las decisiones cuasijurisdiccionales (dictámenes) emitidas por los comités de las Naciones Unidas, las opiniones consultivas y la jurisprudencia desarrollada en procesos contra otros Estados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) (Luque & Pulido, 2024). Esta interpretación parece ser respaldada por los innegables motivos políticos detrás de la modificación legislativa apuntada. No obstante, es necesario determinar si esta restricción es la que efectivamente se ha de concluir de la transcrita disposición legal, o si por el contrario es posible sostener una interpretación distinta. Este es un asunto que impacta relevantemente en el sistema de fuentes del sistema jurídico nacional, porque atiende la cuestión de la vinculación de las interpretaciones que de la norma internacional lleven a cabo los tribunales internacionales en los casos en los que el Estado nacional no ha sido parte.

La identificación de un significado constitucionalmente válido desde el primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPC) es el principal objetivo del presente trabajo. Para

ello, en primer lugar, se explicarán algunos conceptos básicos sobre la interpretación constitucional de textos normativos para luego aplicarlos en la determinación de los posibles significados del texto legal que se analiza. Una vez identificados se procederá a evaluar la corrección de las razones que sostienen a uno y a otro a fin de determinar la validez constitucional del enunciado deóntico que proponen. Para este propósito será necesario realizar un breve estudio acerca de la vinculatoriedad de los Estados parte a las interpretaciones que de los textos internacionales estatuyen los tribunales internacionales de derechos humanos.

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL A LA NORMA CONSTITUCIONAL

El ordenamiento jurídico se sostiene en una serie de documentos que se reconocen como fuentes del derecho, los cuales tienen un contenido normativo y son elaborados por una autoridad también normativa (Guastini, 2011). Ejemplos de estas fuentes son la Constitución, las leyes, las sentencias de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), y los tratados internacionales. Un documento jurídico o normativo como estos es, en palabras de Guastini (2011), “un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo” (p. 135). Se entiende como enunciado a “toda expresión lingüística coherente” (p. 135) y por discurso prescriptivo al utilizado para “modificar los comportamientos de las personas” (p. 135).

En tal marco de comprensión, un texto normativo prescriptivo contiene un mandato que puede ser una orden, una prohibición o una permisión que busca dirigir el actuar humano y que define el significado o sentido del texto normativo. Y es a la atribución de este significado o sentido del texto normativo a la que se denomina “interpretación jurídica” (Guastini, 2011). Esta consiste, por tanto, en la extracción de la norma jurídica desde un texto normativo (Díaz, 2008). Se trata del paso de una

disposición, de un enunciado lingüístico que forma parte de un documento normativo, a una norma jurídica, esto es, al sentido o significado atribuido a una tal disposición (Guastini, 2011). En otras palabras, “la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar, la norma es (parte de) un texto interpretado” (Guastini, 2011, p. 136). En síntesis, la interpretación jurídica es el proceso por el que se formulan normas jurídicas a partir de las disposiciones normativas que se encuentran en las diversas fuentes del derecho.

La norma jurídica formulada a partir de la interpretación de una disposición será válida si es que el significado que se atribuya también lo es, y este será el caso si las razones que lo sostienen son correctas. De modo que una norma será válida si se sostiene en razones correctas. En la construcción de estas razones juegan un rol importante los distintos métodos de interpretación jurídica; asimismo, los principios jurídicos también son relevantes para la labor interpretativa. Estos métodos y principios orientan la labor de construcción de razones que justifiquen un determinado significado jurídico.

La interpretación constitucional es una singularidad de la interpretación jurídica (Guastini, 1999, pp. 77-78). Uno de los elementos que la singularizan es el tipo de documentos constitucionales sobre los que se lleva a cabo la labor de interpretación. Al texto de la Constitución se le ha de sumar el texto de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional (en particular las del TC), así como los tratados internacionales y las resoluciones de los órganos internacionales que los interpretan vinculantemente (Castillo, 2022). De estos documentos constitucionales se concluyen normas constitucionales que pueden ser directamente estatuidas o adscriptas como a continuación se explicará brevemente.

2. NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS Y ADSCRIPTAS

Las normas constitucionales directamente estatuidas son aquellas que se han concluido desde la interpretación de disposiciones de la Constitución (Alexy, 1993, p. 70), las mismas que recogen la voluntad del Constituyente. Son normas que, con relación a los derechos humanos, pueden limitarse a mencionar el nombre del bien humano en que consiste el derecho humano que reconocen (normas declarativas), o pueden regular y concretar algún elemento del bien humano reconocido (normas regulativas o concretadoras). Por su parte, las normas constitucionales adscriptas son normas que existen adheridas a las normas de la Constitución y desde ahí vinculan a todos los que se encuentran sujetos a las normas constitucionales directamente estatuidas. Pueden ser de origen nacional como de origen convencional según el factor de adscripción a la Constitución.

Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional son consecuencia de las interpretaciones vinculantes de la Constitución que concretan algún elemento abierto de las normas constitucionales directamente estatuidas. Por eso, estas normas existen adheridas a la norma de la Constitución que concretan, y el ser una concreción directa representa el factor de adscripción. Son dispuestas a través de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional a la hora de ejercer la función pública atribuida, tanto la legislativa como la jurisdiccional, y en este último caso ejercida por los tribunales de cierre como la Corte Suprema y el TC. Son de desarrollo constitucional en la medida que concretan de modo directo una norma abierta de la Constitución para hacerla operativa en la solución de problemas jurídicos. Estas normas una vez nacidas al mundo jurídico son atraídas fuertemente por la norma de la Constitución que concretan, y adheridas a ellas existen y despliegan su eficacia, y obligan a todos los vinculados a la Constitución.

Por su parte, las normas constitucionales adscriptas de origen convencional son consecuencia del ingreso de las normas convencionales al sistema jurídico interno para conformar, como ocurre en el Perú, su nivel normativo constitucional. En el ámbito internacional, como el interamericano en referencia al Perú, existen tratados o convenciones sobre derechos humanos a través de los que se reconocen derechos humanos para regularlos y concretarlos de modo básico. A las normas estatuidas en los tratados se les puede denominar normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional. Adheridas a estas existen sus interpretaciones vinculantes que estatuye el tribunal internacional correspondiente para concretar las normas abiertas del tratado a través de sentencias (u otras resoluciones) de desarrollo convencional.

Estas interpretaciones tienen naturaleza normativa al menos por dos razones. Primera, porque son interpretaciones vinculantes al ser establecidas en ejercicio de la función pública internacional atribuida al tribunal internacional, y la vinculatoriedad es un elemento de la normatividad. Por ejemplo, en el caso de la Corte IDH, serán consecuencia del ejercicio de su función contenciosa o de su función consultiva que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) le ha depositado. Segunda, porque son concreciones (vinculantes) de las normas abiertas del tratado internacional a través de las cuales se permite la operatividad de estas en la solución de problema jurídicos². Así, por ejemplo, las interpretaciones vinculantes de la CADH que concretan sus normas abiertas permiten que estas puedan operar en la solución de los problemas jurídicos que conoce la Corte IDH en su función contenciosa o consultiva. Y, por propia definición, la concreción comparte la

² Esta segunda razón bien puede asemejarse a la “relación de precisión” y a la “relación de fundamentación”, a las que se refiere Alexy (1993, pp. 69 y 70).

naturaleza del objeto concretado; si este es una norma, la concreción no tiene otro modo de existir más que como norma.

Estas interpretaciones vinculantes y concretadoras que tienen naturaleza normativa a su vez gozan de alcance general. Si bien son provocadas por la solución de un problema jurídico concreto, están llamadas a conformar la premissa normativa (*ratio decidendi*) que resuelve alguna cuestión general en la que se descompone el problema jurídico. Por eso, una vez nacidas al mundo jurídico son atraídas fuertemente por la norma del tratado internacional que concretan, y adheridas a ella existen para vincular a todos los Estados vinculados al respectivo tratado internacional. Así, se les puede denominar como normas convencionales adscriptas (Castillo, 2008).

En contra de reconocer una vinculación de alcance general a las interpretaciones que la Corte IDH estatuye de la CADH, se ha invocado el artículo 68.1 CADH, según el cual “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Se sostiene que la literalidad del texto es tan clara que con base en una interpretación literal de buena fue debe concluirse la norma según la cual al Estado vincula solamente las interpretaciones que de la CADH han sido establecidas en las sentencias en las que ha sido parte (Vitolo, 2013).

Sin embargo, es claro que la vinculación dispuesta es a la “decisión de la Corte”, y es razonable entender por esta a la decisión en sentido estricto, es decir, al fallo en una sentencia. Como será justificado más adelante, el fallo es una regla jurídica de efectos *inter partes* que solo vincula al concreto Estado denunciado con relación al concreto denunciante; y esa regla se obtiene de aplicar al caso concreto (premissa fáctica) la interpretación vinculante y concretadora de alcance general (premissa

normativa). No cabe duda de que la decisión con la que se resuelve el problema jurídico planteado, es decir, el fallo, circumscribe sus efectos al concreto Estado que es parte procesal; pero la premisa normativa no circunscribirá sus efectos solo al concreto Estado, porque se trata de una concreción de una norma abierta de la CADH que tiene naturaleza normativa y alcance general, como toda premisa normativa.

Tanto las normas convencionales directamente estatuidas sobre derechos humanos, como las adscriptas a ellas, ingresan al sistema jurídico interno del Estado que ha suscrito el tratado y conforman el nivel normativo que le haya deparado el Constituyente nacional. Así, el Constituyente peruano ha decidido que una vez que el Estado firma un tratado internacional, este pasa a formar parte de su sistema jurídico interno (artículo 55 de la Constitución). Y cuando el tratado es sobre derechos humanos pasa a conformar el nivel normativo constitucional. Que tienen rango constitucional lo ha reconocido la jurisprudencia del TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, f. 61) y la doctrina nacional (Hakansson, 2015, p. 43). Pero, como se explicó, a las normas convencionales que conforman el tratado internacional se le adscriben las normas que son sus interpretaciones vinculantes y concretadoras que estatuye el tribunal internacional. Esto significa que las normas convencionales adscriptas ingresan también en el nivel normativo constitucional al que ingresan las normas convencionales directamente estatuidas. Una vez ingresadas al sistema interno estas normas dejan de ser normas convencionales: se han constitucionalizado, y existen adscriptas a la norma de la Constitución que regula el mismo bien humano que regula la norma nacionalizada. Por eso se entiende perfectamente que el Constituyente haya ordenado que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Cuarta disposición final y transitoria de la

Constitución). El factor de adscripción aquí es la regulación del mismo bien humano que representa al derecho humano: tanto las normas de la Constitución como las normas de origen convencional regulan el mismo bien humano debido.

Así, por ejemplo y para lo que aquí interesa destacar, una vez ingresada la CADH al sistema jurídico peruano lo hace necesariamente con las interpretaciones vinculantes y concretadoras que de ella ha estatuido la Corte IDH en ejercicio de su función contenciosa y consultiva. Una y otras, una vez ingresadas han sido atraídas fuertemente por las normas de la Constitución que reconocen y regulan el mismo bien humano debido del que trata la norma internacional, y a ellas se adscriben y desde ahí tienen existencia jurídica y vinculan a todos los vinculados a la Constitución. De esta manera unas y otras dejan de ser normas convencionales a secas para pasar a ser normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

3. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS

Así definidas las normas constitucionales adscriptas, es jurídicamente posible que sean materialmente inconstitucionales aun cuando hayan cumplido las exigencias formales de existencia jurídica. Conviene realizar el análisis por separado.

Con relación a las normas constitucionales adscritas de origen nacional que significan las leyes y sentencias de desarrollo constitucional, pueden llegar a ser inconstitucionales por dos razones. La primera es que tanto el órgano que ejerce la función legislativa como el que titulariza la función jurisdiccional son poderes constituidos y por propia definición un tal poder está limitado por la Constitución. Esto quiere decir que son poderes que pueden (no deben) trasgredir el límite, es decir, pueden decidir en contra de un mandato de la Constitución. La segunda razón consiste en que las leyes y sentencias de desarrollo constitucional establecen interpretaciones

vinculantes de la Constitución que concretan sus normas abiertas y por propia definición la concreción puede ajustarse o desajustarse respecto del objeto concretado. Por lo que la concreción no solo debe estar referida al objeto concretado, sino que además debe ser posible dar razones fuertes para sostener que la concreción se ajusta al objeto concretado, de lo contrario la concreción podrá ser tenida como una norma materialmente inconstitucional (Castillo, 2022).

Con relación a las normas constitucionales adscriptas de origen convencional, ellas tienen como límite al bien humano debido que reconocen o regulan (en el caso de las normas estatuidas en el tratado), o que concretan (en el caso de las interpretaciones vinculantes y concretadoras de la CADH estatuidas por la Corte IDH), es decir, tienen como límite al contenido esencial del derecho humano, el mismo derecho que es reconocido por la norma constitucional directamente estatuida a la que se adscribe. Es extremadamente improbable que una norma convencional directamente estatuida una vez ingresada al sistema nacional pueda ser materialmente inconstitucional en la medida que se limita a reconocer al bien humano debido o a estatuir una concreción básica de la misma, tal y como lo hace el Constituyente.

Más probable es que la inconstitucionalidad se produzca con relación a las constitucionalizadas normas convencionales adscriptas a veces emitidas sin “la necesaria prudencia y autolimitación por parte de las instancias internacionales” (Santiago, 2013, p. 489). Esta, una vez ingresada al sistema interno, si es contraria a la norma de la Constitución que regula el mismo bien humano debido, será porque antes ha sido contraria a la norma del tratado internacional que reconoce el mismo bien humano que es concretado. Y es que ni la Corte IDH puede operar como un intérprete infalible (Colombo, 2022, p. 101) que siempre concretará ajustadamente la CADH; ni el centro de gravedad debe dejar de estar en el derecho y la jurisdicción nacional para

pasar hacia el derecho y la jurisdicción convencional (Silva, 2023, p. 84); no por lo menos sin riesgo de quebrar, al menos, el principio de subsidiaridad que anima a estos últimos.

III. LOS DOS POSIBLES SIGNIFICADOS DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NCPC

1. EL PRIMER SIGNIFICADO

De la mano de la base dogmática que se acaba de exponer se está en condiciones de abordar la cuestión de la interpretación del primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del NCPC a fin de determinar la norma constitucionalmente válida. De la transcrita disposición es posible concluir dos significados. El primero puede ser puesto en estos términos:

S1: Está ordenado que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, así como las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos siempre que resuelvan un proceso en el que Perú es parte.

Este significado circunscribe la vinculación del Estado peruano a las interpretaciones vinculantes y concretadoras que de los tratados sobre derechos humanos, por ejemplo, de la CADH, haya dispuesto el órgano internacional, por ejemplo, la Corte IDH, solamente en los casos en los que el Perú haya sido parte procesal. Las demás interpretaciones no habrían ingresado al sistema jurídico peruano por lo que no vincularían a ningún operador jurídico nacional. Este significado se construye prácticamente de modo exclusivo desde una interpretación literal y aislada de la disposición transcrita.

2. *EL SEGUNDO SIGNIFICADO*

Sin embargo, junto a este significado es posible reconocer este otro:

S2: Está ordenado que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, y las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los procesos donde el Perú es parte y en los que no lo es.

A diferencia del primer significado, este segundo estatuye que la vinculación del Estado peruano es a todas las interpretaciones vinculantes y concretadoras que del tratado internacional disponga el tribunal internacional competente haya o no sido parte procesal. De modo que todas esas interpretaciones ingresan al sistema jurídico nacional adheridas a las normas de la convención o tratado internacional firmados por el Perú para conformar su derecho constitucional como normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

Este significado es posible de ser concluido porque en el texto no aparece ningún término imperativo o restrictivo que prohíba considerar como normativas las interpretaciones contenidas en las sentencias o resoluciones de los órganos encargados de proteger la normatividad del tratado internacional en las que el Perú no es parte. Es un significado que se construye no solo del significado literal del enunciado lingüístico, sino que acude también a una interpretación sistemática que incluye a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, así como a una interpretación teleológica que toma en cuenta la finalidad del sistema internacional

de protección de la persona cuando un Estado suscribe un tratado internacional sobre derechos humanos.

IV. LA CORTE IDH COMO INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH

1. LOS JUECES NACIONALES NO SON INTÉRPRETES VINCULANTES DE LA CADH

Una vez identificados los dos significados que se concluyen desde el mismo texto corresponde analizar la corrección de las razones que los sostienen a fin de establecer cuál de ellos es constitucionalmente válido. Sin embargo, antes es necesario abordar la cuestión relativa a la normatividad del contenido de las sentencias (u otras resoluciones) de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. Para hacerlo se indagará acerca de qué órgano interpreta vinculantemente a la CADH. El razonamiento se hará en referencia al sistema interamericano.

La resolución de esta cuestión reclama identificar qué órganos están en condiciones de interpretar vinculantemente a la CADH. En primer lugar, es fácil comprobar que los jueces nacionales no están en condiciones de llevar a cabo una tal interpretación. En la medida en que la CADH está a disposición de los jueces nacionales solo después de haberse nacionalizado y convertido, como ocurre en el caso peruano, en una norma constitucional, no interesa la interpretación que de ella hagan estos operadores jurídicos porque no interpretan (ni aplican) derecho convencional a secas, sino derecho constitucional de origen convencional. Por lo que el juez nacional no es intérprete vinculante de la CADH. Por lo demás repárese en que si realmente interpretase la CADH entonces tales interpretaciones serían vinculantes para todos los Estados partes de la mencionada Convención. Y es manifiesto que no es así.

2. LA COMISIÓN IDH NO ES INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH

La CADH ha creado dos órganos: la Comisión IDH y la Corte IDH. ¿Son ambos intérpretes vinculantes de la CADH? Con relación a la Comisión IDH, se ha dispuesto

que “tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 41 CADH). Esta promoción la efectuará a través de la formulación de “recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos” (artículo 41.b CADH); y a través de la tramitación de las denuncias y quejas de violación de la Convención que se le haya presentado (artículo 44 CADH), y de modo especial cuando se deba decidir acerca de su admisibilidad (artículo 46 y 47 CADH) y del procedimiento previo que se ha de llevar a cabo a fin de decidir si presenta o no el caso ante la Corte IDH (artículos 48 a 51 CADH).

Con base en estas disposiciones convencionales es posible concluir que ni como órgano emisor de recomendaciones, ni como órgano tramitador, interpreta vinculantemente a la CADH para concretar sus normas abiertas. Consecuentemente se ha previsto que pueda “consultar a la Corte [IDH] acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (Artículo 64 CADH). Y, además, en el artículo 19 del Estatuto de la Comisión IDH, se le reconoce la atribución de “d. Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Lo que permite consolidar la conclusión de que la Comisión IDH no tiene atribuida la competencia para interpretar vinculantemente la CADH. En definitiva, pues la obligación de promover la observancia y defensa de los derechos humanos no la cumple como órgano jurisdiccional (de primera instancia) que soluciona un problema jurídico y que para hacerlo interpreta la CADH.

3. LA CORTE IDH SÍ ES INTÉRPRETE VINCULANTE DE LA CADH

La CADH ha atribuido a la Corte IDH tanto una competencia contenciosa, como una consultiva. Por la primera se resuelve todo caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales (artículo 62.3 CADH), es decir, se resuelve todo problema jurídico convencional originado por el supuesto incumplimiento de la obligación de un Estado de respetar y proteger los derechos humanos reconocidos en la CADH. Si la Corte IDH decide que en el caso hubo violación de un derecho humano deberá disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculado (artículo 63.1 CADH). En estos casos la Corte IDH actúa como “una institución judicial del sistema interamericano” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, párr. 19), y lo hace a través del control de convencionalidad. Mediante este control la Corte IDH “determina cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional” (Castilla, 2011, p. 606).

La CADH también ha atribuido a la Corte IDH la competencia consultiva a través de la cual resuelve las preguntas que los Estados miembros u órganos de la OEA le presentan a la Corte. Las consultas estatales pueden ser: a) “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (artículo 64.1 CADH); y b) “acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (artículo 64.2 CADH). Por su parte, los órganos de la OEA, enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (reformada por el Protocolo de Buenos Aires), particularmente la Comisión IDH, “podrán consultarla, en lo que les compete” (artículo 64.1 CADH).

En sus sentencias contenciosas, lo mismo que en sus opiniones consultivas, la Corte IDH enfrenta problemas jurídicos cuya solución se caracteriza al menos por los dos siguientes elementos. Primero, el derecho estatuido por la CADH es derecho relevante para la solución del problema jurídico planteado, pero normalmente será insuficiente debido a que se compone de normas con máximo o con relevante grado de indeterminación normativa. Por lo general una norma de la CADH es una norma abierta (de máximo grado o de relevante grado de indeterminación normativa) que por sí misma no resuelve los problemas jurídicos convencionales, sino que reclama ser desarrollada o en su supuesto de hecho o en su consecuencia jurídica o en ambos elementos a fin de operar de modo efectivo. Y es precisamente este desarrollo que ocurrirá a través de la interpretación vinculante y concretadora que estatuya la Corte IDH. En efecto, el ejercicio de la función contenciosa y consultiva que se le ha asignado exige la previa interpretación de la CADH.

Salvo casos excepcionales de problemas jurídicos sencillos, la Corte IDH deberá interpretar la CADH a fin de concretarla y con la concreción resolver la cuestión litigiosa planteada o la consulta presentada. En ambos supuestos se tratará de una interpretación vinculante porque se realizará en ejercicio de la función contenciosa o consultiva que titulariza. Y en ambos casos tal interpretación está destinada a conformar la premisa normativa o *ratio decidendi* del razonamiento de la sentencia contenciosa o de la opinión consultiva, pues se trata de “la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener” (García, 2011, p. 139). Será precisamente esta interpretación la que la Corte IDH empleará para resolver el asunto contencioso, lo que supondrá una regla jurídica de efectos *inter partes* que conforma el fallo en la sentencia contenciosa o la respuesta a la opinión solicitada en la opinión consultiva.

V. ***LA VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH, EN PARTICULAR DE LAS NORMAS CONVENCIONALES ADSCRIPTAS QUE ESTATUYE***

También antes de entrar a analizar cuál de los dos significados concluidos a partir del enunciado lingüístico que compone el primer párrafo del artículo VIII NCPC es constitucional, se indagará acerca de cómo vinculan las interpretaciones de la Corte IDH, en particular referencia a las que son estatuidas en las sentencias contenciosas en la medida que a ellas hace referencia el mencionado texto legal.

En las sentencias contenciosas, la Corte IDH resuelve un problema jurídico convencional a través del control de convencionalidad. Para tal propósito, y como se dijo ya, la norma convencional directamente estatuida resulta una norma insuficiente. En ese supuesto la Corte IDH concreta la norma abierta en la medida necesaria para resolver el problema presentado. Tal interpretación vinculante y concretadora es una norma convencional de alcance general que conforma la premisa normativa o *ratio decidendi* de la sentencia en la que se estatuye. Esta norma general es aplicada a la premisa fáctica que se construye desde los hechos que conforman el problema jurídico que se enfrenta, y se aplicará a todos los casos futuros cuyos hechos signifiquen también el cumplimiento del mencionado supuesto de hecho.

La solución del problema jurídico se construirá a través de un juicio de validez convencional que se formula respecto de una acción o decisión imputable al Estado denunciado. Es un juicio que hace a la esencia del control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH y a través del cual se determina si la denunciada actuación estatal se ajusta o no a la CADH y a las interpretaciones vinculantes que de la misma ha estatuido la Corte IDH. Si se desajusta se declarará que es inconvencional y, consecuentemente, se ordenará el cese del incumplimiento de la norma convencional.

El juicio de validez se conectará fuertemente con la interpretación vinculante y concretadora que de la CADH haya realizado la mencionada Corte. Esta interpretación se convierte en un elemento del parámetro de control de convencionalidad llevado a cabo. De esta manera será relevante, no solo para el Estado procesado, sino para todo Estado parte, tener en cuenta los juicios de validez convencional (las normas convencionales adscriptas) que haya estatuido la controladora de la convencionalidad que es la Corte IDH (Castillo, 2024).

La interpretación vinculante y concretadora o el juicio de validez convencional en la que consiste la norma convencional estatuida por la Corte IDH, una vez nacida al mundo jurídico, es atraída fuertemente por la norma de la CADH que concreta y adherida a ella tiene existencia jurídica y despliega sus efectos vinculantes. De modo que el alcance de las normas estatuidas en la CADH necesariamente se determinará de la mano de sus interpretaciones vinculantes y concretadoras que representan las normas adscriptas a la CADH. Consecuentemente, todos quienes se encuentran vinculados a la CADH, irremediablemente se encuentran también vinculados a sus normas adscriptas, independientemente de que hayan participado o no como parte procesal en la sentencia contenciosa expedida, e independientemente de que hayan formulado o no la consulta a la Corte IDH.

La interpretación vinculante y concretadora de la CADH que estatuya la Corte IDH es de alcance general a diferencia del fallo o parte resolutiva (o de la respuesta a la consulta formulada en la opinión consultiva) en la que es posible reconocer una regla jurídica de efectos *inter partes* que se agota en el caso concreto en el que se estatuye y que vinculará solamente al Estado denunciado. Siendo así es fácil comprender que la eficacia de la norma convencional adscripta se extiende a todos los Estados vinculados a la norma convencional que es concretada.

Esta es la manera como opera el derecho convencional de la CADH y el control de convencionalidad llevado a cabo por la Corte IDH para conseguir el aseguramiento de su normatividad (Tello, 2024). Y precisamente a respetar esta normatividad y a cumplir los mandatos convencionales se ha comprometido el Estado peruano a la hora de firmar la mencionada convención internacional en cuyo artículo 1.1 dispone que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. El respeto a los derechos y libertades reconocidos y regulados en la CADH implica necesariamente el respeto a las concreciones que de los mismos ha estatuido la Corte IDH en todas sus sentencias (y opiniones consultivas) porque ellas conforman el contenido esencial (convencional) del derecho humano reconocido.

Como se puede apreciar, el carácter vinculante de las concreciones no proviene de cuál sea el Estado parte procesado, sino de la naturaleza vinculante y concretadora de la interpretación que lleva a cabo la Corte IDH, y de su consecuente adscripción a la CADH. Por eso es perfectamente entendible que la norma así producida sea de alcance general, a diferencia —se ha de insistir— de la norma de efectos *inter partes* que significa el fallo, norma que se construye con relación al concreto Estado que ha hecho o dejado de hacer en contra de un mandato convencional. Esto reclama diferenciar, por un lado, la decisión o fallo de la sentencia que es una norma de efectos *inter partes*, de la interpretación vinculante y concretadora que como premisa normativa de alcance general se ha estatuido en la sentencia contenciosa u opinión consultiva. Por desgracia esta diferenciación no siempre se lleva a cabo³.

³ Este parece haber sido el caso del fundamento de voto del magistrado Gutiérrez Ticse en la sentencia al EXP. N.º 01716-2024-PA. Luego de transcribir el artículo 68.1 CADH según el cual “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean

De modo que lo que ingresa al ordenamiento jurídico peruano para integrar el nivel constitucional son las normas convencionales directamente estatuidas y, adheridas a ellas, las normas convencionales adscriptas estatuidas a través de las interpretaciones de la CADH en las distintas sentencias y no solo en las que tenga al Estado peruano como procesado. Con acierto el Tribunal Constitucional (2006, f. 11) sostuvo que “[l]as obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones”.

Un asunto muy distinto es que se pretenda hacer prevalecer la norma constitucional de origen convencional siempre y en todo caso sobre la norma constitucional directamente estatuida y la norma constitucional adscripta de origen nacional. No es posible sostener esta prevalencia en primer lugar porque no es posible reconocerle un rango normativo superior debido a que ingresada al sistema peruano ocupará el mismo rango que las demás normas constitucionales, por lo que es un error sostener que “[e]xpreza o, implícitamente, parte del presupuesto de que [las normas convencionales] tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales” (Sagüés, 2013, p. 16).

partes”, sostuvo que “fue la voluntad de los Estados contratantes contemplar que sólo resultan vinculantes las decisiones de la Corte en las que el Estado haya sido parte en el proceso” (fundamento 17). Y es correcto sostener esto porque, como se explicó, el fallo es una regla jurídica de efectos solo para las partes del proceso. No parece acertar, sin embargo, cuando sostiene que “a nivel interno, dicho precepto [artículo 68.1 CADH] se contempla de manera expresa en el [artículo VIII del] Nuevo Código Procesal Constitucional” (fundamento 17). En efecto, esta disposición procesal establece que para la determinación del contenido de los derechos constitucionales deben tomarse en cuenta “las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los procesos donde el Perú es parte”. Y una sentencia no solo se compone de la norma de efectos *inter partes* del fallo, sino también de la norma de alcance general que representa la premisa normativa. Así, la norma convencional regula la vinculación a la norma que compone el fallo, mientras que la norma nacional regula la vinculación a la norma del fallo y a la norma de la premisa normativa.

Y en segundo lugar porque, una vez ingresada al sistema jurídico interno, podrá ser controlada en su validez material desde el bien humano reconocido en la Constitución, es decir, desde el contenido esencial constitucionalizado de modo máximamente abierto en la disposición que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido. Las normas constitucionales de origen convencional deben significar concreciones o regulaciones ajustadas del bien humano reconocido en la Constitución. Si, por el contrario, es posible cumplir con el estándar de justificación cualificada para derrotar la presunción de validez con la que ingresa al sistema jurídico nacional, entonces, es una norma que podrá ser inaplicada por la judicatura nacional a la hora de resolver los casos concretos (Castillo, 2024).

VI. EL EXAMEN DE VALIDEZ DE LOS DOS POSIBLES SIGNIFICADOS

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER SIGNIFICADO

Con lo expuesto hasta aquí ya es posible someter a un examen de validez constitucional a los dos significados formulados anteriormente desde el primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del NCPC. Lo primero que debe ser advertido es que son dos significados contrarios entre sí, de modo que ambos no pueden ser constitucionalmente válidos a la vez, sino que solamente uno de ellos lo será. Cuál lo sea dependerá de la corrección de las razones que los sostienen, en la medida en que no es ni lógica ni jurídicamente posible que ambos significados se sostengan en razones correctas y sean contrarios a la vez.

Con relación al significado S1 se ha de afirmar que contraviene la naturaleza normativa y de alcance general que le corresponde a la interpretación vinculante y concretadora que del tratado internacional estatuye el órgano internacional, en particular, la naturaleza normativa de las interpretaciones que de la CADH estatuye la Corte IDH independientemente del Estado parte comprometido.

Se afecta a la normatividad de los tratados internacionales sobre derecho humano celebrados por Perú, debido a que el significado de los distintos mandatos que lo componen no se agota en las normas abiertas estatuidas directamente, sino que alcanza también a sus concreciones estatuidas por sus intérpretes vinculantes que son los tribunales internacionales con la competencia para ello. Más precisamente, la vinculación del Estado peruano a la CADH abarca también a las concreciones que de ella haya dispuesto la Corte IDH. Y en la medida en que la concreción se configura por la fuerza interpretativa y por la naturaleza del juicio de validez convencional que lleva a cabo la Corte IDH como controladora de la convencionalidad de las actuaciones estatales, y no por el Estado que haya sido denunciado, todas las concreciones normativas vinculan al Estado peruano hayan o no sido estatuidas en sentencias en las que el Perú haya sido parte procesal. En particular, S1 es contrario al artículo 55 y a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución en la medida en que disponen la vinculación a las normas estatuidas en los tratados internacionales, las cuales —se ha de insistir— no se agotan en las normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional, sino que se extienden también a sus concreciones estatuidas por la Corte IDH.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SEGUNDO SIGNIFICADO

La situación es muy distinta respecto del significado S2 atrás formulado. La interpretación que justifica este significado no restringe la vinculatoriedad de las interpretaciones normativas contenidas en las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a aquellas en las que el Perú es parte. Como se ha sostenido previamente, esta interpretación es posible debido a que la disposición analizada no ha empleado ninguna expresión que prohíba que el Estado peruano se vincule también a las interpretaciones de los tratados internacionales en los procesos

en los que no ha sido parte; simplemente se ha limitado a afirmar la vinculación a aquellas estatuidas en las que el Perú ha sido parte.

Por otro lado, esta interpretación sí protege la normatividad de los tratados internacionales a cuyo respeto se ha comprometido el Estado peruano, con el añadido que resulta una interpretación compatible con la posición de controladora de la convencionalidad que tiene la Corte IDH en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y compatible también con las consecuencias que se producen desde el juicio de validez convencional en el que consiste el control de convencionalidad que lleva a cabo. No se desconoce la necesaria naturaleza normativa de las interpretaciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú establecidas en las sentencias de los tribunales internacionales competentes para concretarlos. De modo que el órgano encargado de asegurar la normatividad de estos tratados ejercerá un efectivo control de convencionalidad y, consecuentemente, asegurará la normatividad misma de los tratados vinculantes para el Perú.

Asimismo, en el artículo 62.3 de la CADH se establece la vinculatoriedad de las interpretaciones concretadoras de la CADH que se estatuyen en todas las sentencias de la Corte IDH, independientemente del Estado procesado siempre que este le haya reconocido competencia “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”. Se trata de una manera idónea de asegurar la normatividad de las normas convencionales.

Por estas razones, de los dos significados que pueden ser concluidos de la disposición establecida en el primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del NCPC, solo es conforme a la Constitución el segundo de ellos. En consecuencia, y en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución (Silva, 2014, pp.

439-442), esta disposición será constitucionalmente válida siempre y cuando la norma que se concluya a partir de ella consista en el significado aquí identificado como S2, el cual reconoce la vinculatoriedad del contenido normativo de todas las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos creados para asegurar la normatividad del tratado internacional vinculante para el Perú. De modo que el mencionado artículo VIII no es inconstitucional porque sí es posible de interpretarlo conforme a la Constitución⁴. De esta forma, son vinculantes para el Estado Peruano todas las interpretaciones vinculantes y concretadoras que de la CADH haya estatuido la Corte IDH, independientemente de si proceden o no de un proceso contencioso o consultivo en el que el Perú ha sido parte⁵.

VII. CONCLUSIÓN

En la sentencia de un tribunal internacional es necesario diferenciar la interpretación vinculante del tratado internacional que concreta alguna de sus normas abiertas del contenido del fallo. Tal interpretación tiene naturaleza normativa, es una norma convencional adscripta a la norma convencional directamente estatuida por el tratado internacional. Para lo que aquí ha interesado analizar, debe ser dicho que cuando la Corte IDH interpreta la CADH para concretar alguna de sus normas abiertas y con ella resolver el problema jurídico presentado en el proceso contencioso

⁴ En contra el magistrado Morales Saravia para quien “se advierte que el extremo final del primer párrafo del artículo citado [artículo VIII NCPC], resulta inconstitucional, pues contraviene la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución al acotar indebidamente el parámetro constitucional con el que cuenta el Tribunal Constitucional para interpretar el sentido, alcance y el perfil exacto del contenido de los derechos y libertades” (Fundamento de voto en el EXP. N.º 02109-2024-PHC, fundamento 6).

⁵ Es posible identificar sentencias en las que expresamente el Tribunal Constitucional dice que la interpretación que la Corte IDH hace de la CADH no es vinculante para el Perú por provenir de una sentencia en la que el Perú no ha sido parte (por todas, véase la sentencia al EXP. N.º 03250-2023-PA/TC, fundamento 17). Y a la vez, es posible identificar sentencias del Alto Tribunal en las que acude a las sentencias de la Corte IDH en las que el Perú no ha sido parte, para luego de identificar la interpretación vinculante y concretadora de la CADH, invocarla en la solución del caso concreto que enfrenta (por todas véase la sentencia al EXP. N.º 02109-2024-PHC/TC, fundamentos 38 y 70 a 79).

(o en la consulta planteada), estatuye una norma de alcance general que una vez nacida al mundo jurídico es atraída fuertemente por la norma de la CADH que concreta, y adherida a ella tiene existencia jurídica y vincula a todos los vinculados a la CADH, es decir, a todos los Estados partes, hayan o no formado parte del concreto proceso contencioso.

Esta norma de alcance general debe ser diferenciada respecto del fallo. Este es consecuencia de la aplicación de la norma convencional adscripta, que actúa como premisa normativa (*ratio decidendi*), sobre la premisa fáctica que se construye desde los hechos del caso. El resultado es una regla jurídica de efecto *inter partes*, es decir, una que obliga al concreto denunciante con el concreto Estado denunciado. De modo que el fallo en estas sentencias tiene un alcance limitado.

Cuando el Estado peruano firmó la CADH (y ocurre lo mismo con cualquier tratado internacional sobre derechos humanos), las normas de la Convención ingresaron al sistema jurídico interno. Adheridas a esas normas ingresaron también sus interpretaciones vinculantes y concretadoras estatuidas por la Corte IDH. Unas y otras se colocaron en el nivel constitucional del sistema jurídico, y nacionalizadas se han transformado en normas constitucionales adscriptas de origen convencional. Y como normas constitucionales, no como normas convencionales, vinculan a todos los poderes públicos y a los particulares, y deben ser tomadas en cuenta por los distintos operadores jurídicos a la hora de resolver problemas jurídicos.

Es en este contexto dogmático que debe ser interpretado el primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del NCPC. Desde esta disposición es posible concluir dos significados que son contrarios entre sí. El primero circunscribe la vinculación del Estado peruano no solo al fallo en las sentencias en las que ha sido parte procesal, sino también a las interpretaciones de la CADH emitidas en los procesos en los que ha sido

parte. Es decir, establece que al Estado peruano no vinculan las interpretaciones de la CADH obtenidas en procesos en los que el Perú no ha sido parte. Por el contrario, del segundo significado se obtiene un mandato según el cual el Estado peruano está vinculado no solo por el fallo, ni por las interpretaciones de la CADH en los procesos en los que ha sido parte procesal, sino que se vincula a todas las interpretaciones a través de las cuales la Corte IDH ha concretado la CADH en ejercicio de su función contenciosa (o consultiva) independientemente de que haya sido o no parte procesal en la sentencia en la que se estatuyen.

Ambos significados son contrarios entre sí por lo que ambos no pueden ser constitucionalmente válidos. Identificar cuál de ellos es válido reclama examinar la corrección de las razones que lo sostienen. Con base en el contexto dogmático presentado se ha llevado a cabo un análisis que ha permitido reconocer corrección a las razones que acompañan al segundo de los significados y, consecuentemente, reconocerle validez constitucional. El primer significado se construye desde una mera interpretación literal de la disposición y desconoce la naturaleza normativa de alcance general que tiene toda interpretación de la CADH estatuida por la Corte IDH. Este significado es constitucionalmente inválido porque permite que los operadores jurídicos nacionales no se vinculen y resuelvan en contra de normas jurídicas que conforman nuestro derecho constitucional vigente.

Por el contrario, el segundo significado se construye no solo desde el texto de la disposición interpretada, sino también desde una interpretación teleológica que atiende tanto a la finalidad protectora de los tratados sobre derechos humanos como a la finalidad concretadora que tienen las interpretaciones que estatuyen los tribunales internacionales. Admitiendo que la vinculatoriedad de la interpretación concretadora no se configura por el Estado procesado sino por la propia naturaleza vinculante del ejercicio de la función internacional que el tratado, como la CADH, le

asigna al tribunal encargado de proteger su normatividad (Corte IDH), es posible reconocer naturaleza normativa y consiguiente vinculatoriedad a todas las interpretaciones concretadoras que de la CADH ha efectuado la Corte IDH como premisa normativa en sus casos contenciosos (y consultivos).

La corrección de este significado se sostiene no solo en la manifiesta incorrección de las razones que pretenden justificar el primer significado, sino también en el aseguramiento de la normatividad de los tratados internacionales sobre derechos humanos que implica, en la medida en que una manera de respetar las normas abiertas de los tratados internacionales sobre derechos humanos es vinculándose a las normas que las concretan. Por lo demás, es un significado que se ajusta perfectamente al control de convencionalidad que llevan a cabo los tribunales internacionales sobre derechos humanos, debido a que se sujeta a los juicios de validez convencional que la norma adscripta significa. De modo que el segundo significado y no el primero resulta compatible con los mandatos de la Constitución, lo que permite concluir que el artículo VIII del Título Preliminar del NCPC es constitucional siempre y cuando se interprete de este segundo modo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, pp. 593–624.

Castillo Córdova, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Palestra.

- Castillo Córdova, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*. Centro de Investigaciones Judiciales; Fondo editorial del Poder Judicial del Perú.
- Castillo Córdova, L. (2024). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad*. Zela.
- Colombo, I. (2022). Un análisis crítico de la doctrina del control de convencionalidad. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (1), pp. 83-116.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982, 24 de septiembre). *Otros tratados* objeto de la función consultiva de la Corte (OC-1/82), Opinión Consultiva.
- Díaz Revorio, F.J. (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid iuris*, 6, pp. 7-38.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 5(28), pp. 123-159.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo & R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Palestra.
- Hakansson Nieto, C. (2015). La posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993. En S. Mosquera (Ed.), *La constitucionalización de los tratados de Derechos Humanos en el Perú* (pp. 27-44). Palestra.
- Hakansson Nieto, C. (2024). *En defensa de los derechos y libertades*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla.

Luque Armestar, A., & Pulido Ramírez, D. (2024, 10 de diciembre). *La interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo con la Ley N° 32153 que modificó el Nuevo Código Procesal Constitucional: una lectura conforme a la (todavía) Constitución vigente* [Boletín]. IDEHPUCP.

Sagüés, N. (2013). Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 5(1), pp. 14-20.

Santiago, A. (2013). *El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos* [Comunicación presentada en sesión privada del Instituto de Política Constitucional].

Silva Irarrázaval, L. (2014). La dimensión legal de la interpretación constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), pp. 437–471.

Silva, M. (2023). Los reales alcances de la doctrina del control de convencionalidad a la luz de algunas de las características del derecho interamericano de derechos humanos. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (28), pp. 59-99.

Tello Mendoza, J. (2024). *Control de convencionalidad y Estado constitucional de Derecho*. Tirant Lo Blanch.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). EXP. N.º 2730-2006-PA/TC. 21 de julio de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). EXP. N.º 047-2004-AI/TC. 24 de abril de 2006.

Vitolo, A. (2013). Una novedosa categoría jurídica: El «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad». *Pensamiento Constitucional*, (18), pp. 357–380.

Zegarra Mulánovich, A. (2025). *Descubrir el Derecho. Una exposición sistemática de las nociones jurídicas más elementales*. Tirant lo Blanch; Universidad de Piura.



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REVISTA DE DERECHO

Vol. 25/2025

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)