

Depósito Legal Digital N° 2024-08864
Depósito Legal Impreso N° 2016-12693

ISSN (en línea): 2664-3960
ISSN (impreso): 2664-3952



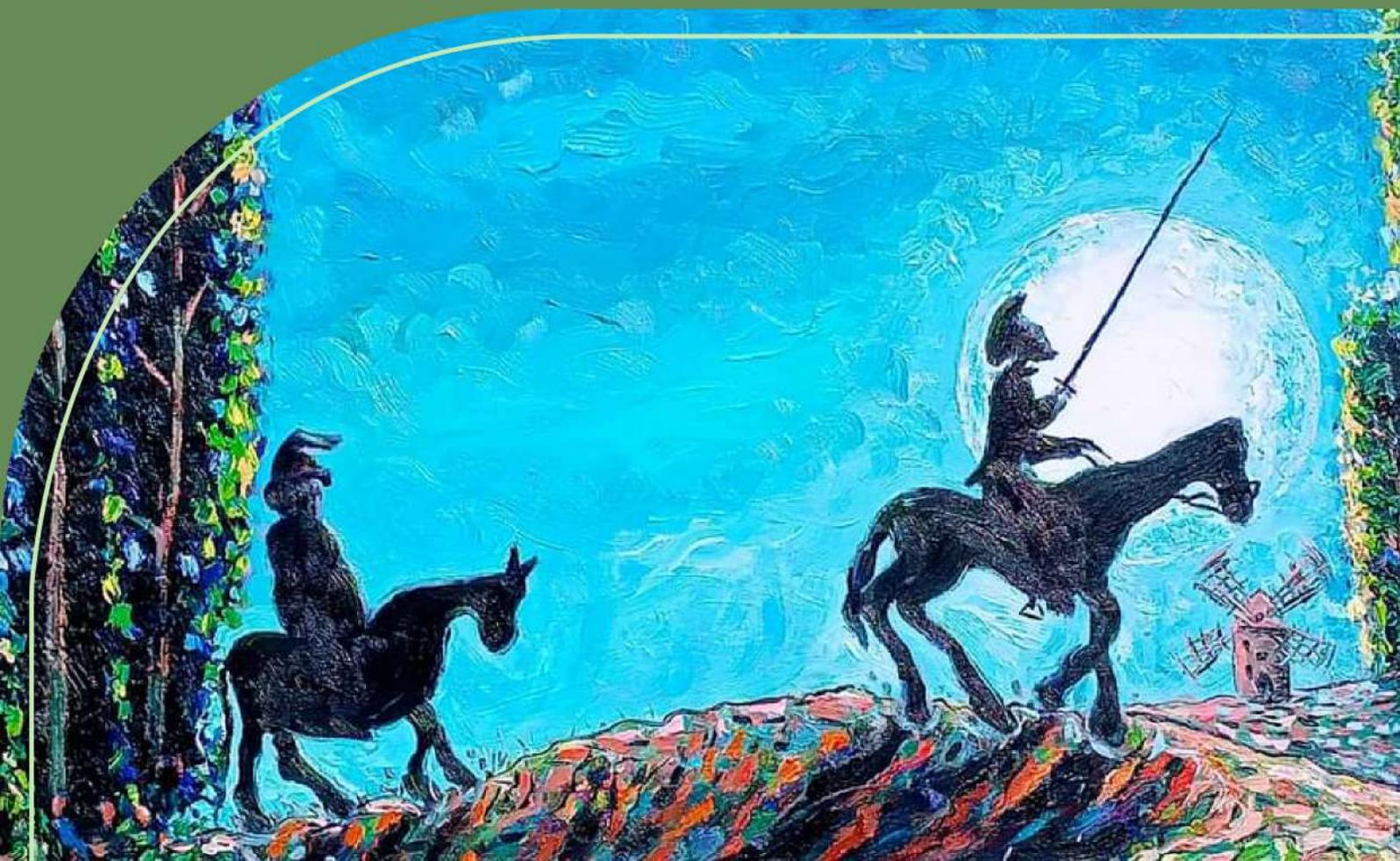
Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

Revista

quaestio iuris

Revista de investigación jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC

N° 12: Enero – Julio 2024
Versión electrónica



quaestio iuris

Editada y publicada por:

© Universidad Nacional de Cajamarca

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa 1050, Pabellón 4 F, Ciudad Universitaria

Cajamarca, Perú

Teléfono: +51 976 480 408

Web: <https://www.unc.edu.pe/>

Email: jsalazars@unc.edu.pe

Revista digital disponible en: <https://revistas.unc.edu.pe/index.php/Quaestio-iuris>

Diseño y diagramación: Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional
UNC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-12693

ISSN electrónico: 2664-3960

ISSN impreso: 2664-3952

Prohibida la reproducción parcial o total sin autorización de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Equipo editorial

Editor en Jefe

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3038-9956>

Consejo Editorial

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8983-2978>

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7010-4305>

MCs. Yorcka Uliana Torres Torres

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1393-3793>

MCs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6884-2261>

Comité científico

Dra. Cyntia Raquel Rudas Murga

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima- Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7777-5646>

Mg. Bruno Alberto Novoa Campos

Academia de la Magistratura

Lima - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>

Mg. Dael Carlos Dávila Elguera

Consulado General del Perú en Londres

Londres - Inglaterra

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1731-8301>

Dra. Karla Pamela Jiménez Erazo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Morelos - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0534-801X>

Dra. Rommy Álvarez Escudero

Facultad de Derecho
Universidad de Valparaíso
Valparaíso - Chile

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>

Dra. Esmeralda Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6964-7326>

Dr. Miguel Ángel Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2779-1119>

Apoyo técnico

M.Cs. Gilmer Cayotopa Jara

Dirección de la Unidad Técnica de Biblioteca
Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0778-7224>

Índice

- 5 **Presentación**
- 8 **Inteligencia Artificial y Derechos Humanos: directrices éticas**
CERNA PAJARES, Cinthya
ASCENCIO LÓPEZ, Noemi
- 23 **Hacia una regulación ambiental cosmocéntrica en el Perú: aspectos jurídicos, filosóficos y científicos**
MENDOZA COBA, Alcides
- 51 **Análisis crítico a la Ley N° 31590, que modifica el Código del Niño y del Adolescente, referente a la tenencia compartida en el Perú**
QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate
GUTIÉRREZ CERREPE, Steve Diego
SACHUN NAMAY, Lorena Estefany
- 76 **Hacia la regulación del anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú**
ROMERO MENDOZA, Joel
- 99 **La inadecuada regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Perú**
ROQUE JULCA, Andy
- 114 **¿Es posible cometer el hurto de señales de Wifi? Breve análisis del delito de hurto y su posibilidad de abarcar a las señales de Wireless Fidelity**
CERNA RAVINES, Cristhian A.
AGUILERA BENITEZ, Virginia Raquel
- 127 **El derecho a la prueba de las personas jurídicas en el Código Procesal Penal peruano**
VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander

Presentación



6

PRESENTACIÓN

Con esta Edición No. 12, quaestio iuris, Revista de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú, entra en la fase digital y su difusión a través de internet y las redes sociales que la tecnología global ha creado.

Estos 15 años de una modalidad de constante trabajo en la investigación en las diversas áreas del Derecho que culminaban con la edición impresa y masiva de quaestio iuris. En ella, participaron diferentes grupos de docentes de la Facultad, no solo redactando los artículos de investigación, además corrigiendo y puliendo los materiales que luego se ordenaban, editaban y publicaban a través de una prestigiosa editorial de material jurídico del Perú.

Ahora, con el avance tecnológico y sobre todo con el impacto de la internet, el conocimiento y los saberes, la investigación, en todas sus matices y tipologías, se publicitan y circulan por las páginas y las vías digitales de comunicación. Más aún, actualmente las fuentes del conocimiento en las investigaciones jurídicas, se centran en archivos digitales de información y del big data, cuya revolucionaria expresión es la llamada “inteligencia artificial”.

En este contexto, es que quaestio iuris y el equipo de docentes que seguimos apostando por la investigación jurídica, inédita, crítica y rigurosa, estamos dando este salto tecnológico de difusión de nuestra investigaciones y creaciones ius doctrinarias.

El segundo aspecto que queremos resaltar en esta breve presentación, es que, este esfuerzo de digitalización de quaestio iuris, tiene otra meta, que va acorde con el avance de la rigurosidad y el reconocimiento de las publicaciones científicas del orbe, me refiero al proceso de indización en los más reconocidos archivos internacionales de publicaciones científicas. Meta que debemos lograr en el mediano plazo, y que de seguro será el resultado del constante trabajo del equipo de docentes de nuestra Facultad.

La edición y publicación digital de quaestio iuris será semestral. En este número, que comprende el primer semestre del 2024, incluimos artículos en materias civil, penal y administrativo, debidamente revisados por partes evaluadores nacionales e internacionales y en su momento corregidos con las sugerencias efectuadas.



7

Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento por todos aquellos investigadores del campo de las ciencias jurídicas que confían su producción en nuestra Revista de Investigación. Un agradecimiento a los colaboradores del Vicerrectorado de Investigación y Responsabilidad Social de la UNC, en especial a Luis Vargas, joven investigador RENACYT, por su constante apoyo técnico y académico para la edición digital de la presente revista.

Cajamarca, Perú, agosto de 2024

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Editor en Jefe de la Revista

quaestio iuris

Inteligencia Artificial y Derechos
Humanos: directrices éticas

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.1>



Inteligencia Artificial y Derechos Humanos: directrices éticas

Artificial Intelligence and Human Rights: ethical guidelines

CERNA PAJARES, Cinthya*
ASCENCIO LÓPEZ, Noemi**

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I.- Introducción. II.- El Estado de Derecho y la democracia constitucional. III.- Los Derechos Humanos en el Estado Constitucional de Derecho. IV.- Antecedentes de la Inteligencia Artificial. V.- Inteligencia Artificial y discriminación. VI.- Derecho al control humano. VII.- Principios éticos para la aplicación de la IA. VIII.- Inteligencia artificial, algoritmos y discriminación. IX.- Nuevas formas tecnológicas de administrar justicia. X.- IA y protección de datos personales. XI.- IA y derecho al trabajo. XII.-Conclusiones. XIII Lista de Referencias.

Resumen

El avance tecnológico en el mundo ha traído consigo la consolidación de la Inteligencia Artificial (IA); sin embargo, este drástico cambio en las sociedades, evidencia retos y desafíos, sobre todo de alcance ético, en relación con los Derechos Humanos, especialmente en el ámbito de la justicia, el empleo, la privacidad y la igualdad.

En este trabajo académico se analizan las implicancias derivadas de la aplicación de la IA en la vida cotidiana, bajo un enfoque filosófico y ético, en donde los casos empíricos no deben evaluarse aisladamente, sino por el contrario, de manera cohesionada con el ordenamiento jurídico vigente; del mismo modo, se proponen algunas posibles alternativas para el abordaje de casos críticos, especialmente aquellos que acarrear riesgo de transgresión de los Derechos Humanos de los ciudadanos.

* Abogada. Maestra en Ciencias con mención en Derecho Laboral. Dra. Cs. Mención en Derecho. Docente de pregrado y posgrado – Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

Correo electrónico: ccernap@unc.edu.pe

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9728-362X>

** Doctora en Derecho, Coordinadora de la Maestría en Derecho Social y profesora- investigadora de la Universidad Autónoma de Guerrero, México.

Correo electrónico: nascenciol@uagrovirtual.mx

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1499-8276>

**Palabras clave**

Derechos Humanos. Inteligencia Artificial. Avance tecnológico. Privacidad. Justicia. Igualdad. Discriminación. Algoritmo.

Abstract

Technological advancement in the world has brought with it the consolidation of Artificial Intelligence (AI); However, this drastic change in societies shows challenges, especially of an ethical scope, in relation to Human Rights, especially in the field of justice, employment, privacy and equality.

In this academic work, the implications derived from the application of AI in everyday life are analyzed, under a philosophical and ethical approach, where empirical cases should not be evaluated in isolation, but on the contrary, in a cohesive manner with the current legal system. Likewise, some possible alternatives are proposed for addressing critical cases, especially those that carry a risk of transgression of the Fundamental Rights of citizens.

Key words

Fundamental rights. Artificial intelligence. Technological advance. Privacy. Justice. Equality. Discrimination. Algorithm.

I.- Introducción

La evolución y dinamismo de las sociedades, a lo largo del tiempo, es un hecho innegable; en este escenario surge el fenómeno de la Inteligencia Artificial (IA), revolucionando todos los aspectos de la vida humana, lo cual ha implicado enormes beneficios en la salud, educación, economía, entre otros.

Sin perjuicio de ello, este avance tecnológico plantea diversos retos e interrogantes sobre el impacto creciente en los Derechos Humanos de los ciudadanos. Por este motivo, frente al acelerado progreso de la IA, resulta medular reflexionar sobre el potencial riesgo de menoscabo de los derechos de las personas, así como la asunción de mecanismos de contingencia y protección frente a este inevitable fenómeno.

La IA se viene empleando en múltiples contextos jurídicos, específicamente abordaremos los escenarios más críticos, como, por ejemplo, justicia, empleo, discriminación y seguridad. Los desafíos éticos derivados de esta problemática, tienen sustento en la naturaleza iusfundamental de los derechos de los ciudadanos, bajo un enfoque iusnaturalista racionalista; lo cual advierte la necesidad de adecuar los mecanismos de administración del poder público en el Estado Constitucional de Derecho.



11

Si bien estas novísimas tecnologías pueden acarrear la mejora del acceso a la información, también se plantea una enorme preocupación sobre la privacidad de los datos personales; más aún, teniendo en cuenta que los algoritmos de IA pueden recopilar y analizar grandes cantidades de datos personales, lo cual implica un riesgo potencial respecto de los derechos a la seguridad y privacidad de la información, acarreando discriminación e injusticia.

Pese a los retos y riesgos, la IA también ofrece mejorar la eficiencia y la equidad en la prestación de servicios públicos, fortalecer la participación ciudadana y facilitar el acceso a la justicia.

En ese sentido, resulta determinante adoptar un enfoque ético en la implementación de sistemas de IA, buscando optimizar los principios de igualdad, transparencia, equidad, privacidad y no discriminación; lo cual precisa de la colaboración y trabajo articulado entre el gobierno, el parlamento, el aparato jurisdiccional, los actores académicos y la sociedad civil.

La alfabetización digital y el fortalecimiento de la conciencia sobre los riesgos y beneficios de la IA, constituye una tarea prioritaria por parte del Estado; solo de esta manera se aprovechará el potencial del avance tecnológico en pro de una sociedad más justa y humana para todos por igual.

II.- El Estado de Derecho y la democracia constitucional

La evolución del Estado constitucional de derecho ha permitido que las personas sean capaces de defender sus derechos en igualdad de condiciones, no obstante, sigue siendo necesario atravesar por diversos procesos sociales como las luchas de clases, a fin de establecer y consolidar un sistema equitativo.

El Estado constitucional de derecho surge bajo la prerrogativa de que toda disposición contenida en una Constitución rígida está jerárquicamente supraordenada a cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico (Witker, 2023). Con ello, evidenciamos que si una norma se contrapone a lo establecido en el ordenamiento constitucional, prevalece lo que dicta la Carta Magna.

Para la existencia de un Estado constitucional es imprescindible contar con una Constitución rígida (escrita, codificada y resistente a modificaciones) que contenga un catálogo de derechos humanos y principios iusfundamentales, permitiendo la participación activa los actores sociales, políticos, culturales, académicos y jurídicos; la segunda condición imprescindible



12

de constitucionalización se consolida mediante garantías jurisdiccionales (positivas, negativas, primarias y secundarias); y, el tercero, tiene que ver con la existencia de una fuerza vinculante de la Constitución en relación con los otros elementos del orden jurídico (Lancheros-Gámez, 2009).

El Estado es responsable de fomentar la participación de los distintos actores y sectores que lo conforman, ello se evidencia mediante la denominada eficacia vertical (artículo 44 Const.); no obstante, las personas también tienen la obligación de intervenir de manera activa para incentivar el respeto de sus derechos y la defensa de los mismos, ello, mediante la eficacia horizontal (artículo 38 Const.); entonces, la colaboración cooperativa y conjunta se convierte en un elemento indefectible.

Con el Estado constitucional de derecho nace un cambio de paradigma, pasando por una notoria transición del Estado Legal de Derecho hacia aquel, en donde la Constitución se convierte en el mayor parámetro para invalidar y/o abrogar todas aquellas normas de rango inferior que se contraponga a sus principios, esto convierte al texto constitucional en un mecanismo idóneo de organización, disciplina y regulador de las relaciones entre el Estado y la población (Núñez, 2014).

El Estado constitucional de derecho se erige como un elemento indispensable para la existencia de la democracia, pues, permite que las personas ejerzan sus derechos humanos en concordancia con lo señalado por la Norma Fundamental, que es el máximo exponente de la tutela de derechos humanos en términos de derecho interno (Martínez, 2023).

La democracia constitucional es un sistema de control político, legitimación social y garantías, que establece y asegura la participación política de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, bajo los principios constitucionales, en donde la división formal de poderes y los derechos humanos son elementos imprescindibles (Restrepo & Gallo, 2021). Esta forma de estado se caracteriza por la toma de decisiones colectivas y mayoritarias, advirtiéndose que el ejercicio del poder político regulado está limitado por los postulados constitucionales (Córdova, 2011).

La democracia constitucional se consagra como una manifestación de soberanía, es decir, que los ciudadanos, quienes ostentan primigeniamente el poder, delegan las funciones al gobierno, con la finalidad de que la toma de decisiones sea en beneficio del pueblo, la forma de delegar estas funciones es a través de la participación ciudadana en



las jornadas electorales, mediante sufragio, delegando a los representantes elegidos por el pueblo la administración del poder público en armonía con la optimización de sus derechos y en relación con el principio de proscripción de la arbitrariedad.

III.- Los Derechos Humanos en el Estado Constitucional de Derecho

Después de explicar brevemente en qué consiste el Estado Constitucional de Derecho y la democracia constitucional, se advierte una necesaria relación entre ambos y los derechos humanos, dado que, la plena vigencia y garantía tuitiva constituye uno de los deberes primordiales del Estado, priorizando la dignidad y el acceso a los servicios esenciales en igualdad de condiciones.

El tipo de vínculo existente entre el Estado constitucional democrático y los derechos humanos dependerá del enfoque predominante de democracia que adopte el Estado, puede ser democracia real o ideal, en la primera de ellas hay una tensión entre la democracia y los derechos humanos, por medio de los cuales se establecen efectos vinculantes al legislador; mientras que en la democracia ideal los derechos humanos son aprobados por todos y no cabe la posibilidad de que una ley se contraponga a ellos (Alexy, 2000).

Los derechos humanos juegan un papel fundamental en el Estado constitucional democrático, pues, mediante la concreción de estos, se otorga protección a los ciudadanos, quienes pueden ejercer la defensa de sus derechos mediante mecanismos establecidos en el máximo ordenamiento, pero cuando esto no es suficiente, o el Estado se extralimita en sus funciones, las personas tienen la posibilidad de acceder a la justicia por medio de los organismos internacionales encargados de promover y vigilar a los Estados para que estos cumplan con sus obligaciones.

IV.- Antecedentes de la Inteligencia Artificial

La inteligencia artificial (IA) es un término acuñado en 1955 por John McCarthy (2006), el primer miembro de la facultad de IA de la Universidad de Stanford, quien la conceptualizó como la ciencia y la ingeniería de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes. Esta avanzada tecnología brinda asistencia en múltiples rubros y áreas, agilizando el desarrollo de los procesos con un gran potencial para el desarrollo sostenible.

Sin embargo, así como se evidencian sus notorias e indiscutibles ventajas, también se advierten riesgos potenciales respecto



14

de los derechos humanos, tema que debe ser abordado con carácter prioritario por parte de todo Estado que se repute constitucional.

La IA ha traído consigo la automatización de decisiones y gran capacidad de procesamiento de datos, así como el reemplazo del ser humano en tareas cotidianas o laborales; este escenario, hace susceptible a la IA de evidenciar impactos a gran escala sobre los derechos de las personas. Tal es el caso de la libertad de expresión (derecho a comunicar y derecho a recibir información libremente), derecho a la privacidad, la proscripción de la discriminación, y el derecho a la tutela judicial efectiva; entre otros.

Este fenómeno científico tiene una data de consolidación desde el año 1950 con la intervención de Alan Turing (2009), quien propulsa el “Test de Turing”, el cual es una herramienta que permite realizar una evaluación del comportamiento y capacidad que tienen las máquinas para demostrar inteligencia, comparando su desarrollo con el pensamiento del ser humano.

A partir de este relevante hecho histórico, el desarrollo de la Inteligencia Artificial empieza a generar gran interés y expectativa para la humanidad, siendo así, en el año 1966 se puso a prueba el primer programa de IA que simulaba una conversación terapéutica (IA ELIZA), creado por Joseph Weizenbaum, cuya función estaba orientada a brindar respuestas de forma automática y coherente a las conversaciones (O’Regan, 2013).

A partir del año 2020, la IA se empieza a emplear en aplicaciones de áreas que simplifican la vida cotidiana y laboral de los sujetos, mediante reconocimiento facial, biometrías, asistentes virtuales, predictores de rutinas y vehículos autónomos; este escenario se refuerza con el desencadenamiento del COVID-19, pues, se implementaron mecanismos de IA para el área médica y de prevención con la detección de síntomas del virus.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el año 1981, establece preceptos legales para la protección, promoción y salvaguarda de los derechos humanos en América. Si bien es cierto, este instrumento normativo no aborda taxativamente el uso de la IA, se advierte que en algunos artículos se podrían ver involucrados ciertos escenarios relacionados a la IA, tal es el caso, del artículo 11 que busca salvaguardar el derecho a la privacidad, incluyendo la recopilación de datos y la vigilancia. En la actualidad, en el ordenamiento jurídico peruano no existe un marco normativo específico para el uso de la IA como



derecho humano. Pese a ello, se vienen proponiendo, a nivel mundial, una serie de normas legales para abordar los desafíos y escenarios entorno a la IA y los derechos humanos; uno de ellos, es el establecido por el Instituto Alan Turing, denominado el Marco de Garantía de Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, para apoyar al Comité Ad Hoc sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa.

V.- Inteligencia Artificial y discriminación

En el año 2020, la red social Twitter fue blanco de delicadas acusaciones relacionadas con el debido al funcionamiento de una herramienta de previsualización de imágenes de cada usuario. Sucedió que, dada la imposibilidad de colocar una imagen completa en la página de inicio, el algoritmo automatizado, seleccionaba una parte de cada imagen para permitir a los usuarios previsualizar su contenido. Este algoritmo que empleaba fotografías de personas, favorecía a personas blancas antes que a personas de piel más oscura en la previsualización; concluyéndose indefectiblemente que se trataba de un algoritmo racista y excluyente.

El algoritmo fue estudiado y mejorado por un estudiante universitario suizo, a pedido de Twitter; pero el resultado de la investigación no fue para nada alentador, pues el algoritmo prefería rostros más jóvenes, delgados y con pieles más claras al recortar las imágenes para previsualizarlas.

Este controversial caso permite ahondar en cuestiones más complejas sobre la relación que se sigue desarrollando entre las nuevas tecnologías y los derechos humanos. El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estableció que las nuevas tecnologías contribuyen a empoderar a las personas y garantizar sus derechos y libertades, brindando oportunidades especialmente a personas vulnerables. Pese a ello, debemos reflexionar sobre los riesgos que conllevan estas herramientas automatizadas, evitando acciones justificatorias de discriminación (Fernández-Aller, 2022).

En ese mismo contexto, el derecho al trabajo también se ha visto afectado en países en donde se han utilizado algoritmos para seleccionar a postulantes a partir de los datos de otros trabajadores considerados competentes, constituyendo indiscutiblemente una muestra sesgada y excluyente de determinados grupos raciales.

La tecnología es diseñada y empleada por seres humanos, quienes tienen la capacidad de advertir y evitar potenciales



escenarios de discriminación que de hecho existen en la sociedad. Este aspecto debería ser el punto de partida para impulsar el uso responsable de la IA.

VI.- Derecho al control humano

El control humano es una respuesta jurídica novedosa frente a la necesidad de garantizar la tutela de los derechos e intereses jurídicamente tutelados en escenarios de inteligencia artificial. La capacidad de aprendizaje autónomo evidencia la necesidad de implementar un control humano en los procesos de creación y ejecución de la IA; esto con la finalidad de evitar la transgresión derechos humanos, o, en el peor de los escenarios, buscar un mecanismo de remediación.

En mérito al control humano, se imponen deberes al Estado y a los ciudadanos, a fin de garantizar el nuevo derecho en escenarios de IA. Esto implica una reestructuración institucional al interior de los Estados para establecer quiénes serán los encargados y responsables de la inspección, vigilancia y sanción sobre los agentes que participan en la producción y desarrollo de las nuevas tecnologías (Madrigal, 2020).

En síntesis, el reconocimiento del control humano como derecho esencial en la inteligencia artificial es un campo aún poco investigado; por lo que, resulta necesario propiciar la discusión académica y jurídica alrededor de su reconocimiento.

VII.- Principios éticos para la aplicación de la IA

El desarrollo tecnológico, en cualquier ámbito, deber ser guiado por la ética, la regulación normativa, y la tecnología en sentido estricto. Las directrices éticas y el derecho constituyen, un escenario altamente complejo; en cuanto a la IA, en primer orden se debe considerar la técnica de los algoritmos y los datos, en segundo lugar, la dimensión ética, y por último el filtro legal y social. El aspecto medular, versa sobre el desarrollo de un marco de derechos humanos para la IA, propiciando mecanismos para hacer frente a la falta de eficacia de los marcos éticos, permitiendo un desarrollo de tecnologías con un anclaje más sólido en las consecuencias e impacto sobre derechos humanos (Gascon, 2020).

Probablemente, los marcos éticos son ineficaces por ser serviles y pasivos frente a la actual situación de concentración de poder económico y tecnológico, sobre todo en contextos de exclusión de los intereses de personas de países menos desarrollados. Sumado a ello, estos marcos éticos no cuentan marcos de observancia práctica, motivo por el cual, la ética en el campo de la tecnología está muy lejos de ser agente drástico de cambio.



VIII.- Inteligencia artificial, algoritmos y discriminación

Las herramientas tecnológicas usadas por IA, evidencian un patrón que tiende a acrecentar las divisiones sociales y a incrementar la desigualdad social, especialmente en colectivos vulnerables. Un claro ejemplo de ello, se evidencia con el envenenamiento de datos, este es un método de explotación en el que un programador, puede manipular los datos de entrenamiento de los algoritmos para alterar las decisiones de un sistema. Este envenenamiento acarrea perniciosas consecuencias vinculadas a la transgresión a la privacidad de datos, o el riesgo de manipular y emplear los datos personales en contra de los usuarios. Desde luego, este desafortunado escenario profundiza los problemas de discriminación social e injusticia. En este sentido, el real desafío ya no está evidenciado por la innovación tecnológica y digital, sino por la gobernanza y ética administración de estas tecnologías y su impacto en la vida social (Almonacid, 2019).

Se ha advertido que asistentes virtuales como Alexa o Siri (nombres de mujeres), evidencian un proceso de feminización de la IA, donde las divisiones del trabajo por género se normalizan reduciendo las tareas de la mujer únicamente a la comunicación y obediencia, diseñados con personalidades sumisas, bajo un criterio de domesticación de la IA, asociando la femineidad como sinónimo de personalidad dócil y receptiva. Esta nefasta realidad tiende a estigmatizar mucho más a las mujeres, con el riesgo de quedar relegadas en ámbitos de la vida económica, política y social, retrasando notoriamente el progreso en materia de igualdad de género (Almonacid, 2019).

IX.- Nuevas formas tecnológicas de administrar justicia

La impartición de justicia tampoco es ajena al fenómeno de expansión de la IA, sobre todo en el procesamiento de datos y en los procesos de decisión, donde los prejuicios sociales se agudizan dado que, el uso de modelos de aprendizaje automático, se entrenan con datos policiales sesgados. De esta manera, lejos de evitar el racismo, se buscan herramientas para ocultarlo o disfrazarlo. Resulta bastante preocupante, en algunos países de América, que se empleen herramientas de IA para emitir fallos en aquellos casos considerados simples o no complejos. Pues, es innegable el alto grado de error, sumado a la discriminación, de los algoritmos utilizados.

Estas herramientas funcionan como una forma de lavado de tecnología, donde una apariencia de objetividad cubre los mecanismos que fomentan la discriminación en la sociedad. Se advierten afirmaciones falsas sobre las capacidades reales de la tecnología, que incluye desde transformaciones digitales



exageradas hasta la adopción de un lenguaje de marketing engañoso (McGregor, 2019).

Algunos países sudamericanos que ya han desarrollado softwares, y que los están utilizando como herramienta de apoyo para la administración de justicia, ejemplo de ello lo encontramos en Argentina con Prometea que desde 2017, la Fiscalía de la Ciudad de Buenos Aires ha implementado para elaborar dictámenes judiciales (Estevez, 2020); y Colombia con Pretoria el cual desde el 2020, apoya y optimiza el proceso de selección, análisis y estructuración de las sentencias de tutela para revisión de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2020).

X.- IA y protección de datos personales

El derecho a la protección de datos constituye el principio de la relación entre el Derecho y la tecnología. Debemos ser plenamente conscientes de los peligros que implica su uso para los derechos de las personas. La protección de datos se vincula indubitablemente al derecho a la privacidad y a la intimidad.

La relación de la protección de datos con la IA es innegable, pues, la IA recurre a datos personales y emplea tecnología para extraer conclusiones a partir de datos mediante algoritmos de una manera independiente de la voluntad humana. El campo de la protección de datos está regulado jurídicamente; sin perjuicio de ello, la IA ha ocasionado dificultades en la aplicación de determinados principios propios de la protección de datos, como la transparencia, el derecho de libre acceso a la información, el derecho de información en sentido estricto, entre otros (McGregor, 2019)

XI.- IA y derecho al trabajo

Los riesgos que el uso de la inteligencia artificial acarrea para los derechos de los trabajadores son innegables; sobre todo, aquellas herramientas utilizadas por el empleador en los procesos de selección de personal y en el ejercicio de sus poderes de dirección y control. El derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la no discriminación son los derechos de los trabajadores más vulnerables ante estas prácticas. De otro lado, se vienen implementado cada vez con mayor asiduidad, herramientas derivadas de la IA para someter a los trabajadores a vigilancia permanente, acarreando implicancias perniciosas para su intimidad y su salud (Batista, 2019).



19

En nuestro país, estos mecanismos de excesiva vigilancia, han sido recientemente normados, con la última modificación de la ley de teletrabajo, emitida por el Congreso de la República, que busca instalar mecanismos de verificación y contabilización de horas efectivas de labores de los trabajadores remotos, lo cual indefectiblemente, acarreará daños en la salud de los prestadores del servicio, por excesiva exposición frente al computador.

La compleja relación entre los derechos laborales y la facultad directriz del empleador amparada por la libertad de empresa, precisa un equilibrio a través del principio de proporcionalidad; más aún, considerando que el prestador de servicios es la parte débil en una relación laboral.

En otro sentido, el uso de la inteligencia artificial en el trabajo implica la automatización de las profesiones, considerándose las más proclives a esto las que realizan actividades físicas predecibles, como son, el procesamiento y la compilación de datos. Por lo que socialmente nos obliga a prepararnos, no solamente en la parte académica, sino en el desarrollo de habilidades, destrezas y capacidades que nos permitan ser más competitivos en el área laboral que se pretenda incursionar (Aguilera, 2019).

Otro factor que es importante analizar, es la Seguridad Social, ya que, mientras dicho derecho se encuentre condicionado al trabajo, se encontrará afectado al incrementarse el uso de la inteligencia artificial en las actividades laborales, ya que al mismo tiempo que los procesos productivos verán reducción en el margen de error inherente a la actividad humana, se irán eliminando los límites a la jornada diaria de trabajo establecidos en las legislaciones laborales (Selma, 2021).

Lo que nos obliga a reflexionar sobre los cambios a las legislaciones laborales, que permitan armonizar las nuevas formas y jornadas de trabajo, protegiendo a su vez la Seguridad Social de los ciudadanos.

XII.- Conclusiones

La democracia constitucional constituye una consolidación más firme para los Estados constitucionales de derecho, pues a través de ella se garantiza la participación activa de los gobernados en la toma de decisiones. Los derechos humanos son la máxima expresión de la vida digna e igualitaria para los seres humanos, el Estado Constitucional y democrático tiene el deber de garantizar su plena vigencia.

El drástico cambio en las sociedades, como consecuencia de



la implementación de herramientas derivadas de la Inteligencia Artificial, evidencia retos de alcance ético, en relación con los Derechos Humanos.

La IA ha invadido varios escenarios jurídicos, como, por ejemplo, justicia, empleo, discriminación y seguridad. Los desafíos éticos derivados de esta problemática, tienen sustento en el enfoque iusnaturalista racionalista; lo cual advierte la necesidad de adecuar los mecanismos de administración del poder público en el Estado Constitucional de Derecho.

Es indiscutible que las nuevas tecnologías acarrearán la mejora del acceso a la información, pero también se plantea una enorme preocupación sobre la privacidad de los datos personales; más aún, teniendo en cuenta que los algoritmos de IA advierten alertas racistas y discriminatorias, acrecentando la brecha contra ciudadanos en situación de vulnerabilidad.

La IA ha traído consigo la automatización de decisiones y gran capacidad de procesamiento de datos, así como el reemplazo del ser humano en tareas cotidianas o laborales; este escenario, hace susceptible a la IA de evidenciar impactos a gran escala sobre los derechos de las personas.

El control humano es una respuesta jurídica novedosa frente a la necesidad de garantizar la tutela de los derechos e intereses jurídicamente tutelados en escenarios de inteligencia artificial.

Los marcos éticos sobre la IA son ineficientes por ser pasivos frente a la actual situación de concentración de poder económico y tecnológico, además no cuentan marcos de observancia práctica.

XIII.- Lista de Referencias

Aguilera Durán, J. (2019). Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología. *Revista latinoamericana de derecho social*, 29, 3-23. Epub 24 de abril de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13898>

Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 21-42. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10016/1372>

Almonacid, J., Coronel, Y. (2019). "Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado". *Revista de Derecho Privado*. (38), 119-142. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.05>



Batista Hernández, N., Navarrete Luque, C., León Segura, C., Real, M., Chiriboga Hungría, J., Estupiñán Ricardo, J. (2019). "La toma de decisiones en la informática jurídica basado en el uso de los Sistemas Expertos". *Revista Investigación Operacional*. 40 (1), 131-139. Recuperado de <https://bit.ly/3CcPKe3>

Córdova, L. (2011). La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales. En C. Astudillo, & L. Córdova, *Reforma y control de la Constitución, implicaciones y límites* (primera ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Corte Constitucional Republica de Colombia (2020). PRETORIA, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector justicia. Boletín No. 128. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-punta-en-el-sector-justicia-8970>

Estevez, E., Linares Lejarraga, S. y Fillottrani, P. (2020). PROMETEA: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de <https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/viewer/PROMETEA-Transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial.pdf>

Fernández-Aller, Celia y Serrano Pérez, M.^a Mercedes (2022). ¿Es posible una Inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 307-336. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.11>

Gascon Marcen, Ana (2020). "Derechos Humanos e Inteligencia Artificial", en *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, pp. 335-350. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lancheros-Gámez, J. (2009). Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la Compresión de la Dignidad Humana. *Díkaion, Revista de fundamentación jurídica*, 23(18), 247-267.

Madrigal, A. (2020). América Latina busca su propia ruta hacia la Inteligencia Artificial (IA). En W. Weck y L. Salazar (eds.), *Inteligencia Artificial en Latinoamérica* (pp. 105-131). Fundación Konrad Adenauer.



Martínez, J. (2023). Estado Constitucional de Derecho, Poder Judicial y derechos humanos. ENFOQUES JURÍDICOS, REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS(07), 35-53. doi:DOI: <https://doi.org/10.25009/ej.v0i07.2596>

McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., & Shannon, C. E. (2006). A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence, august 31, 1955. AI magazine, 27(4), 12-12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>.

McGregor, L., Murray, D. y Ng, V. (2019). International Human Rights Law as a framework for algorithmic accountability, en International and Comparative Law Quarterly, vol. 68 n. 2, 2019, pp. 309–343. Disponible en: <http://doi.org/10.1017/S0020589319000046>

Núñez, J. I. (2014). Estado Constitucional de Derecho y Ponderación: Hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. Vniversitas(128), 153-172. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.ecdp

O'Regan, G., & O'Regan, G. (2013). Joseph Weizenbaum. Giants of Computing: A Compendium of Select, Pivotal Pioneers.

Restrepo, J., & Gallo, J. (2021). Razón Pública y Justicia Democrática: Los fundamentos teóricos de la democracia constitucional en el pensamiento político de John Rawls. Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia, VI(18), 171-197. doi:<https://DOI.org/10.32870/dgedj.v6i18.412>

Selma Penalva, A. (2021). Inteligencia Artificial y Derecho del Trabajo. IUS ET SCIENTIA, Vol. 7(2), 29-40. <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>

Turing, A. M. (2009). Computing machinery and intelligence (pp. 23-65). Springer Países Bajos.

Witker V., J. (2023). Juicios Orales y Derechos Humanos (Primera ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

quaestio iuris

Hacia una regulación ambiental
cosmocéntrica en el Perú: aspectos
jurídicos, filosóficos y científicos

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.2>



Hacia una regulación ambiental cosmocéntrica en el Perú: aspectos jurídicos, filosóficos y científicos

Towards a Cosmocentric Environmental Regulation in Peru: Legal, Philosophical, and Scientific Aspects

MENDOZA COBA, Alcides¹

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I.Introducción. II.Medio ambiente en el contexto de la dinámica humana. 2.1.Aspectos científicos que sustentan la regulación ambiental. 2.2.Fundamentos filosóficos que sustentan la regulación ambiental. 2.3.Enfoques medioambientales en la regulación del medio ambiente. 2.3.1.Enfoque antropocéntrico. 2.3.2.Enfoque ecocéntrico. 2.3.3.Enfoque cosmocéntrico. III. Elementos del ecosistema como sujetos de derecho. 3.1.1.En la jurisprudencia internacional. 3.1.2.En las decisiones y jurisprudencia en el Perú. IV. ¿Es posible la regulación cosmocéntrica en el Perú?. V.Conclusiones. VI.Lista de referencias.

Resumen

Este artículo examina la regulación de los enfoques ambientales antropocéntrico, ecocéntrico y cosmocéntrico, destacando este último como el más adecuado para garantizar la protección integral y sostenible de la naturaleza. Se analizan las declaraciones que otorgan derechos a elementos del ecosistema en diversos países, incluyendo una reciente sentencia del Juzgado Mixto de Nauta en Perú.

Palabras clave

Enfoque antropocéntrico, enfoque ecocéntrico, enfoque cosmocéntrico, sujetos de derecho, ecosistema, medio ambiente.

Abstract

This article examines the regulation of anthropocentric, ecocentric, and cosmocentric environmental approaches,

¹Profesor en Ciencias, Abogado, Estudios concluidos en Investigación y Docencia Universitaria por las Universidad Católica de Trujillo, Magister en Derecho Penal y Criminología, Doctor en Ciencias Mención Derecho por la UNC. Docente de EBR, y docente invitado de Pregrado de la UNC, docente invitado de la Escuela de Posgrado de UNC. Gerente del Estudio Jurídico, Investigaciones Científicas y Jurídicas DALHY SAC. Código ORCID: 0000-0002-6361-8065.



highlighting the latter as the most suitable for ensuring comprehensive and sustainable protection of nature. Declarations granting rights to ecosystem elements in various countries are analyzed, including a recent ruling from the Juzgado Mixto from Nauta in Perú.

Key words

Anthropocentric approach, ecocentric approach, cosmocentric approach, subjects of law, ecosystem, environment.

I. Introducción

En el contexto actual, el avance tecnológico y la explotación desmedida de los recursos naturales han desencadenado una alarmante contaminación ambiental. Este fenómeno no solo afecta los diversos ecosistemas del planeta Tierra, sino que también contribuye a problemas globales como el efecto invernadero, el calentamiento global, la lluvia ácida, la desertificación y la deforestación, entre otros. Estas preocupaciones son resultado directo de la irresponsabilidad humana en la gestión del medio ambiente, que abarca desde las actividades domésticas hasta la explotación a gran escala de recursos naturales. Si bien esta explotación responde a la necesidad de satisfacer las demandas de la población, con frecuencia se descuida la protección integral del ecosistema y el medio ambiente, poniendo en riesgo la sostenibilidad para las futuras generaciones. Este artículo se propone explorar la viabilidad y los fundamentos jurídicos, filosóficos y científicos de una regulación ambiental cosmocéntrica en el Perú, que coloque a la naturaleza en el centro de nuestras preocupaciones y acciones, reconociendo su valor intrínseco y su interconexión con todos los aspectos de la vida humana y planetaria.

A lo largo de la historia, hemos presenciado cómo la priorización del aprovechamiento de los recursos naturales ha llevado a menudo a descuidar su protección. Esto ha permitido que la intervención humana altere los ecosistemas en busca de la satisfacción de necesidades, sin considerar suficientemente las consecuencias ambientales. A medida que hemos observado los impactos de estas acciones en el medio ambiente, los Estados han intervenido para regularlo, estableciendo límites máximos permitidos para la contaminación. Sin embargo, estas regulaciones han tendido a reflejar una visión antropocéntrica, donde el hombre se considera superior a la naturaleza y, por ende, autorizado para afectarla. Este enfoque ha llevado a un deterioro ambiental progresivo. En este contexto, surge la interrogante sobre la importancia de considerar una regulación ambiental desde una perspectiva de igualdad entre los



elementos que componen el ecosistema, tanto los seres vivos (biocenosis) como los no vivos (biotopo), y la interrelación vital entre ellos. Este artículo se propone explorar la viabilidad y los fundamentos de una regulación ambiental cosmocéntrica en el Perú, que reconozca la interdependencia entre todos los componentes del ecosistema y promueva un equilibrio sostenible entre el ser humano y la naturaleza.

El propósito de este artículo es explorar y analizar los enfoques antropocéntrico y ecocéntrico en el contexto de la regulación ambiental, con el fin de establecer al enfoque cosmocéntrico como el paradigma más adecuado para guiar las relaciones entre el ser humano y el medio ambiente en el Perú. A través de un análisis exhaustivo de aspectos jurídicos, filosóficos y científicos, se busca comprender las implicaciones de adoptar un enfoque que reconozca la interdependencia y la igualdad de todos los elementos del ecosistema. Este estudio aspira a contribuir al desarrollo de políticas ambientales más holísticas y sostenibles que promuevan la armonía entre la humanidad y la naturaleza en nuestro país.

II. Medio ambiente en el contexto de la dinámica humana

El medio ambiente, como sistema dinámico, responde a interacciones que idealmente deberían estar en equilibrio. Sin embargo, es crucial destacar que todos los procesos que ocurren en los ecosistemas y el medio ambiente en general se deben a la interrelación entre seres bióticos (biocenosis) y seres abióticos (biotopo). En el caso de los ecosistemas, según Audesirk y Byers (2004), se trata de sistemas naturales sin la intervención humana. Por otro lado, el concepto de medio ambiente, siguiendo las definiciones de la ONU y el PNUMA, abarca el conjunto de valores naturales, sociales y culturales en un contexto y tiempo específicos.

Independientemente del concepto que se adopte en la regulación ambiental, la constante es la interrelación entre seres bióticos y abióticos. Mientras esta interrelación se mantenga en equilibrio natural, se asegurará la conservación del medio ambiente. Es por esto que la regulación ambiental es esencial, para garantizar que las actividades humanas no perturben este equilibrio crucial para la sostenibilidad del entorno natural.

Considerando lo anterior y la necesidad de regular el comportamiento humano en su relación con el entorno—ya que es el hombre quien realiza actividades que pueden alterar el medio ambiente—es necesario comprender los fundamentos científicos, filosóficos y los enfoques medioambientales. Estos elementos son esenciales para desarrollar una regulación



efectiva que proteja y conserve el medio ambiente, asegurando un equilibrio sostenible entre el desarrollo humano y la preservación de los recursos naturales. A continuación, algunas precisiones respecto a cada uno de ellos.

2.1. Aspectos científicos que sustentan la regulación ambiental

El planeta Tierra ha evolucionado a lo largo de millones de años, como lo han demostrado diversas ciencias especializadas como la Geología, Paleontología, Paleoclimatología, Geofísica, Geoquímica y Geomorfología, entre otras. Estos estudios han evidenciado que en la Tierra se han desarrollado procesos que han permitido un equilibrio entre los elementos abióticos (inertes) y bióticos (vivos), creando así las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida en todas sus formas.

Al comparar las propuestas científicas con el relato del capítulo 1 del libro del Génesis en la Biblia, se observa un objetivo común: ilustrar el orden de creación y los elementos que componen el planeta. Tanto la ciencia como la narrativa bíblica coinciden en la necesidad de condiciones específicas para el desarrollo de la vida.

En la Biblia, el hombre es creado en el último día del mandato divino, y según la ciencia, los seres humanos aparecieron tardíamente en la evolución natural. En ambas perspectivas, se evidencia que primero se crearon las condiciones ambientales necesarias: la Biblia menciona de la separación de las aguas bajo el firmamento y la formación de los océanos, mientras que la ciencia describe la formación de los océanos a través de procesos geológicos. La Biblia menciona que Dios produjo vegetación sobre la tierra, mientras que la ciencia explica que la vida vegetal se desarrolló mediante procesos evolutivos.

La creación de los seres vivos sigue un patrón similar en ambas narrativas. Según la Biblia, Dios creó los grandes monstruos marinos y todas las aves aladas, mientras que la ciencia sostiene que los organismos acuáticos y las aves evolucionaron a partir de formas de vida más simples. Dios creó los animales terrestres, y la ciencia describe cómo los mamíferos y reptiles, entre otros animales, evolucionaron a lo largo de millones de años. Finalmente, Dios creó al ser humano, y la ciencia afirma que la evolución humana se originó hace millones de años y se ha dispersado por todo el planeta.

Dios puso la Tierra y sus recursos a disposición del hombre, dotando de alimento a todos los seres vivos. En la visión científica, los humanos evolucionaron y se adaptaron a su



28

entorno natural, tomando decisiones basadas en la razón y desarrollando una interacción con la naturaleza que ha influenciado el medio ambiente. Esta interacción, junto con la evolución cultural y tecnológica, es una preocupación actual tanto para la ciencia como para las diferentes religiones del mundo. Es decir, tanto las ciencias especializadas como las narrativas bíblicas subrayan la importancia de las condiciones ambientales adecuadas para la vida y la evolución del ser humano, reconociendo el impacto que esta interacción tiene sobre el medio ambiente y la necesidad de su regulación y protección.

Considerando el preámbulo anterior, es evidente que tanto los seres vivos (animales y vegetales) como los elementos inertes (el suelo, el agua, la atmósfera, el clima, la temperatura, entre otros) son esenciales para los procesos que ocurren en el medio ambiente y los ecosistemas. La vida, como proceso biológico, requiere un entorno físico equilibrado, libre de contaminación o alteraciones, para que el flujo de materia (cíclica) y de energía (unidireccional desde el sol) pueda integrarse adecuadamente en el ecosistema a través de los seres autótrofos mediante los procesos de fotosíntesis. Las afirmaciones anteriores se pueden mostrar en el siguiente esquema meta teórico.

Considerando el espacio físico como el conjunto de elementos abióticos, tal como se infiere de Sherman, Sherman y Villa (2003), los procesos biológicos que mantienen el equilibrio de gases, como el oxígeno necesario para la respiración de animales y plantas, y el dióxido de carbono requerido para la fotosíntesis de los seres autótrofos (plantas, plancton, entre otros, incluidos seres microscópicos), son cruciales. Cualquier alteración en los productores de estos gases tiene consecuencias negativas para todos los componentes del ecosistema y el medio ambiente. A esto se suma que la contaminación ambiental, en particular, puede conducir a problemas como la desertificación, la escasez de agua, la deforestación, el oscurecimiento global, el aumento del efecto invernadero, las lluvias ácidas y el debilitamiento de la capa de ozono, entre otros.

Por ello, la ciencia permite comprender la dinámica que, por naturaleza, y originariamente sucede en los ecosistemas y el medio ambiente. Para iniciar es preciso, comprender la necesidad de equilibrio de los seres autótrofos (plantas y otros seres vivos) y de los seres heterótrofos (animales, hongos, protozoarios y bacterias) para mantener un ambiente con los elementos y alimentos disponibles para el desarrollo de la vida, este se puede mostrar en el siguiente esquema:



30

Sin entrar en el debate sobre su origen, el agua, como componente abiótico, es indispensable en todos los procesos biológicos de los seres vivos y en los procesos geológicos de la corteza terrestre. Actualmente, la disponibilidad de agua potable se ha convertido en un problema generalizado, tal como lo afirma el Banco Mundial (2023). Las causas de su contaminación y escasez se deben principalmente a acciones humanas, como actividades domésticas, consumismo, industrialización y la explotación de recursos naturales. Es importante señalar que, a diferencia de los humanos, los animales y las plantas consumen solo lo necesario para su ciclo de vida. Entonces, cuáles son las razones científicas para proteger el agua como componente abiótico indispensable para la vida en la tierra; en otras palabras, no es posible la existencia de la vida. Estas razones se resumen en que el agua es esencial para múltiples funciones vitales y ambientales. Es fundamental en la fotosíntesis, donde a través de la fotólisis del agua se produce oxígeno. Todos los procesos de alimentación y digestión de los seres vivos dependen del agua, así como su metabolismo. El transporte de sustancias nutritivas dentro del cuerpo humano se realiza mediante el agua, que también es crucial para la regulación de la temperatura corporal. Además, el agua desempeña un papel vital en la regulación del clima debido a su alta capacidad térmica. La mayoría de las reacciones químicas se llevan a cabo en medios acuosos y la biodiversidad en su conjunto depende del agua. Estos aspectos, entre otros, están directa o indirectamente relacionados con el consumo de agua.

Un elemento crucial, parafraseando a la ONU (2018), para mantener el equilibrio del ecosistema y el medio ambiente es asegurar que el suelo esté libre de contaminación. Es decir que, el suelo, como componente abiótico, es fundamental para el desarrollo de la vida, no solo como espacio físico, sino también como sustrato que proporciona los nutrientes necesarios para el crecimiento de las plantas. Mantener el suelo limpio es esencial para evitar la contaminación y el envenenamiento de los seres vivos, y prevenir enfermedades en diversas especies.

Es necesario regular las actividades humanas, ya que muchas de ellas contribuyen a la contaminación del suelo. Actividades como la agricultura intensiva, la industrialización, la explotación minera (legal e ilegal) y el uso de productos químicos pueden llevar a la bioacumulación y biomagnificación de contaminantes. Estos contaminantes son absorbidos por las plantas, reduciendo su capacidad productiva y acumulando sustancias tóxicas que pueden ingresar en la cadena alimentaria y afectar a los organismos que consumen estos productos.



Además, tal como se deduce de Odum (2006), la contaminación del suelo impacta negativamente en los ciclos naturales de la materia, esto es evidente porque se produce la lixiviación y la escorrentía que pueden transportar contaminantes a cuerpos de agua, afectando la calidad del agua y la vida acuática. Los contaminantes también alteran la flora y fauna del suelo, interrumpiendo las cadenas tróficas y contribuyendo a la contaminación atmosférica y acuática. Por lo tanto, es fundamental implementar y reforzar regulaciones ambientales para proteger el suelo y, por ende, el equilibrio de nuestros ecosistemas y el medio ambiente.

Se ha presentado un panorama de las razones científicas que respaldan la regulación para proteger el agua, el suelo, el aire y, dentro de estos, la biodiversidad. Sin embargo, es igualmente importante considerar la regulación de otros elementos del ecosistema, como el uso de energía y la gestión de residuos sólidos, entre otros aspectos.

Por otro lado, es crucial señalar que, si bien actualmente se establecen Límites Máximos Permisibles (LMP) para controlar la presencia de sustancias contaminantes en los distintos medios, permitiendo cierto grado de contaminación, este escrito adopta una postura radical que se sustentará al desarrollar los enfoques ambientales. Sin embargo, planteo una pregunta para reflexionar: ¿Estaría dispuesto a consumir 5 miligramos diarios de una sustancia altamente tóxica y mortal, sabiendo que 100 miligramos en una sola toma son letales? A esta escala, la sustancia no parece ser ni evidentemente tóxica ni mortal, pero ¿sería aceptable exponerse a ella de manera continua? Actualmente, se observa una situación similar con el establecimiento de los Límites Máximos Permisibles, especialmente en la explotación de recursos mineros. Esta actividad puede causar contaminación a escalas más reducidas, lo que a menudo dificulta enjuiciarla por delitos ambientales. En ocasiones, las sanciones se limitan a medidas administrativas.

2.2. Fundamentos filosóficos que sustentan la regulación ambiental

El novelista y dramaturgo francés Víctor Hugo escribió en 1862: “Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no la escucha”. Esta cita, con más de un siglo de antigüedad, es hoy una realidad innegable para cualquier ecosistema terrestre. Los seres humanos, al generar recursos para satisfacer sus necesidades y acumular riqueza, destruyen espacios naturales. Aunque a veces parece que esto no afecta la dinámica ambiental, cada componente de la naturaleza tiene un rol fundamental en el equilibrio del medio ambiente.



32

De lo mencionado por Víctor Hugo, se puede deducir que la naturaleza da señales de que está siendo vulnerada, como el incremento del efecto invernadero, el calentamiento global, las lluvias ácidas, la desertificación, la disminución de la biodiversidad, la escasez de agua, el adelgazamiento de la capa de ozono, la deforestación y la contaminación del agua, suelo y aire. A menudo, las grandes empresas mineras, mediante análisis ambientales realizados en laboratorios muy tecnificados, muestran que no hay daños ambientales. Sin embargo, la simple disminución de una especie en un entorno específico indica claramente que la naturaleza ha experimentado alteraciones. Esta preocupación implica una reflexión profunda sobre cómo los cambios en el medio ambiente están directamente relacionados con las acciones humanas. A menudo, el ser humano, al considerarse superior, tiende a explotar los recursos naturales para satisfacer sus necesidades, sin reconocer la importancia del equilibrio entre todos los elementos naturales.

En su obra de 1985, Lovelock ofrece una visión holística y profunda de la Tierra, destacando el concepto del Holismo Ecológico. Este enfoque sostiene que el planeta no es simplemente una suma de partes independientes, sino más bien un sistema complejo donde cada elemento, ya sea biótico o abiótico, juega un papel fundamental en el funcionamiento global del ecosistema. En esencia, Lovelock nos presenta una perspectiva que abarca desde los microorganismos hasta los ecosistemas más vastos, todos conectados de manera intrincada. Esta visión integral nos invita a considerar la interdependencia y la interconexión de todos los aspectos del medio ambiente, subrayando la importancia de mantener un equilibrio armonioso para garantizar la salud y la sostenibilidad del planeta en su totalidad.

Por otro lado, es esencial abordar la visión del medio ambiente desde la perspectiva de la ética ambiental, la cual defiende que el ecosistema y el entorno natural poseen un valor intrínseco, más allá de su utilidad para los seres humanos. Esta postura sostiene que el medio ambiente no debe ser simplemente visto como una fuente de recursos para satisfacer nuestras necesidades, sino que también debe ser considerado como un fundamento crucial para el desarrollo de la vida en todas sus formas. Aldo Leopold, en su obra "A Sand County Almanac" (1986), propone una "ética de la tierra" que destaca que la salud del ecosistema debe ser un criterio moral fundamental para nuestras acciones como especie humana. Leopold advierte que, en nuestra búsqueda desmedida por la acumulación de recursos y el enriquecimiento personal, tendemos a actuar con



33

exceso y ambición, lo que puede conducir a la degradación y dominación del medio ambiente. En consecuencia, la ética de la tierra nos insta a considerar el bienestar del ecosistema como un principio rector para nuestras decisiones y comportamientos, reconociendo así nuestra responsabilidad de preservar y proteger la integridad del entorno natural para las generaciones presentes y futuras.

Asimismo, Naess (1989), En su obra “Ecología, Comunidad y Estilo de Vida: Esbozo de una Ecosofía” (Ecology, Community and Lifestyle: Outline of an Ecosophy), publicada en 1989, Arne Naess plantea una serie de conceptos fundamentales, entre los cuales destaca la ecología profunda. En esta perspectiva, Naess argumenta que los seres humanos deben adoptar y respetar la ecología profunda, la cual reconoce que tanto los seres bióticos como los abióticos, que existen independientemente de la especie humana (como ríos, manantiales y animales), poseen un valor intrínseco y derechos propios que deben ser respetados.

En contraste con las perspectivas antropocéntricas que enfatizan la supremacía de la razón humana y otorgan un valor exclusivamente superior a los seres humanos, la ecología profunda de Naess postula que todos los elementos del ecosistema poseen un valor intrínseco y derechos que van más allá de su utilidad para los humanos. Esta visión reconoce la interdependencia y la conexión entre todas las formas de vida y los componentes del entorno natural, fomentando así una relación más equitativa y respetuosa entre los seres humanos y el resto de la naturaleza. Al promover la adopción y el respeto hacia la ecología profunda, Naess nos incita a reevaluar nuestra relación con el mundo natural, destacando la importancia de reconocer y apreciar la diversidad y singularidad de todas las formas de vida. Esta perspectiva nos motiva a reflexionar sobre nuestros valores y comportamientos, y a adoptar un enfoque ético y sostenible hacia la conservación y el cuidado del medio ambiente, tanto para las generaciones actuales como para las futuras.

Desde la óptica del utilitarismo ambiental, abogado por Singer (2003), sostiene que al aprovechar los recursos naturales se debe buscar maximizar el bienestar humano y minimizar el sufrimiento, tanto para las personas como para otros seres vivos. Esto implica una visión de protección ambiental orientada a prevenir el sufrimiento a largo plazo en el planeta Tierra, tanto para los seres humanos como para el resto de los organismos. En este enfoque, se reconoce una elevada responsabilidad al momento de utilizar los recursos naturales, ya que se



34

busca preservar el flujo normal de materia y energía en el medio ambiente. Este cuidado apunta a proyectar un entorno sostenible y sustentable en el tiempo, donde los recursos naturales permanezcan en equilibrio y estén disponibles para las generaciones futuras. Se trata, en última instancia, de garantizar que el bienestar humano y el de otras formas de vida estén protegidos y promovidos a largo plazo, evitando así consecuencias negativas para el medio ambiente y las futuras.

Desde la perspectiva filosófica desarrollada por Carol Gilligan en 1982 y Joan Toronto en 1997, se puede argumentar la importancia crucial de regular la interdependencia entre los seres humanos y la naturaleza, considerando no solo a los seres vivos, sino también a los elementos abióticos del entorno. Este enfoque resalta que, como seres racionales, los humanos tienen la responsabilidad ética de cuidar el medio ambiente. Al hacerlo, no solo garantizan la preservación de la biodiversidad y los ecosistemas, sino que también aseguran un desarrollo saludable y sostenible para la especie humana. El concepto de cuidado mutuo implica que, al proteger y preservar el equilibrio natural, los humanos están promoviendo indirectamente su propio progreso y bienestar. Esta interconexión entre la preservación ambiental y el desarrollo humano se vuelve fundamental en la medida en que los impactos negativos en el medio ambiente pueden tener consecuencias directas en la calidad de vida y la supervivencia de las futuras generaciones. Por lo tanto, la regulación de la interdependencia entre los seres humanos y la naturaleza se convierte en un imperativo moral y práctico para garantizar un futuro sostenible para todas las formas de vida en el planeta.

Desde la perspectiva de Rawls (2006), al contextualizarlo a la filosofía ambiental, se propone el enfoque del contractualismo ambiental. Según este enfoque, las políticas de desarrollo ambiental deben regirse por principios de justicia y equidad que, basados en el contrato social, incluyan consideraciones para la preservación de los recursos naturales para las generaciones futuras. Esto implica la planificación, promoción y ejecución de planes que fomenten la coexistencia de todas las formas de vida en el planeta.

2.3. Enfoques medioambientales en la regulación del medio ambiente

A lo largo de la historia, la relación entre la humanidad y su entorno ha generado un intenso debate y reflexión. Diversas corrientes filosóficas y éticas han surgido para abordar esta relación, cada una ofreciendo perspectivas únicas sobre el valor y la importancia del medio ambiente. En este contexto,



desde la perspectiva de este artículo, se destacan tres enfoques principales: el antropocentrismo, el ecocentrismo y el cosmocentrismo. Estas perspectivas, aunque a menudo se entrelazan, representan visiones divergentes sobre el papel de la humanidad en el mundo natural y la forma en que debemos interactuar con él.

2.3.1. Enfoque antropocéntrico

Cuando se menciona el enfoque antropocéntrico en la regulación ambiental, se está priorizando a la especie humana. En otras palabras, se regula el medio ambiente teniendo en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas. Bajo este enfoque, se establecen los Límites Máximos Permisibles, que son los parámetros que permiten a los seres humanos contaminar el medio ambiente hasta cierto punto cuando realizan acciones para aprovechar los recursos naturales y satisfacer sus necesidades.

En el enfoque antropocéntrico, si bien existe una regulación ambiental, como señala Pacheco (2013), también se corre el riesgo de explotar y sobreexplotar los recursos naturales, ya que se prioriza la satisfacción de las necesidades humanas. Sin embargo, al no considerar al medio ambiente como el eje central de la regulación, se permite la destrucción de ecosistemas y del entorno natural, así como la contaminación en todas sus formas. Esto conlleva consecuencias ambientales a nivel local, regional y mundial.

Desde el enfoque antropocéntrico, según lo propuesto por Oré (2015), el medio ambiente es considerado simplemente como un recurso instrumental, subordinado a las necesidades y deseos humanos. En este paradigma, la naturaleza se ve principalmente como un proveedor de recursos y servicios que pueden ser explotados y utilizados para satisfacer las demandas de la sociedad. Esta visión instrumental del medio ambiente puede llevar a una explotación irresponsable de los recursos naturales, sin considerar adecuadamente su valor intrínseco, su importancia para el equilibrio ecológico y su papel crucial en la sostenibilidad a largo plazo del planeta y la vida humana.

Frente a esto, contextualizando Lynn White Jr. (1967) destaca cómo la mentalidad antropocéntrica ha llevado a la humanidad a emprender acciones irresponsables en la explotación de los recursos naturales. Esta visión privilegia la satisfacción de las necesidades humanas sobre cualquier otra consideración, lo que ha resultado en prácticas de aprovechamiento de los recursos naturales que carecen de una adecuada consideración



36

por la sostenibilidad a largo plazo y el equilibrio ecológico. En consecuencia, se ha observado una explotación indiscriminada de los recursos naturales, sin una planificación adecuada ni una evaluación de los impactos ambientales, lo que ha contribuido significativamente a la degradación del medio ambiente y a la exacerbación de la crisis ambiental actual.

El enfoque antropocéntrico se centra en afirmar que:

Los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al ser humano legítimo dueño de aquella y, como consecuencia, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales. (Ochoa, 2014, p. 260)

En otras palabras, de acuerdo con la perspectiva antropocéntrica, las normativas ambientales deben enfocarse principalmente en el bienestar humano dentro del ecosistema. Aunque se reconoce la importancia de respetar el medio ambiente, se considera prioritario el bienestar humano, lo que puede llevar a la explotación de recursos naturales u otras actividades que pongan en riesgo el equilibrio del entorno natural.

2.3.2. Enfoque ecocéntrico

Parafraseando a Molinares Hassan y Díaz Marriaga (2023), en el enfoque ecocéntrico de la regulación ambiental, si bien se reconoce la posición dominante del ser humano dentro del ecosistema, se establecen regulaciones que limitan las actividades humanas para el aprovechamiento de los recursos naturales. Estas regulaciones están diseñadas con el objetivo de proteger y preservar tanto la biodiversidad como otras características especiales de áreas naturales consideradas de gran importancia ecológica. En este sentido, las regulaciones ambientales buscan no solo garantizar la satisfacción de las necesidades humanas, sino también asegurar la salud y el equilibrio de los ecosistemas en su totalidad. Esto implica establecer restricciones sobre actividades que puedan generar impactos negativos significativos en el medio ambiente, como la deforestación, la contaminación del agua y del aire, la sobreexplotación de recursos naturales, entre otras.

Según Mendoza (2019), el enfoque ecocéntrico en la legislación ambiental representa una perspectiva que sitúa al medio ambiente como un bien jurídico de importancia fundamental y autónomo en sí mismo. Esto implica que no solo es considerado en función de su utilidad para los seres humanos, sino que



se reconoce su valor intrínseco y su derecho a ser protegido legalmente en todos los niveles, desde la administración hasta la constitución. Por ello, este paradigma aboga por un equilibrio entre las actividades humanas y la preservación del medio ambiente. Se busca que las acciones humanas respeten la dinámica natural del entorno, permitiendo el uso y aprovechamiento de los recursos naturales de manera sostenible y sin comprometer la integridad del ecosistema. Es decir, se aspira a regular las actividades humanas de modo que estas no alteren el equilibrio natural del medio ambiente ni pongan en peligro la supervivencia de las especies y los ecosistemas.

El enfoque ecocéntrico, al contrario del antropocéntrico, adopta una visión más holística de la relación entre la humanidad y el entorno natural, no solo preocupándose por el bienestar de las especies individuales, sino también por la preservación de todos los componentes bióticos y abióticos que conforman los ecosistemas. Aunque se reconoce a la especie humana como una entidad superior con autoridad para gestionar los recursos naturales, se procura mantener el equilibrio y la salud del medio ambiente en su totalidad. Se busca así conservar tanto la estabilidad del entorno físico, como el de las comunidades biológicas, asegurando el funcionamiento óptimo de los ecosistemas. Es importante destacar que, si bien se establecen límites de contaminación mediante normativas administrativas, superarlos puede constituir un delito ambiental, lo que refleja la necesidad de armonizar el desarrollo humano con la protección ambiental dentro de un marco legal establecido.

Aunque es verdad que el enfoque ecocéntrico difiere del antropocéntrico al enfocarse más en la protección del medio ambiente, estableciendo normativas que limitan la explotación de los recursos naturales, ambos enfoques comparten un fundamento fundamental: la percepción del ser humano como una entidad poderosa en la naturaleza. Este concepto puede encontrarse en la Biblia, donde se le otorga al hombre la autoridad para dominar el mundo y todas sus especies.

2.3.3. Enfoque cosmocéntrico

En términos generales, y considerando diversas perspectivas de varios autores, el enfoque cosmocéntrico implica equiparar a todos los seres de la naturaleza, lo que implica que el ser humano es considerado igual a cualquier otro componente del ecosistema. Desde esta óptica, se pueden establecer dos comparaciones importantes. Por un lado, el ser humano, en su calidad de organismo vivo, requiere condiciones óptimas para su desarrollo, al igual que cualquier otra forma de vida en el



38

ecosistema. Por otro lado, el ser humano depende de factores abióticos como el aire y el agua. Aunque estos elementos no son idénticos, comparten el mismo espacio en el planeta Tierra, y, por ende, ambos deben ser reconocidos como componentes esenciales del ecosistema. Esta interrelación constante, necesaria e irremplazable entre los factores bióticos y abióticos subraya la importancia de considerarlos como elementos igualmente fundamentales en la comprensión y preservación del equilibrio ambiental.

El enfoque cosmocéntrico se basa en la necesidad de interconexión e interdependencia entre los elementos del ecosistema, reconociendo la igualdad de desarrollo de todos sus componentes. Esto implica que ninguna especie o elemento de la naturaleza puede prosperar sin depender de otros. En otras palabras, cada especie juega un papel crucial, conocido como nicho ecológico, dentro de un hábitat específico, contribuyendo al funcionamiento armonioso del ecosistema en su conjunto. Rachel Carson en su obra “Primavera Silenciosa” (2016), aboga por una legislación consciente y equilibrada que promueva la conservación y el respeto por el medio ambiente. Carson advierte sobre los peligros de la contaminación química, como el uso indiscriminado de pesticidas, que amenaza la vida silvestre y desequilibra el flujo de materia y energía en los ecosistemas. Su trabajo subraya la importancia de adoptar prácticas agrícolas sostenibles y respetuosas con el entorno para proteger la biodiversidad y garantizar la salud del medio ambiente.

Por otro lado, Mendoza (2019), en resumen, refiere que en el enfoque cosmocéntrico o holístico, se considera al ser humano como parte integral de la naturaleza y del medio ambiente. Por lo tanto, se argumenta que debe estar sujeto a regulaciones normativas que equiparen sus derechos con los de otros organismos bióticos y abióticos. En este sentido, se destaca la importancia de que el ser humano no se vea separado de las interacciones entre los seres vivos y su entorno, sino que sea parte activa de ellas. De esta manera, se propone que los derechos humanos se igualen a los de elementos naturales como manantiales, bosques o ríos. En síntesis, el paradigma cosmocéntrico sostiene que la dinámica del ecosistema y del medio ambiente debe ser comprendida como una unidad funcional, donde el ser humano es simplemente una parte más de los diversos componentes naturales.

En el enfoque cosmocéntrico, se reconoce que todos los seres vivos poseen un valor intrínseco que no depende únicamente de su utilidad directa para los seres humanos, ya que su



39

importancia también radica en su contribución indirecta al equilibrio del ecosistema. Este principio se fundamenta en la comprensión de que la dinámica del ecosistema se sustenta en dos procesos biológicos fundamentales: la fotosíntesis y la respiración. Estos procesos son vitales para mantener el equilibrio en las cadenas tróficas y redes alimenticias. En este sentido, si bien el ser humano no es el componente más crucial en la naturaleza, su capacidad de razonamiento, dominio y uso de herramientas tecnológicas le permite influir significativamente en el entorno. Sin embargo, esta influencia no debería ignorar el sufrimiento o las dificultades que enfrentan otros seres vivos para desarrollar sus propios mecanismos de vida.

El enfoque cosmocéntrico, tal como se presenta en este escrito, se basa en la equidad y el respeto hacia todas las formas de vida, sin otorgar privilegios a ninguna especie, ni siquiera al ser humano. Partiendo de esta premisa, es probable que haya filósofos y doctrinarios que se opongan, argumentando que el ser humano es superior a las demás especies debido a su capacidad de razonamiento, pensamiento y adaptación al entorno natural. No obstante, la superioridad en la razón no implica una mayor importancia dentro del ecosistema. De hecho, desde la perspectiva de la generación de alimentos para toda la cadena trófica, el ser humano no desempeña un papel crucial. Los únicos organismos que realizan esta función son los seres autótrofos, que mediante la clorofila capturan la energía solar y, a través de una serie de procesos, la transforman junto con la savia bruta y el dióxido de carbono en materia orgánica útil para la alimentación de todos los seres vivos, incluidos los humanos. Además, gracias a la fotosíntesis, se produce oxígeno, indispensable para la respiración de los animales. Así, es evidente que el planeta Tierra puede seguir albergando vida sin la presencia humana, pero sin las plantas (seres autótrofos) la vida sería imposible. Por lo tanto, desde esta perspectiva, las plantas son más importantes que el ser humano.

Desde la perspectiva del presente artículo, la regulación desde el enfoque cosmocéntrico asume la igualdad entre el ser humano y los demás componentes de la naturaleza, tanto bióticos como abióticos. Esto implica que, así como el ser humano tiene derechos, los demás seres también los poseen. El enfoque cosmocéntrico considera la relación dinámica y complementaria entre todos los seres de la naturaleza, resaltando una interdependencia cuya alteración afecta la dinámica de todo el ecosistema y el medio ambiente. Además, el enfoque cosmocéntrico se basa en el policentrismo y la pluralidad, reconociendo la diversidad cultural y ambiental como



40

un mecanismo para proteger la cosmovisión y la interacción entre el hombre y la naturaleza, así como para asegurar una protección superior de la biodiversidad. El enfoque cosmocéntrico también sostiene la unificación funcional del ecosistema y el medio ambiente, donde los derechos del ser humano, como sujeto de derecho, deben estar al mismo nivel que los derechos de un humedal, manantial, río o cualquier otra especie viva.

Para algunos críticos, declarar sujetos de derechos a elementos del ecosistema, como un río, es un exceso normativo. Tradicionalmente, un sujeto de derecho es una entidad que puede tener y ejercer derechos y asumir obligaciones dentro de un sistema jurídico. Esto generalmente se refiere a personas físicas o jurídicas que tienen conciencia y capacidad para cumplir con sus deberes legales. Sin embargo, desde el enfoque cosmocéntrico, es posible declarar a un río como sujeto de derecho. Este enfoque reconoce que los elementos naturales son fundamentales para el equilibrio ecológico y, por lo tanto, deben tener derechos para asegurar su protección.

Un río, por ejemplo, tendría el derecho a mantener sus aguas limpias. Al mantener sus aguas limpias, el río cumple funciones esenciales que benefician al ecosistema. Estas funciones incluyen proporcionar un hábitat saludable para diversas especies y suministrar agua necesaria para todos los seres vivos. Aunque un río no puede tener obligaciones en el sentido humano, su capacidad para mantener un entorno limpio y saludable es crucial para la biodiversidad y el bienestar del ecosistema. De esta manera, declarar a un río como sujeto de derecho desde el enfoque cosmocéntrico es una medida para garantizar su protección y, por extensión, la protección de toda la vida que depende de él.

III. Elementos del ecosistema como sujetos de derecho

3.1.1. En la jurisprudencia internacional

A nivel mundial, uno de los países que ha logrado declarar sujetos de derecho a elementos de la naturaleza, distintos del ser humano, es Nueva Zelanda.

En el año 2014, tal como afirma Santamaría Ortiz (2023), citando a United Nations (s.f), en Nueva Zelanda, declaran a “al Parque Nacional Te Urewera, y que fue el primer reconocimiento en ese ordenamiento de un territorio como entidad legal”, en el acto normativo, establece, tal como afirma, parafraseando a Kotzé y Villavicencio (2017), Se busca establecer y preservar la identidad legal de este parque, ya que encapsula su valor intrínseco, que



41

incluye sus distintivos valores culturales y naturales. Además, se pretende fortalecer y mantener la conexión entre los habitantes locales y el parque en cuestión, todo ello en concordancia con las responsabilidades establecidas en la legislación de Nueva Zelanda para su cuidado y conservación.

Luego, en Nueva Zelanda, su parlamento declaró que el río Whanganui tiene los mismos derechos que una persona. Según la BBC (2017), esto significa que el río es ahora una “persona jurídica, y como tal contará con derechos y obligaciones”. Este reconocimiento es el resultado de una lucha de más de 160 años por parte de la tribu Maorí en la isla del Norte. Los maoríes han trabajado arduamente para que el río Whanganui sea reconocido como una entidad viva. Esta perspectiva se basa en la cosmovisión maorí, que considera a los seres humanos como parte integral del universo y, por lo tanto, un elemento más dentro del cosmos y la naturaleza. Los maoríes se sienten parte del ecosistema del río, manteniendo con él un vínculo de conexión irremplazable e inherente.

En el caso de Nueva Zelanda, el río Whanganui representa una fuente vital de vida para los habitantes, especialmente para la Tribu Maorí. Este reconocimiento del río como sujeto de derecho evidencia la profunda cosmovisión maorí, que ve la unión entre el hombre y la naturaleza como un todo integral. Desde esta perspectiva, la naturaleza se considera un solo ser, en el que los elementos bióticos (seres vivos) y abióticos (componentes no vivos) están interconectados y tienen igual importancia. La cosmovisión maorí no jerarquiza estos elementos ni les niega la necesidad de protección. Al contrario, se enfatiza que cada componente del ecosistema debe ser preservado y respetado, ya que todos son esenciales para la armonía y el equilibrio de la vida. Declarar al río Whanganui como persona jurídica y sujeto de derecho refuerza esta visión integradora, subrayando la interdependencia y la cohabitación respetuosa entre los seres humanos y el entorno natural.

Por otro lado, el Tribunal de la India declaró a los ríos Ganges y Yamuna, así como a sus afluentes, como seres vivos. Esta declaración les otorga la condición de sujetos de derecho (Chandra, 2017). Al declarar a estos ríos como sujetos de derecho, se busca no solo su protección, sino también la preservación de la biodiversidad en sus aguas, la conservación de los ecosistemas circundantes y la mitigación del impacto en las comunidades locales. Esta es otra muestra que considera a los ríos en iguales condiciones que el ser humano, y su protección repercute positivamente en todos los elementos del ecosistema.



42

En la India, luego de declarar a los ríos Ganges como una entidad no humana en tener derechos legales, sucedió que,

La Corte Suprema de Uttarakhand determinó a través de un juicio que declara como seres vivos a los glaciares Gangotri y Yamunotri. Esta decisión se toma con el fin de protegerlos contra la creciente contaminación causada tanto por los locales como por los miles de visitantes que llegan semanalmente a dicho lugar en la región del Himalaya. (Observatorio Parlamentario, 2018)

La decisión de conferir el estatus de seres vivos a estos glaciares implica reconocerlos como entidades con derechos legales y dignidad inherente, equiparándolos a los seres humanos en términos de protección jurídica. Esto significa que ahora están amparados por la ley y que cualquier daño o amenaza a su integridad podría ser considerado como una infracción a sus derechos. Desde esta perspectiva, los glaciares pasan a ser considerados como entidades no humanas que disfrutan de los mismos derechos que un ser humano, lo que ilustra claramente la igualdad de todos los elementos dentro de un ecosistema.

En América del Sur, en Colombia, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-622, reconoció al río Atrato como sujeto de derecho, los siguientes términos: “Reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”. Esta medida busca, entre otros objetivos, promover el equilibrio del ecosistema acuático, el cual es fundamental para el desarrollo de las especies y como fuente de vida. La justificación de esta sentencia se encuentra en la Constitución de 1991 de Colombia, la cual refleja la imperiosa necesidad de proteger la naturaleza y la diversidad.

Por otro lado, en el año 2008, Ecuador en su Constitución, reconoce los derechos de la naturaleza. En el artículo 71 de dicho cuerpo normativo, establece que: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Desde un punto de vista legal, esto implica que se debe respetar completamente los derechos inherentes de la naturaleza. Estos derechos abarcan su derecho a existir en su totalidad, así como a mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Legalmente, esto sugiere que la naturaleza no debe ser considerada meramente como un recurso explotable,



43

sino como un ente con derechos que merecen ser protegidos y conservados. Esto conlleva la necesidad de implementar medidas y políticas que aseguren la conservación y el cuidado del medio ambiente en su conjunto, reconociendo su valor intrínseco y su importancia para el equilibrio y la sostenibilidad de la vida en la Tierra.

En la misma línea de protección de los derechos naturales, en Bolivia en el año 2010, mediante Ley N.º 071 de los Derechos de la Madre Tierra, aprobada el 21 de diciembre de 2010, en la que:

Se reconoce que el ser humano no puede vivir y tampoco puede decidir de manera aislada, si no tiene que tomar en cuenta la convivencia con todos, más aún el impacto que tienen nuestras acciones en la Madre Tierra. La ley le otorga los siguientes derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al equilibrio, a la restauración, a vivir libre de contaminación. La ley de la Madre Tierra la define como “el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común”¹⁷ Para los pueblos ancestrales la Madre Tierra es sagrada, y todas nuestras relaciones con ella se expresan desde esa cosmovisión. (Huanacuni Mamani, 2016)

Desde la perspectiva filosófica, este texto refleja una visión holística de la existencia humana y su relación con la naturaleza. Se reconoce que el ser humano no puede vivir ni decidir de manera aislada, sino que está intrínsecamente ligado a la convivencia con todos los seres vivos y al impacto que nuestras acciones tienen en la Madre Tierra. Esta visión refleja una comprensión de la interdependencia y la interrelación de todos los elementos en el universo, y subraya la necesidad de considerar el equilibrio y la armonía en nuestras acciones y decisiones.

Desde el punto de vista del derecho, el texto expone una serie de derechos otorgados por la ley a la Madre Tierra. Estos derechos incluyen el derecho a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación. Estos derechos reconocen la importancia intrínseca de la naturaleza y la necesidad de protegerla y preservarla para el beneficio de las generaciones presentes y futuras.



La ley de la Madre Tierra, tal como se describe en la cita de Huanacuni Mamani (2016), la considera como un sistema dinámico de vida compuesto por una comunidad inseparable de todos los sistemas y seres vivos, que están conectados, dependen unos de otros y se complementan, compartiendo un destino conjunto. Esta definición legal demuestra una perspectiva que valora y protege a la naturaleza, reconociendo su vitalidad y la importancia de preservar su integridad para asegurar la supervivencia y el bienestar de todas las formas de vida.

Asimismo, tal como menciona Nuñez del Prado (2022), el año 2019, el Tribunal Supremo de Bangladesh otorgó derechos legales al río Turag y a todos los ríos del país, declarándolos como entidades vivas. Esta decisión se basó en la crítica situación ecológica del río, que enfrentaba una grave contaminación debido a altas cargas de contaminación pesada. Con esta declaración, se busca proteger los ríos de futuras contaminaciones y promover acciones para su limpieza y purificación.

Recientemente, tal como informa DW (2024), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Suiza por su falta de acción en la lucha contra el cambio climático. Esta sentencia histórica podría tener repercusiones significativas, marcando un hito en la defensa del clima como un derecho fundamental. Aunque la sentencia no declara explícitamente al clima como sujeto de derecho, subraya su papel vital como factor abiótico necesario para el desarrollo humano.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentó un precedente jurídico con un veredicto a favor de un grupo de mujeres de avanzada edad que presentaron una querrela contra Suiza. Los jueces y juezas determinaron que la protección de los efectos del cambio climático antropogénico forma parte de los derechos fundamentales consagrados desde 1950 en la Convención Europea de Derechos Humanos. (DW, 2024).

Desde una perspectiva jurídica, esta decisión resalta la evolución del concepto de derechos humanos para abarcar no solo aspectos tradicionales como la libertad y la igualdad, sino también la protección del medio ambiente como un derecho fundamental. Filosóficamente, este fallo refleja una comprensión más amplia de la interdependencia entre el ser humano y su entorno natural, reconociendo que la preservación del medio ambiente es crucial para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos.



3.1.2. En las decisiones y jurisprudencia en el Perú

En el Estado peruano, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido derechos como el derecho al agua y ha emitido sentencias a favor de la protección del medio ambiente, estas decisiones no adoptan un enfoque cosmocéntrico, sino más bien ecocéntrico. A pesar de ello, se destacan, para los propósitos de este trabajo, los siguientes documentos, no necesariamente todos del Tribunal Constitucional.

Según Canosa Usera (2004), quien cita la Sentencia emitida por el Juez Vladimir Paz de la Barra en 1988 con respecto a la tala de árboles en el Campo de Marte (Lima), se ordenó la suspensión de dicha actividad, así como la paralización de las obras civiles. En uno de sus fundamentos, textualmente señala:

El sometimiento de la naturaleza al servicio del hombre, no constituye un proceso que se levanta sobre la base de la destrucción de la naturaleza; por cuanto, así como no puede existir una sociedad sin personas, de la misma forma tampoco podrá existir una sociedad sin naturaleza; toda vez que ambos constituyen un todo. (Canosa Usera, 2004, P. 470)

Desde una perspectiva filosófica, la cita resalta la conexión esencial y la dependencia mutua entre la humanidad y el entorno natural. Indica que la relación entre el ser humano y la naturaleza no debería centrarse en la explotación destructiva en beneficio propio, sino en un equilibrio armonioso que reconozca el valor intrínseco de la naturaleza y su vital importancia para la existencia humana. Esta postura promueve un respeto ético hacia el medio ambiente y aboga por una relación más equitativa y sostenible entre el ser humano y su entorno.

Desde la perspectiva legal, el texto resalta la importancia de otorgar a la naturaleza un estatus de sujeto de derechos, equiparándola en relevancia con los individuos en la sociedad. Enfatiza que la protección y preservación del medio ambiente son vitales para el bienestar y la supervivencia humana. En este contexto, el derecho ambiental busca establecer normativas y políticas que fomenten la conservación de la naturaleza y reconozcan su valor inherente, asegurando así un equilibrio entre las necesidades humanas y la salvaguarda del entorno natural para las futuras generaciones.

Este texto, desde el enfoque cosmocéntrico, resalta la igualdad entre el hombre y la naturaleza al equiparar su importancia y dependencia mutua. Afirma que el sometimiento de la naturaleza



46

al servicio del hombre no debe implicar su destrucción, sino más bien una relación equilibrada y armoniosa. Se argumenta que, al igual que una sociedad no puede existir sin personas, tampoco puede existir sin la naturaleza, ya que ambos son elementos fundamentales e interdependientes. Esta perspectiva cosmocéntrica propone que el hombre y la naturaleza forman parte de un todo integrado, donde la supervivencia y el bienestar de uno están intrínsecamente ligados al otro. Por lo tanto, se aboga por un enfoque que reconozca y respete la igualdad de ambos componentes, promoviendo así una coexistencia sustentable y equitativa.

En la Resolución Número Catorce (08 de marzo de 2024), que recae en el Expediente N.º 00010-2022-0-1901-JM-CI-01, del Juzgado Mixto – Nauta I, ha resuelto, lo que se propone en este artículo, desde un enfoque cosmocéntrico, porque en el numeral 3.1. de resuelve:

Declarar al río Marañón y sus afluencias como titular de derechos; tiene derecho a fluir, para garantizar un ecosistema saludable, el derecho a brindar un ecosistema sano, el derecho a fluir libremente de toda contaminación; el derecho a alimentar y ser alimentado por sus afluentes, el derecho a la biodiversidad; el derecho a que se la restaure, Derecho a la regeneración de sus ciclos naturales; Derecho a la conservación de su estructura y funciones ecológicas; Derecho a la protección, preservación y recuperación; Derechos que se encuentren representados y que el Estado debe proteger legalmente, por ser parte importante en los derechos fundamentales de todo ser humano y de nuestras futuras generaciones al ser vida, salud, y representa una de nuestra necesidades básicas, para nuestra subsistencia.

Esta sentencia subraya la importancia de equiparar la valoración de los elementos del ecosistema y del medio ambiente con la del ser humano. Al reconocer al río y sus afluentes como sujetos de derechos, implícitamente se reconoce el valor del ecosistema en su totalidad, incluida la humanidad. El río es vital como fuente de agua y biodiversidad, generando espacios para el desarrollo de recursos naturales necesarios para la sostenibilidad de las cadenas tróficas y redes alimenticias, garantizando procesos esenciales como la fotosíntesis y la respiración que equilibran la atmósfera.

IV. ¿Es posible la regulación cosmocéntrica en el Perú?

En el contexto peruano, la adopción de una regulación ambiental desde la perspectiva cosmocéntrica emerge como



factible y crucial. Más allá de las eventuales modificaciones constitucionales requeridas, se destaca la primacía de preservar la biodiversidad, dada la intrínseca interdependencia entre los elementos del ecosistema. Tanto los seres bióticos como los abióticos sostienen procesos vitales que garantizan la subsistencia de todas las formas de vida, subrayando la importancia de mantener un equilibrio en la interacción hombre-naturaleza. En este análisis, se revela que la aplicación efectiva del enfoque cosmocéntrico no exige necesariamente la promulgación de nuevas leyes, sino más bien la interpretación judicial que otorgue al medio ambiente un estatus de sujeto de derecho, equiparable al del ser humano en términos de protección y consideración.

Además, teniendo en cuenta la distinción de Becchi (2012) entre la dignidad ontológica y la deontológica, es importante reconocer que, si bien el ser humano tiene derecho a la dignidad, también está sujeto al deber de actuar de manera digna hacia los demás. Esto se extiende al equilibrio del medio ambiente, donde se espera que se respeten los elementos del ecosistema en igualdad de condiciones.

Desde una perspectiva jurídica, la afirmación considera que el ser humano, al tener derecho a la dignidad, también está sujeto a la obligación de actuar de manera digna hacia los demás. Este principio se extiende al equilibrio del medio ambiente, sugiriendo que la dignidad humana implica respetar y preservar los elementos del ecosistema en igualdad de condiciones, reconociendo su valor intrínseco y su importancia para la existencia humana y el bienestar colectivo.

Filosóficamente, la cita se basa en la teoría de la dignidad deontológica propuesta por Becchi (2012), que establece que la dignidad humana implica tanto derechos como deberes. Aquí, se argumenta que el deber de ser digno incluye la responsabilidad de proteger y preservar el medio ambiente, reconociendo la interdependencia entre la humanidad y la naturaleza. Este enfoque refleja una ética de respeto hacia el entorno natural y aboga por una relación armoniosa y equitativa entre el ser humano y la naturaleza.

V. Conclusiones

- a. La regulación ambiental desde el enfoque antropocéntrico prioriza las necesidades humanas, lo que conlleva al deterioro del medio ambiente y los ecosistemas, generando desconexión de la cosmovisión hombre -naturaleza.



b. El enfoque ecocéntrico, presente en las normas de derecho ambiental en el Perú, ofrece una mayor protección al medio ambiente, pero aún permite ciertos niveles de contaminación bajo parámetros específicos, conocidos legalmente como Límites Máximos Permisibles. Esto mantiene una distinción entre el ser humano y otros componentes del ecosistema, a pesar de compartir el mismo espacio en el planeta Tierra.

c. El enfoque cosmocéntrico se basa en reconocer la igualdad de protección para todos los seres del ecosistema, incluyendo tanto a los seres bióticos como a los abióticos, y la interdependencia entre ambos. Su objetivo es mantener el equilibrio en el flujo de materia y energía en el ecosistema, preservando las cadenas y redes alimenticias, fundamentadas en procesos como la respiración y la fotosíntesis, con un sustrato de suelo, aire y agua libre de contaminación.

d. Los países que han otorgado derechos a elementos de la naturaleza lo hacen porque consideran que son organismos vivos que necesitan protección para cumplir su función en la sostenibilidad de los ecosistemas, lo que le confiere el derecho a la protección legal.

VI. Lista de referencias

Audesirk, T. A. (2004). *Biología. Ciencia y Naturaleza*. México: Pearson.

Banco Mundial. (28 de Julio de 2023). Banco Mundial. Obtenido de <https://www.bancomundial.org/es/topic/water/overview#:~:text=Alrededor%20de%202000%20millones%20de,b%C3%A1sicas%20para%20lavarse%20las%20manos>.

Barret, G. W., & Odum, E. P. (2006). *Fundamentos de ecología*. México D. F.: Thompson.

BBC . (2017 de marzo de 2017). Whanganui, el río en Nueva Zelanda que tiene los mismos derechos que una persona. BBC News Mundo.

Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. . México: Fontamara.

Canosa Usera, R. (2004). *Constitución y medio ambiente*. Limsa, Perú: Jurista Editores.



Carson, R. (2016). Primavera Silenciosa. Barcelona, España: Crítica.

Chandra Pant, M. (2017). Tribunal de la India declara ser vivo al río Ganges y sus afluentes. Diario el País.

(s.f.). Constitución de la República del Ecuador 2008.

DW Noticias en español. (2024).

Gilligan, C. (1982). In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development (Con una voz diferente: teoría psicológica y desarrollo de la mujer). Amazon.

Huanacuni Mamani, F. (2016). Los derechos de la Madre Tierra. Revista Jurídica Derecho.

Hugo, V. (1980). Los miserables. Biblioteca de traductores.

Kotzé, L., & Villavicencio, P. (2020). Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador.

Leopold, A. (1986). Un Almanacán del Condado de Arena (con esencias sobre la conservación del río redondo).

Ley N° 071 Derechos de la Madre Tierra. 21 de diciembre de 2010. (2010).

Lovelock, J. E. (1985). Gaia, una nueva visión de la vida sobre la Tierra. Madrid, España: Ediciones ORBIS, S.A.

Lynn White, J. (1967). Las raíces históricas de nuestra crisis ecológica. JSTOR.

Mendoza Coba, A. (2019). Fundamentos iusfilosóficos para optimizar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la persona humana (Tesis Doctoral). Cajamarca, Perú.

Molinares Hassan, V., & Díaz Marriaga, D. (2023). Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país. Cuestiones constitucionales.

Naess, A. (1989). Ecology, Community and Lifestyle: Outline of an Ecosophy" (Ecología, Comunidad y Estilo de Vida: Bosquejo de una Ecosofía. Prometeo.



Núñez del Prado, A. (2022). Río Turag es una entidad viviente con derechos legales. *systemic alternatives*.

Observatorio Parlamentario -Asia Pacífico. (2018). Las razones por las que un tribunal en India declaró como seres vivos a dos glaciares del Himalaya.

Ochoa Figueroa, A. (2014). Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? *Revista de Derecho Penal y Criminología*.

ONU . (2018). ONU programa para el medio ambiente. Obtenido de <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/es-el-suelo-tan-importante>

Ore Sosa, E. (2015). Los delitos de contaminación y minería ilegal. *Actualidad Penal*. Volumen 8, 175.

Pacheco Balanza, D. (2013). *Vivir en armonía y equilibrio con la madre tierra. Una propuesta para el cambio de las relaciones globales entre los seres humanos y la naturaleza*. Bolivia: Fundación Cordillera.

Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia (A Theory of Justice)*. México: EFE Fondo De Cultura Económica.

Resolución Número Catorce (08 de marzo de 2024), Expediente N.º 00010-2022-0-1901-JM-CI-01, del Juzgado Mixto – Nauta I, .

Resolución Número Catorce (08 de marzo de 2024), Expediente N.º 00010-2022-0-1901-JM-CI-01, del Juzgado Mixto – Nauta I, .

Sherman, I. W., & Sherman, V. G. (2003). *Biología*. México D. F.: Mc Graw Hill.

Singer, P. (2003). Liberación animal. *The New York Review of Books* n° 8 del Volumen L, el 15 de mayo.

Toronto, J. (1997). *Ecofeminism as Politics: Nature, Marx, and the Postmodern*. Amazon.

Tribunal Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622/16.

**Análisis crítico a la Ley N° 31590,
que modifica el Código del Niño
y del Adolescente, referente a la
tenencia compartida en el Perú**

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.3>



Análisis crítico a la Ley N° 31590, que modifica el Código del Niño y del Adolescente, referente a la tenencia compartida en el Perú

Critical analysis of Law No. 31590, which modifies the Code of Children and Adolescents, regarding shared custody in Peru

QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate
GUTIÉRREZ CERREPE, Steve Diego
SACHUN NAMAY, Lorena Estefany¹

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I.-Introducción. II.-Nociones preliminares III.-Antecedentes legislativos IV.-. Desarrollo doctrinario de la tenencia compartida. V.- Conclusiones y comentarios a la Ley N° 31590. VI.- Lista de referencias

Resumen

Este artículo comenta críticamente las modificaciones que la ley N°31590 a efectuado a las disposiciones legales que regulan la institución jurídica de la tenencia compartida, prevista en los artículos 81° al 84° del código del niño y del adolescente.

Para ello previamente describe las modificaciones previas de la citada normatividad, así como analiza conceptos jurídicos relacionados a la doctrina y jurisprudencia comparada.

Palabras claves

Familia, tenencia, tenencia compartida, derechos del niño. patria potestad.

¹Quispe Villanueva, Edgardo Bagate Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo, Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, docente de pregrado de la Universidades Nacional de Trujillo, de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash. Abogado en ejercicio, árbitro de controversias privadas, miembro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cajamarca, Conciliador Extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia. Blog: <https://elabogadoensulaberinto.wordpress.com/> Código Orcid: orcid.org/0000-0002-8277-9008

Steve Diego Gutiérrez Cerrepe, Bachiller en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, con estudios culminados en Maestría de Derecho Civil y Empresarial. Miembro del Estudio Jurídico Edgardo Quispe Villanueva Abogados.

Lorena Estefany Sachun Namay, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada Antenor Orrego, Pasante de la Gerencia de la Procuraduría Regional Pública del Gobierno Regional de la Libertad.

**Abstract**

This article certainly comments on the modifications that Law 31590 made to the legal provisions that regulate the legal institution of joint custody, provided for in articles 81 to 84 of the civil code for children and adolescents.

For this purpose, it previously describes the previous modifications of the aforementioned regulations, as well as analyzes related legal concepts, such as doctrine and comparative jurisprudence.

Keywords

Family, tenure, shared tenure, rights of the child, parental authority.

I.- Introducción

Una de las consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo marital entre los cónyuges, consiste en el cese de la cohabitación entre estos. Usualmente éste cese, se materializa cuando uno de los ex cónyuges se distancie del hogar en el cual anteriormente hacia vida en común. Situación similar ocurre en los casos de la culminación de la convivencia.

A partir de dicho alejamiento, se generan adicionalmente otras consecuencias jurídicas, como, por ejemplo, demandar: el otorgamiento de una pensión alimenticia, el régimen de visitas, así como la tenencia del menor. En este último caso, el juez decidirá cuál de ambos progenitores, será quien ejerza la custodia del menor, conforme de acuerdo a las circunstancias del caso en específico.

Sobre el particular, el criterio tradicionalmente predominante en el Perú, ha consistido en conceder la custodia del menor al progenitor con quien vive el mayor tiempo. Sin embargo, la Casación N.ª 1303-2016-CAJAMARCA, empezó a variar dicho criterio al precisar lo siguiente:

“(…) este Colegiado observa que la Sala ha sustentado su fallo en el hecho que la demandante ha mantenido contacto continuo y muy cercano con su hija sin descuidarla, lo cual incluso fue ratificado por el demandado; sin embargo (...) lo más relevante es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño”. (Casación N.º 1303-2016-Cajamarca)



54

Como podemos observar, el criterio dominante, fue dejando paso a una variante muy interesante: No basta en preferir al progenitor con el que el menor para más tiempo. En todo caso, debe preferirse a aquel que le provee las mejores condiciones.

Siendo éste un tema tan controversial como apasionante, en el presente artículo comentaremos críticamente las modificaciones que la ley N° 3159 efectuó a los artículos 81° al 84° del código de los niños y adolescentes, que regulan la tenencia compartida.

Para ello, previamente describiremos las modificaciones previas de dichas normas y analizaremos concepto, doctrina y jurisprudencia comparada.

II.- Nociones preliminares

2.1. Patria potestad

A nivel de doctrina, se señala que la patria potestad:

Está constituida por deberes y derechos que corresponden a los progenitores para encargarse del cuidado de la persona y bienes de los hijos menores de edad, busca brindar protección y formación integral desde la concepción hasta su mayoría de edad. (Shinno, citando a Peralta Andia, 2002, p.462)

A nivel legislativo, la institución jurídica de la patria potestad es regulada en nuestro código civil en el artículo 418°, el cual precisa que los padres tienen el deber y el derecho en forma conjunta, de cuidar de la persona y bienes de sus menores hijos, de tal suerte que dicho ejercicio garantizará el desarrollo holístico del menor (planos físico, psicológico, moral, etc.); que beneficiarán durante el proceso de desarrollo.

Los principales derechos y obligaciones derivados de la patria potestad son (sobre la base del artículo 74° del código de los niños y adolescentes) son: a) Velar por su desarrollo integral, b) Proveer su sostenimiento y educación, c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil, g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención, entre otros.



De lo mencionado, se resalta el derecho y deber de estar en compañía de sus hijos, debiendo incluso ver la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial competente para requerir la tenencia o en el supuesto de haberla perdido, permitir recuperarla, para así tener al menor bajo su cuidado.

Concordante con lo anterior, el Código Civil en su artículo 423° plasma deberes y derechos derivados del ejercicio de la patria potestad de los padres, entre los que prevalece los mencionados a continuación:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Numeral derogado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30403, publicada el 30 diciembre 2015.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

Se debe tener en cuenta, que el progenitor que obtenga la tenencia a su favor, mantiene la patria potestad; sin embargo, esto no significa que el progenitor excluido perderá el ejercicio de la patria potestad, (pues para la pérdida o suspensión de la misma) es indispensable que sea establecida en vía judicial y cuando medien los supuestos establecidos en el artículo 75° del código de los niños y adolescentes.

2.2. Tenencia

La patria potestad, se relaciona con la tenencia, mediante la cual se ejerce la relación paternofamiliar entre padre y el hijo quien se encuentre bajo su custodia. Por ello, quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia. .A nivel de doctrina, se ha señalado que:

“tenencia es sinónimo de estar juntos, tener al hijo a su lado, es la convivencia inmediata de padre/hijo, es una relación jurídica familiar que se identifica como un derecho-deber de tener al hijo custodia a un hijo, reconoce el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como el derecho de vivir el hijo con el progenitor.” (Varsi, 2020, pp. 389-390)



56

A su vez, Canales entiende a la tenencia como:

“(…) se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (…). El hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro solo tendrá derecho a un régimen de visitas (…).” (2014, p.104)

De otro lado, a nivel institucional el Poder Judicial caracteriza a la tenencia como:

“(…) aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículos 81 y siguientes de nuestro Código de los Niños y adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica”. (Poder judicial del Perú, 1997)

En resumen, se puede afirmar que la tenencia constituye un derecho familiar subjetivo que reconoce el derecho del progenitor de cuidar al hijo. Sin embargo, también constituye un derecho del hijo, de vivir con el progenitor de tal suerte que prevalezca la mutua convivencia entre ambos. Paralelamente, también el menor tiene derecho a vivir con aquel progenitor que le ofrezca mejores condiciones de vida.

Se trata entonces, de una facultad no privativa del progenitor, sino que también constituye el derecho de todo hijo menor de edad para desarrollarse con ambos progenitores.

III. Antecedentes legislativos

3.1. Regulación de la tenencia Código del Niño y Adolescente

A nivel legislativo en nuestro país, esta figura se encuentra regulada en el código de los niños y adolescentes, entre los artículos del 81° al 87° referentes a la tenencia. Posteriormente a la promulgación de dicho código en el año 2000, el legislador vio necesario realizar modificaciones debido al incremento de



casos de tenencia, donde los magistrados predominantemente resolvían en favor del progenitor con quien el menor convivió mayor tiempo.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, con la adopción de esta media, se fueron presentando e incrementando los casos de alienación parental, la cual es definida como:

“(…) responde a la manipulación intencionada de un progenitor sobre su hijo (a) para dañar la imagen del padre no conviviente y que NNA experimente un rechazo o repudio.” (Hernández, 2022 p.65)

En resumidas cuentas, hablamos de alienación parental, cuando uno de los padres impide dolosamente que se consoliden las relaciones filiales entre el menor con el otro progenitor que no tiene la custodia, generándose así una alteración en la conciencia del hijo, orientado a dificultar la relación familiar dada entre los progenitores y sus hijos.

Cabe indicar que, una de las causas que originan este síndrome, lo constituye el otorgamiento de la tenencia exclusiva, es decir, cuando el cuidado del menor se le concede única y exclusivamente a uno de sus progenitores.

3.2.- Ley N° 29269 - modifica artículos del 81 al 84

Publicada en el 2008, en virtud de la cual, se incorporó la tenencia compartida, reconociéndola como una facultad que el juez puede y debe aplicar, siempre en salvaguarda del interés superior del hijo menor de edad.

3.3.- Ley N°31590 - modifica artículos del 81 al 84

Esta norma fue aprobada en el año 2022 y modificó los artículos 81° al 84° del Código de los Niños y Adolescentes, con el propósito de promover la tenencia compartida que será aplicada preferentemente, como primera opción en los casos donde los progenitores no llegaron a un acuerdo acerca de quien ejercerá la tenencia del hijo, o de se produzca la separación de hecho.

Con la Ley N° 31590 se promueve la figura jurídica de tenencia compartida presentándose como una institución prioritaria y dejando atrás el carácter alternativo que había adquirido en el año 2008 con su incorporación legal, la reforma consiste en que su otorgamiento será primordial para promover una relación estable entre progenitor e hijos. Sin embargo, esta aplicación debería estar en concordancia con la Ley N° 30466; Ley que establece parámetros y garantías procesales para



la consideración primordial del interés superior del menor y adolescente de lo contrario se podrían ver afectados sus derechos e intereses.

El juez de familia deberá adoptar y priorizar su otorgamiento en los supuestos antes mencionados; sin embargo, debemos recalcar que la tenencia compartida no excluye totalmente la aplicación de tenencia exclusiva, en determinados casos donde las circunstancias lo ameriten.

A continuación, presentamos un esquema comparativo, donde se muestra la evolución normativa de los artículos correspondientes:

ART.	TENENCIA EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y LOS ADOLESCENTES		
	REDACCIÓN ORIGINAL -2000-	LEY N° 26692 -2008-	LEY N° 31590 -2022-
ART. 81	<p>Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. (*)</p>	<p>Artículo 81.- Tenencia Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente." (*)</p>	<p>Artículo 81. Tenencia compartida Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente."</p>
ART. 82	<p>Artículo 82.- Variación de la Tenencia. - Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la</p>	---	<p>Artículo 82. Variación de la Tenencia Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva</p>

QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate
 GUTIÉRREZ CERREPE, Steve Diego
 SACHUN NAMAY, Lorena Estefany



	<p><i>asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.</i></p> <p><i>Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato</i></p>		<p>conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.</p> <p>Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:</p> <p>a. Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.</p> <p>b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.</p> <p>c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.</p> <p>En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.</p> <p>El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.</p> <p>Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato."</p>
<p>ART. 83</p>	<p>Artículo 83.- Petición. - <i>El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y</i></p>	<p>---</p>	<p>Artículo 83. Petición El padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.</p>

QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate
GUTIÉRREZ CERREPE, Steve Diego
SACHUN NAMAY, Lorena Estefany



	<p>Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.</p>		<p>Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respeto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar."</p>
ART. 84	<p>Artículo 84.- Facultad del Juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;</p> <p>b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y</p>	<p>"Artículo 84.- Facultad del juez En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;</p> <p>b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá</p>	<p>"Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:</p> <p>a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;</p> <p>b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;</p> <p>c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida,</p>
	<p>c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas</p>	<p>con la madre; y</p> <p>c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.</p> <p>En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor."(*)</p>	<p>pero se considera al definir la forma;</p> <p>d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;</p> <p>e. Las vacaciones del hijo y progenitores;</p> <p>f. Las fechas importantes en la vida del menor; y</p> <p>g. La edad y opinión del hijo.</p> <p>En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.</p> <p>La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo".</p>
ART. 85	SIN MODIFICACIONES		
ART. 86	SIN MODIFICACIONES		
ART. 87	SIN MODIFICACIONES		



IV. Desarrollo doctrinario de la tenencia compartida

4.1. Tenencia compartida

4.1.1. Concepto

Según tratadistas argentinos:

“La Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales”. (Domínguez, Fama, y Herrera, 2006)

A su vez, Rabelo, citado por Espino y Rivera, considera que la custodia o tenencia compartida:

“surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al niño como el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la custodia ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros, por lo que se busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres” (2018, p. 61).

En relación a la glosa citada, un grupo de especialistas considera que esta figura introducida en nuestra legislación civil constituye:

“un sistema que reconoce el derecho de los padres de decidir y distribuir de manera equitativa los deberes que les corresponden en el ejercicio de la responsabilidad parental, tomando en cuenta sus funciones, recursos, posibilidades y características personales” (Garay, 2021, p. 21).

Dicho sistema es útil, pues mantiene el poder de iniciativa de los padres en relación a las decisiones que involucran a sus



62

hijos luego de su separación, procurando garantizar una óptima calidad de vida para los menores (Gil, Fama y Herrera, 2006).

En relación a lo señalado líneas arriba, podemos afirmar que:

«las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo a la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores» (Rabelo, 2010, citada por Mauricio, 2019, p. 37).

El equilibrio que cuentan ambos progenitores motiva un desarrollo físico y mental adecuado en los supuestos de fragmentación de la familia. Dicho modelo se contrapone a las decisiones por una tenencia única, ofreciendo ventajas en el sumamente relevantes en torno al bienestar del menor, permitiendo conservar el lazo afectivo y el contacto regular entre los progenitores. Por último, hacemos énfasis en el interés del menor, el cual es el factor fundamental para el otorgamiento de la tenencia.

4.1.2. Modalidades de custodia o tenencia compartida

Cisternas manifiesta que:

«la custodia compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres [...]. Efectivamente, se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales» (Cisternas, 2010, p. cxxxii).

En base a la glosa anterior, la doctrina sostiene que únicamente a través de la custodia compartida “se satisfará la necesidad de los hijos de convivir con ambos padres”; de esta manera, dicha figura cumple un rol principal en la adaptación al divorcio.

Asimismo, dicha figura no se limita a seleccionar el lugar donde vivirá el menor, ni mucho menos a dividir el tiempo de los hijos para distribuirse las obligaciones; por el contrario, esta figura permite que tanto la madre como el padre puedan ejercer su derecho a decidir y distribuir -de manera equitativa- las responsabilidades y deberes (Gil, Fama y Herrera, 2006).

Generalmente, se les concede a los padres la posibilidad de optar por la custodia unilateral (exclusiva) o la compartida.



63

En caso los padres optarán por la custodia compartida, esta -según lo detalla la doctrina- puede ser diferente y requerirá la atención de diversos factores, tales como: la ubicación geográfica, la cantidad de hijos, el horario escolar, los empleos de los padres, etc. (GARAY, 2021, p. 85)

En relación a ello, Grosman (2006) considera que esta figura (teniendo en cuenta donde residirá el menor) cuenta con dos modalidades:

a) Tenencia compartida alternada

Bajo esta modalidad, los hijos conviven con cada uno de sus padres, según su la organización y las posibilidades de la familia singular, de tal forma que en los dos hogares sus progenitores se encargan de la formación de los menores.

b) Tenencia compartida continua

Modalidad por la cual los hijos residen con uno de sus progenitores; sin embargo, estos toman las decisiones en conjunto, y distribuyen sus labores de cuidado de sus hijos (salud, educación, recreación, etc.).

4.1.3. Mutuo acuerdo de los padres

La mayoría de legislaciones europeas y norteamericanas (Alabama, Michigan e Illinois) han considerado pertinente proponer un plan de custodia compartida, el mismo que es formulado por los progenitores de mutuo acuerdo, considerando ello una situación ideal para establecer la custodia compartida.

Este acuerdo se puede presentar en dos momentos diferentes del proceso: al optar por la custodia compartida y en el momento de acordar el plan de custodia compartida. En los últimos años, los legisladores optan por proponer a la familia alternativas referidas a la custodia de los menores; siempre y cuando exista:

«concordia sobre una de las opciones legales, se respetará la voluntad. “El objetivo es potenciar el mutuo acuerdo y fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores”» (Rodríguez, 2005, citada por Espino y Rivera, 2018, p. 63).

Con base a lo expuesto hasta aquí, reiteramos que esta figura es un derecho que cuenta todo menor, independientemente de la convivencia, la separación o el divorcio de sus progenitores. Su ejercicio -luego de la ruptura de la unión marital o convivencial- se tornará más eficaz cuando los padres hayan arribado a un acuerdo mutuo; de lo contrario, resulta improbable que dé buenos resultados.



4.1.4. Opiniones a favor y en contra de la tenencia compartida

4.1.4.1. Opiniones a favor

García (2015) resalta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18.^a de 20 febrero; pronunciamiento en el que se señala los beneficios de la custodia compartida las cuales radican principalmente al garantizar a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, aun cuando estos hayan culminado su relación. (p. 14)

Quintanilla (2018) considera como estas ventajas de esta figura la siguiente:

- a) Los progenitores son importantes y su intervención es igualitaria, estando involucrados en la crianza de sus hijos.
- b) Ambos padres disfrutan de sus hijos, pudiendo los hijos gozar de la convivencia simultánea con sus padres.
- c) Se mantiene el vínculo afectivo con cada progenitor.
- d) Ambos padres tienen una mayor comprensión sobre lo que sucede con los hijos, ya que al existir un trabajo en equipo no se cuestiona la aptitud de ninguno de los progenitores.
- e) Se comparten las responsabilidades entre progenitores, no es necesario que ambos tengan la misma disponibilidad propiciado de forma equitativa el rol asumido por cada uno de los padres.
- f) Las discusiones por la tenencia de los hijos no existirían, ya que, al existir una mayor comunicación y respeto entre ambos, reduciendo los litigios que se presentan luego de la separación.

4.1.4.2. Opiniones en contra

Quintanilla (2018) señala como algunos inconvenientes de esta figura:

- a) Existe inconvenientes a las nuevas reglas y horarios que ocasionará la adaptación, por lo que será necesario crear estabilidad y evitar confusiones en los menores con prácticas habituales similares en cada hogar.
- b) Diferencias culturales, axiológicas, de usos y costumbres opuestos, que podrían ocasionar en los hijos una personalidad dual, afectando el equilibrio emocional de los menores.
- c) Incremento de gastos, lo cual implica que se edifique un ambiente adecuado para los menores en cada vivienda.



65

d) Espacio geográfico de cada progenitor, para que se pueda dar la tenencia compartida de una manera más llevadera, con una sencilla adaptación de los hijos a la nueva convivencia.

Por otro lado, Gusí (citado por Bravo, 2022, p. 125) señala que las desventajas adicionales a esta figura la cual radicarían en que:

a) Requiere de una comunicación más fluida entre los progenitores con el objeto de estar al tanto del día a día de los menores y arribar a acuerdos con el objetivo de ver a los niños cuando están bajo la custodia del otro.

b) Puede darse el caso en que uno de los padres rehaga su vida sentimental, la cual podría generar ciertas incomodidades para su nueva pareja, quien no aceptaría la situación o le resultará totalmente complicado apartarse de la nueva familia la mitad del tiempo.

4.2. Legislación comparada

4.2.1. España

El artículo 92° del código civil español, regula la figura de tenencia compartida, señalando en su inciso primero que ante los supuestos de separación, la nulidad y divorcio; los padres no se encuentran eximidos de cumplir con sus obligaciones para con sus hijos. En el numeral siguiente dispone que el magistrado a cargo de resolver la litis, ante el eventual caso en que deba adoptar cualquier medida en relación a la custodia, cuidado y educación de los hijos; deberá de velar por el derecho de estos a ser escuchados.

De otro lado, los artículos 154° y 156° la misma normatividad civil, disponen que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad de los hijos debían corresponder a ambos progenitores. A su vez, en el artículo 159° (modificada en 1990) establece que:

“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Esta norma generó en su momento una serie de críticas por parte de los especialistas, pues la mayoría de los tribunales de dicho país optaron por elegir a la madre, en los casos de custodia del menor (Alberdi, 1999, p. 213).



66

Quince años después del fracaso de la modificación señalada, mediante Ley N.º 15 de 8 de julio de 2005, se modificó el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. (Avilés, 2021, p. 104)

En relación a ello, Avilés señala lo siguiente:

“Esta nueva ley, como explica el propio legislador en su exposición de motivos, nace con la intención de ser una respuesta legal al cambio que se ha producido durante los últimos años en la sociedad española, en lo referente al modo de concebir las relaciones de pareja” (Avilés, 2021, p. 104).

En lo relativo a los hijos, la nueva ley de 2005 introdujo cambios significativos no exentos de cierta polémica. El más importante y controvertido, afecta al artículo 92º del código civil, referido a la guarda y custodia de los hijos. Así, el juez acordará el ejercicio compartido de la custodia si ambos progenitores así lo hubieran solicitado en la propuesta de convenio regulador, o en el acuerdo alcanzado durante el transcurso del procedimiento.

El juez, al acordar la guarda y custodia conjunta, y tras fundamentar su resolución, “adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos” (artículo 92.5 del código civil).

De forma excepcional, (de acuerdo con la nueva redacción del artículo 92.8) el juez ordenará la custodia compartida de los hijos cuando así lo solicite uno solo de los cónyuges, fundándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. En consecuencia, y para la judicatura española, se permite que los cónyuges recurran de mutuo acuerdo a la custodia compartida de sus hijos y que (en aquellos supuestos en los que no exista tal acuerdo) uno de los cónyuges pueda solicitarla al juez, quien será el encargado de adoptar la decisión que resulte más favorable para el menor.

La nueva ley establece también, una serie de reglas que deben observarse en el proceso de asignación de la guarda y custodia de los hijos. Así, en la modificación del apartado 6 del artículo 92, por ejemplo, se plantea que el juez “deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”. Asimismo, el magistrado valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y



67

la prueba practicada en ella, y la relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad del régimen de custodia.

De otro lado, el apartado 7 del citado artículo, establece que no procede la guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores:

“esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”.

El apartado añade que tampoco procederán la guarda y la custodia, cuando el juez advierta (a través de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas) la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Por último, el apartado 9 reitera el principio auxiliar relativo al dictamen de especialistas; estableciendo que el juez, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia (de oficio o a instancia de parte) podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Pese a lo expresado precedentemente, falta con mayor desarrollo jurisprudencial, lo cual ha dado lugar a un intenso debate, hasta el punto de convertirse en uno de los problemas más destacados dentro del Derecho de Familia de este país. Desde el año 2009, se han dictado una gran cantidad de sentencias, que han sido determinantes en el desarrollo de la materia. Las más importantes emanan del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS), grandes aliados del régimen de custodia compartida.

En el caso del TC, fue decisiva su sentencia, N.º 185 del 17 de octubre de 2012, en la que declaró nulo el artículo 92.8 del Código Civil Español. Este artículo planteaba, en la redacción dada por la Ley N.º 15 de 2005, como preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez fije la custodia compartida cuando no existía acuerdo entre los progenitores. En esta sentencia, se declara inconstitucional y nulo el inciso favorable, de manera que los jueces pueden acordar la custodia compartida, aunque el fiscal se oponga. Esto se argumenta sobre la base que, si bien el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto, pues



solo él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

Los esfuerzos de los tribunales durante la última década han ido, precisamente en esa dirección, la de fijar una doctrina sólida que permita al juez determinar qué circunstancias o criterios deben tenerse en cuenta para justificar la custodia compartida como la medida que mejor garantiza el interés del menor en los supuestos donde existen discrepancias entre ambos progenitores.

Extraídos del Derecho Comparado, el TS fija los criterios que deben observarse para adoptar este tipo de custodia, manifestando:

- La práctica anterior de los padres en sus relaciones con sus hijos, así como sus aptitudes personales.
- El deseo de los menores que están en capacidad de manifestar su voluntad.
- El número de hijos.
- El cumplimiento de los deberes de los padres en relación con los hijos, así como el respeto mutuo en sus relaciones personales.
- El resultado de los informes solicitados por la instancia judicial pertinente.
- Cualquier otro aspecto que permita a los menores una vida adecuada.

4.2.2. Colombia

La carta constitucional colombiana prescribe en su artículo 44° que la familia, la sociedad y el Estado están a cargo de suministrar todos los recursos y los instrumentos indispensables para que los menores de edad gocen del mejor desarrollo posible, como una manifestación del Estado social de derecho en el que nos encontramos (Carvajal, 2020, p. 4).

En relación a ello, el código de la infancia y la adolescencia (norma equivalente a nuestro código de los niños y los adolescentes) dispone en su artículo 22° que uno de los derechos de los niños, niñas y adolescente, es el derecho a tener una familia y no ser separados de ella (Carvajal, 2020, p. 4). Mientras que, en el artículo 23° de dicho cuerpo normativo preceptúa lo siguiente:



69

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende, además, a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

Debemos aclarar que la legislación colombiana no es precisa respecto al concepto de custodia y cuidado personal, pues este dispositivo normativo indica que este es un derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes y una obligación de los padres.

A nivel de la jurisprudencia, su Corte Constitucional se ha pronunciado en torno a esta figura. Así, dicho colegiado a través de la sentencia 12085-2018, precisando lo siguiente:

“La ausencia de una regulación expresa sobre la materia, no es impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, pues es connatural a la progenitura responsable que los padres concurren a una satisfacción de las necesidades del menor, incluso afectivas, con el fin de dar prevalencia a sus derechos, los que, por demás, debe prevalecer sobre las motivaciones que estos abriguen para querer evitarlo, las cuales deben permanecer en el fuero de los ascendientes sin transmitirse al infante, resaltando que ante situaciones de separación o divorcio, el vínculo filial se sobrepone al conyugal” (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En relación con dicha jurisprudencia, la sentencia T-384 de 2018 señaló sobre la custodia compartida que esta figura era considerada una institución en el derecho de familia y de menores, a partir del entendimiento sistemático de un conjunto de normas que van desde las normas supranacionales, adscritas por dicho país; la carta constitucional, las leyes y demás normas de menor rango, por lo que el colegiado sostiene que los padres

“pueden llegar a acuerdos que involucren la custodia compartida siempre y cuando tengan la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos” (Corte Constitucional, 2018).

Asimismo, el colegiado señaló:

“Tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la regla general, se constituyen en



herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos. De no ser posible la suscripción del acuerdo de custodia y cuidados personales compartidos, es el juez de familia quien en cada caso concreto, aplicando el principio pro infans, según revelen las pruebas y la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes de acuerdo con su edad y madurez, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores, entre el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores o la custodia monoparental estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente”. (Corte Constitucional, 2018).

V. Conclusiones y comentarios a la Ley N° 31590

5.1. Respecto al Artículo 81°

En los casos de separación o divorcio donde no medie el correspondiente acuerdo entre progenitores, el establecimiento de una tenencia compartida será determinada por el juez de familia como una primera opción.

Observamos que, por regla general, el juez debe optar por una tenencia compartida; pero la problemática derivada de la aplicación consiste en que esta se otorgaría automáticamente, sin que previamente se haya requerido la intervención del equipo multidisciplinario.

La ausencia de dicho informe significará un gran inconveniente desde la perspectiva de establecer con justicia y equidad la tenencia compartida, pues resulta evidente que (el análisis de los eventuales informes presentados por este equipo, constituiría un elemento determinante para verificar con precisión y objetividad si el padre o madre cuenta con las condiciones idóneas para cumplir con sus responsabilidades parentales). Por esta razón, la consideramos indispensable, sin embargo; su intervención solo se encuentra prevista para los procesos de variación de tenencia.

Otra problemática que se evidencia en la modificatoria, es referente a la ausencia de la precisión de fundamentos y criterios



a considerar por parte del juzgador: Así tenemos, ¿en base a qué fundamentos justifica su decisión? Sin el establecimiento de criterios a adoptar para otorgar una tenencia compartida, se atentaría contra los derechos e intereses de los menores, por tal razón será necesario, a nuestro parecer, el regular los fundamentos y parámetros.

Pese a existir dicho vacío legal, la figura de la tenencia compartida, no puede ser descartada, pues es preferible que ambos padres se responsabilicen del cuidado de sus hijos a que se distancien de ellos; por ello, para garantizar la idoneidad de la tenencia compartida debe ampliarse la figura y tener en consideración los puntos mencionados, destacando la importancia de la intervención del equipo multidisciplinario.

5.2. Respecto al artículo 82°

Según el texto actual, pese a existir sentencia sobre la tenencia compartida, ésta podrá ser variada mediante resolución del mismo juzgado, para lo cual se requiere iniciar el trámite correspondiente para promover un nuevo proceso. Nos preguntamos: ¿Sería necesario promover un nuevo proceso judicial? y, ¿en qué condición se encontraría el expediente original?

En atención a los principios procesales de economía y celeridad procesal, mediante su regulación se procura economizar costos, duración y reducir la carga procesal en los juzgados; por ello, consideramos que bastaría con desarchivar el expediente original y continuar con el trámite de la variación de la tenencia, en ese orden de ideas; dichos principios son fundamento legal para prescindir de iniciar un nuevo proceso de variación de tenencia.

El texto modificado diera a entender que, de requerirse variación de la tenencia, esta solo podrá ser solicitada a pedido de parte (padre y madre) sin embargo, en atención al principio del interés superior del niño y adolescente considero que deban, además, ser legitimados para promover dicha variación, otros familiares que acrediten relación filial con el menor y adolescente, y en circunstancias de peligro en que éstos podrían encontrarse.

Incluso de oficio, debiera permitirse que dicho pedido sea promovido por el Ministerio Público, previo informe del equipo multidisciplinario.

En base a ello, presenciamos una serie de aspectos que deberían ser regulados en la normativa de este artículo, por lo



que es necesario ampliar la figura de variación de tenencia e incorporar expresamente estos alcances a fin de alcanzar una mejor interpretación y aplicación de la tenencia compartida.

5.3. Respecto al artículo 83°

La tenencia podrá solicitarse por el padre o madre, sobre el particular, se configuran diversas situaciones: Para empezar, el judicializar la tenencia tiene por finalidad el obtener un reconocimiento o una modificación de quien la ejerza. Dicho reconocimiento no solo debería ser en beneficio propio sino también considerar la posibilidad de que sea solicitada para que el otro progenitor quien también ejerza la tenencia compartida, para que ambos se responsabilicen del menor de edad.

Interponer una demanda de tenencia compartida o su modificación, por parte del progenitor que ya la tiene, trae como consecuencia una alteración del centro de vida del menor. En ese caso, se considerará requerir la intervención del equipo multidisciplinario, pues podría darse el supuesto donde ambos progenitores no estén en condiciones de cuidar a sus hijos. En ese escenario, ¿podría limitarse el ejercicio de la tenencia sólo a los padres o prevalecerá el proteger el interés superior del menor?

Cuando se demande o conteste la demanda de tenencia compartida, ha de tenerse en cuenta, el interés superior del menor y adolescente, puesto que constituye un principio y derecho que tienen como fin el garantizar y proteger sus derechos en todo acto procesal; por ello será necesario revisar los casos en los que el demandado haya sido declarado rebelde; debido a que, sin un pronunciamiento de su parte, se imposibilitaría la fijación de la tenencia compartida.

Conforme al nuevo texto del artículo 83° es posible determinar provisionalmente el régimen de tenencia compartido, como medida cautelar, (mientras se tramite el proceso principal); en ese sentido, el juez deberá asumir una función más tuitiva y requerir la intervención del equipo multidisciplinario previo a su otorgamiento con la finalidad de tener conocimiento del caso en concreto y analizar si es una medida asertiva.

En cuanto a los medios de prueba en procesos de tenencia consideramos que deberá especificarse que solo se tendrá en cuenta la actividad probatoria dirigida a verificar entre otros aspectos, si los padres cumplen con sus obligaciones parentales esto será así, cuando un padre o madre procure dentro de sus posibilidades el pleno disfrute de los derechos del hijo, el cumplimiento es determinante para conocer cuál de



los padres es idóneo para tener a favor la tenencia e incluso reconocer si ambos lo son.

5.4. Respeto al artículo 84°

El texto establece criterios a ser tomados en cuenta por el juez de familia en caso disponga la tenencia compartida. En el texto modificado, el inciso a) señala que ambos progenitores tienen derecho a tener el mismo tiempo de tenencia respecto al menor de edad, procura equiparar el tiempo en que cada progenitor convivirá con los hijos; sin embargo, en la legislación, de este supuesto presentaría dificultades derivado de diversos factores por lo que consideramos que la “equivalencia” del tiempo en compañía del hijo menor de edad para cada progenitor, se logrará progresivamente y su aplicación deberá efectuarse en atención a cada caso en concreto.

Se interpreta que el niño y/o adolescente, permanecerá con ambos progenitores en igualdad de horarios; convivirá determinados días con un progenitor y los restantes con el otro, podrían verse afectados los derechos del menor al aplicar dicha regla establecida en el inciso a) ya que, se estaría alterando el centro de vida del menor al trasladarse a diferentes domicilios; para que su aplicación favorezca al menor y adolescente, se analizará a detalle el caso.

Otros aspectos que han de tener en consideración el juez cuando evalúe determinar la tenencia compartida y que no están contempladas en este artículo 84° es el referente a la carga familiar adicional de cada progenitor, los antecedentes judiciales penales para verificar su condición legal, a fin de no permitir que aquellos progenitores que han cometido delitos en agravio de sus hijos se les permita solicitar la tenencia compartida; en el ámbito de familia podría ser el delito de violencia familiar o sustracción del menor de edad.

La condición económica es otro aspecto a evaluar para verificar si existe diferencias en la remuneración que percibe cada padre y en base a ello, se permita establecer para quien perciba más ingresos la fijación de la pensión de alimentos.

En el supuesto de optar por la tenencia exclusiva, corresponderá establecer a favor del otro progenitor el régimen de visitas, más flexibilidad del régimen de visitas. Este a su vez, puede llevarse a cabo a través del uso de medios tecnológicos y/o digitales, orientados a mantener el vínculo filial con el otro progenitor, en caso de que los padres estén domiciliados en ciudades distintas.

**VI. Lista de referencias**

Alberdi, I. (1999). La nueva familia española. Taurus.

Avilés Hernández, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, pp. 95-120.

Bravo soto, D. (2022). La tenencia compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes?? *Revista Sapientia & Iustitia*, N. 6, 2022, pp. 103-129 e-ISSN 2709-1228

Canales, C. (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia. En: AA.VV. *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica.

Cisternas, M. (2010). Discursos de género en la Agrupación Amor de Papá. Análisis del discurso de género desde una organización de padres separados y/o solteros sin tuición de sus hijos en Chile [Tesis para optar al título de antropóloga social, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas_m/pdfAmont/cs-cisternas_m.pdf

Corte Constitucional. Cristina Pardo Schlesinger. (2018). Sentencia T-384-2018

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). Luis Armando Tolosa Villabona. STC 13534-2016

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. (2018). STC 12085-2018.

Espino, M. y Rivera, M. (2018). Tenencia compartida y sus efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el Distrito Judicial de Huaura año 2016 [Trabajo de investigación para optar el título de abogadas, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/1848/TFDyCP_01_09.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Garay Molina, A. (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. *Ius Vocatio*, Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. (Vol. 4). N° 4. Enero-diciembre. pp. 73-98



García Gómez, V. (2015). Estudio sobre la custodia compartida. *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, (1), 14

Gil, A., Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho constitucional de familia* (vol. I). Ediar.

Grosman, C. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible? En Kemelmajer, A., *Nuevos perfiles del derecho de familia*. RubinzalCulzoni.

Gutiérrez Carvajal, M. (2020). La custodia compartida en la legislación colombiana, una figura controversial. Trabajo de grado para optar al título de abogada. Universidad Pontificia Bolivariana.

Hernández Sánchez, D. (2022). Tenencia compartida: La necesidad del coordinador parental en el Perú. *Revista Warmi*. Vol. 2. N° 2.

Mauricio, F. (2019). Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada [Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego]. http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5419/1/REP_MAEST.DERE_FRANCISCO.MAURICIO_FUNDAMENTOS.JUR%C3%8DDICOS.F%C3%81CTICOS.OTORGAR.TENENCIA.COMPARTIDA.APLICACI%C3%93N.INTER%20%20SUPERIOR.NI%C3%91O.LUZ.LEGISLACI%C3%93N.COMPARADA.pdf

Poder Judicial del Perú. (1997). Pleno jurisdiccional de familia. https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Jur_Nac_1997.pdf

Quintanilla, A (2018). Custodia compartida. Web consultas revista de salud y bienestar. <https://www.webconsultas.com/bebes-y-ninos/psicologia-infantil/ventajasde-lacustodia-compartida-e-inconvenientes>

Shinno Pereyra, V. (2017). Patria potestad en los procesos de autorización de viaje de menor. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1440>

Varsi Rospigliossi, E. (2020). *Tratado de derecho de familia*. (Tomo III). (2da Ed.). Instituto pacifico.

Hacia la regulación del anonimato del
cedente de gametos en las técnicas de
reproducción humana asistida en el Perú

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.4>



Hacia la regulación del anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú

Towards the regulation of the anonymity of the gamete donor in assisted human reproduction techniques in Peru

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I. Introducción. II. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación. III. Anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. 3.1. Razones a favor del anonimato del cedente de gametos. 3.2. Razones en contra del anonimato del cedente de gametos. IV. Derecho de las personas fecundadas mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a conocer su origen biológico. 4.1 Razones por las cuales debe primar el derecho del hijo a conocer su origen biológico. V. Anonimato relativo del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo busca reflexionar acerca de la necesidad de regular en el Perú las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y sobre todo las técnicas heterólogas, en donde interviene un tercero como cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar, por un lado, el derecho del hijo a conocer su origen biológico, y por otro lado, el derecho de dicho cedente a su intimidad personal; para lo cual es necesario establecer algunos lineamientos a nivel constitucional y legal como: determinación de la filiación, anonimato del cedente de gametos, condiciones para ser cedente de gametos, número de hijos por cada cedente de gametos, revelación al hijo sobre su origen biológico, entre otros. Consideramos que en nuestro país debe

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca; Doctor en Derecho; Docente de pregrado y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca, República del Perú. Correo electrónico: jromerom@unc.edu.pe. Código ORCID n.º: 0000-0002-5303-3127.



regularse el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar su derecho a la intimidad personal ni tampoco el derecho del hijo a conocer su origen biológico, teniendo la posibilidad de acceder a información general del mencionado cedente; siendo indispensable establecer, además, la obligatoriedad de los padres legales de revelar al hijo su origen biológico a determinada edad. Para ello, se va a tratar sobre las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación; el anonimato del cedente de gametos, así como las razones a favor y en contra de dicho anonimato; el derecho de las personas fecundadas mediante técnicas heterólogas a conocer su origen biológico; y finalmente el anonimato relativo del cedente de gametos.

Palabras claves

Procreación asistida, fecundación humana heteróloga, derecho a la intimidad, derecho a la identidad personal, anonimato del cedente de gametos, derecho a conocer el origen biológico.

Abstract

This article seeks to reflect on the need to regulate Assisted Human Reproduction Techniques in Peru, and especially heterologous techniques, where a third party intervenes as transferor of genetic material, in order not to violate the right of the child to know his biological origin, or the right of the transferors to their personal privacy; for which constitutional and legal guidelines must be established such as: determination of filiation, anonymity of the transferor of gametes, conditions to be transferor of gametes, number of children for each transferor of gametes, disclosure to the child about his biological origin, among others. We consider that in our country the relative anonymity of the transferor of gametes should be regulated, in order not to violate their right to personal privacy, or the right of the child to know their biological origin, having the possibility of accessing general information about the aforementioned assignor; It is also necessary to establish the obligation of legal parents to reveal their biological origin to their child at a certain age. To do this we are going to study, heterologous assisted human reproduction techniques and parentage; the anonymity of the transfer of gametes, and within this topic the reasons in favor and against of the anonymity of gamete donors; the right of people to know their biological origin; and finally the relative anonymity of the gamete transferor in heterologous assisted human reproduction techniques.

Key words

Assisted procreation, heterologous human fertilization, right to privacy, right to personal identity, anonymity of the transferor of gametes, right to know the biological origin.



I. Introducción

El progreso científico en el mundo hace imprescindible que los países regulen las distintas situaciones jurídicas que se presentan en la sociedad, siempre sobre la base de la protección de la vida y la dignidad de las personas humanas.

El alto porcentaje de infertilidad en el mundo justifica el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA); sin embargo, se hace necesario establecer principios rectores a nivel constitucional y una regulación especial de las mencionadas técnicas, con la finalidad de no desnaturalizar su uso ni vulnerar los derechos fundamentales de las personas involucradas en procedimientos de procreación humana asistida.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) en el informe denominado: “Infertility prevalence estimates, 1990-2021”¹, estima que en el mundo 1 de cada 6 personas se ve afectada por la imposibilidad de tener un hijo en algún momento de su vida; y la prevalencia general agrupada de infertilidad de las personas adultas a lo largo de su vida fue del 17.5% (World Health Organization, 2023).

Las TRHA en sus dos modalidades: homóloga y heteróloga, son procedimientos médicos utilizados para facilitar el embarazo de las mujeres cuando las parejas tienen problemas de infertilidad; sin embargo, su uso no es exclusivo de parejas heterosexuales, sino también de personas homosexuales o solteras.

Cabe destacar que en el caso de las técnicas homólogas coincide la paternidad o maternidad biológica con la legal; sin embargo, no sucede lo mismo con las técnicas heterólogas en donde interviene un tercero como cedente de gametos (espermatozoide, en el caso del varón y, óvulo, en el caso de la mujer); de ahí que, se hace imprescindible una regulación de las TRHA que garantice el derecho del hijo fecundado mediante dichas técnicas a conocer su origen biológico.

En nuestro país, la Ley General de Salud, Ley n.º 26846, únicamente establece lineamientos básicos respecto al uso de las TRHA, que son insuficientes para garantizar el derecho del hijo a conocer su origen biológico. Así tenemos que, el artículo 7 de la citada ley señala:

¹La OMS indica que se desarrolló una estrategia de búsqueda para identificar estudios que informaran sobre la prevalencia de la infertilidad entre los años 1990 y 2021.



Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

De manera que, la falta de una regulación adecuada en el Perú sobre el uso de las TRHA y sobre todo de las técnicas heterólogas, ocasiona un conflicto jurídico entre el derecho del hijo a conocer su origen biológico y el derecho del cedente de gametos a su intimidad personal, por lo cual, deben establecerse principios constitucionales rectores y una regulación especial con lineamientos claros para no vulnerar los derechos en mención, como por ejemplo, la Entidad que controla el uso de las TRHA, el registro de los cedentes de gametos, las condiciones para ser cedente de gametos, el anonimato o no de los cedentes de gametos, la determinación de la filiación, la obligatoriedad o no de los padres legales de informarle al hijo sobre su origen biológico, entre otros.

II. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación

Para empezar, debemos entender a las TRHA como procedimientos alternativos de reproducción humana con asistencia médica, que son utilizados para lograr el embarazo de una mujer cuando existe algún problema de infertilidad en una pareja, pudiendo utilizarse también para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad de las personas, sin que exista necesariamente algún problema de infertilidad.

Consideramos que las TRHA deben ser utilizadas únicamente cuando una pareja tiene problemas de infertilidad y no en otros casos, ya que debe darse preferencia a los derechos del hijo fecundado que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Varsi (2010), señala: “La futura legislación debe tener en cuenta los siguientes principios: Proteger al concebido y a la persona y permitir la fecundación asistida solo como un remedio a la infertilidad. (...)” (p. 249)

Las TRHA pueden clasificarse en técnicas intracorpóreas² y extracorpóreas³.



81

La fecundación a través de TRHA puede ser homóloga (cuando la fecundación se realiza con gametos de los cónyuges, convivientes o parejas estables), o heteróloga (cuando la fecundación se realiza con gametos de terceros ajenos a los cónyuges, convivientes o parejas estables). El material genético que se puede utilizar para las mencionadas técnicas puede ser de los esposos, convivientes o parejas estables; de un tercero ajeno a estos; y mixta, en donde se utiliza material genético de dos o más varones.

Ahora bien, las TRHA homólogas pueden ayudar a parejas con problemas de infertilidad a formar una familia; sin embargo, las técnicas heterólogas han significado cambiar la noción tradicional en occidente de la familia clásica biparental compuesta por un hombre, una mujer y su descendencia biológica, al intervenir un tercero como cedente de gametos.

Bladilo, de la Torre y Herrera (2017) indican: "(...) la reproducción asistida coloca en crisis los ordenamientos jurídicos clásicos, fundados en la heteronormatividad y en el binarismo como ejes centrales del derecho filial." (p. 12)

Además, se debe evitar que el uso de las TRHA se convierta en un servicio libre utilizado por los centros de salud privados para beneficiarse económicamente, en perjuicio de los derechos de los hijos fecundados mediante dichas técnicas.

Luna (2008), señala:

(...) uno de los puntos en cuestión es si se trata de un "tratamiento médico" o de un "servicio", esto es, si estamos frente a personas padeciendo una enfermedad o discapacidad o de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio para cumplir con el deseo de paternidad o maternidad. (p. 18)

En cuanto a la filiación, desde un punto de vista estricto puede definirse como aquel vínculo jurídico entre un hijo o hija con su padre o madre, del cual se generan derechos, deberes y obligaciones entre ellos.

²Estas técnicas abarcan a todos aquellos métodos en donde el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino, y se clasifican en: 1) Inseminación artificial, 2) Inseminación intrauterina directa, 3) Inseminación intraperitoneal, y 4) Transferencia intraperitoneal de espermatozoos y ovocitos. (Santamaría, 2000)

³Estas técnicas abarcan a todas aquellas modalidades en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, y se clasifican desde el punto de vista metodológico en: 1) Técnicas sin micromanipulación de gametos: Fecundación In-Vitro con transferencia de embriones, 2) Técnicas con micromanipulación de gametos: Inserción subzonal de espermatozoides, e Inyección intracitoplásmica de espermatozoides. (Santamaría, 2000)



82

La filiación puede derivarse de forma natural, cuando los padres tienen un vínculo biológico con sus hijos; y de forma no natural, cuando no existe un vínculo biológico entre ellos, sino la voluntad de los padres de tener esa condición como en el caso de la adopción y el uso de las TRHA heterólogas.

Es evidente que, en el caso de las TRHA heterólogas por la intervención de un tercero como cedente de gametos, existirá una filiación biológica y otra legal del hijo o hija con sus padres, por lo que es necesario regular la determinación de la filiación para este tipo de fecundación.

Varsi (2013), manifiesta:

El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles, por lo que debe estar acompañada de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga sino que construya la filiación de los concebidos y nacidos por estos medios. (p. 567)

Respecto a la intervención de un tercero como cedente de gametos en las TRHA heterólogas, debemos entender que tiene como sustento los derechos reproductivos, así como el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad.

Por su parte, Varsi (2013), indica que la cesión de material genético por parte del cedente de gametos encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la libertad y la igualdad.

Si bien es cierto, el cedente de gametos tiene algunos derechos que le facultan a intervenir como tercero en un procedimiento de procreación humana asistida, estos derechos no son absolutos y tienen como límites los derechos de los hijos fecundados, que por su condición de vulnerabilidad deben ser protegidos por el Estado.

Además, debemos tener presente que no existe un derecho humano a ser padre o madre y como consecuencia a tener hijos, ya que se fecunda a otro ser humano que también tiene derechos que deben ser protegidos.

Marcó (2018), señala: "(...) No existe una necesidad vital de procrear, y nadie tiene un derecho absoluto e incondicionado a tener un hijo, ya que ninguna persona es debida a otra, como si fuese un bien instrumental." (p. 202)



El uso de las TRHA sin una regulación legal adecuada ocasiona problemas jurídicos referidos a la filiación, pues en algunos casos, se altera la condición de padre, madre o hijo biológico. Por consiguiente, El Estado debe establecer los mecanismos legales adecuados para la determinación de la filiación en las TRHA heterólogas, ya que el hijo fecundado tendrá una filiación legal y otra biológica.

Miranda y Rodríguez (2002), señalan: “(...) todo menor tiene derecho a conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación también para quien haya sido engendrado por medio de técnicas de reproducción asistida.” (p. 294)

Otro aspecto para tener en cuenta es el uso de las TRHA con fines eugenésicos, que no se utilizan para superar problemas de infertilidad, sino para la creación de niños o niñas con características especiales a gusto de las personas humanas que desean ser padres o madres, como el color de la piel, sexo, color de ojos, altura, etc.

Luna (2008), indica que preocupa la práctica de la inseminación artificial y las nuevas técnicas reproductivas con donación de material genético, por la posible implementación de programas eugenésicos, utilizados con fines moralmente cuestionables.

Portanto, en nuestro país deben establecerse principios rectores a nivel constitucional y una regulación especial adecuada de las TRHA, con la finalidad de determinar la filiación, proteger el derecho del hijo a conocer su origen biológico, así como el derecho del cedente de gametos a su intimidad personal. Asimismo, debe evitarse y sancionarse drásticamente las malas prácticas de las mencionadas técnicas como su uso con fines eugenésicos.

III. Anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas

La intervención de un tercero que aporta material genético cuando se utiliza las TRHA heterólogas, puede estar condicionada a un contrato de confidencialidad entre el cedente de gametos y el centro autorizado en donde se llevará a cabo el procedimiento médico; de modo que, será trascendental para la protección de los derechos del hijo fecundado con dichas técnicas la regulación del anonimato del cedente de gametos.

Existen dos posiciones en la doctrina acerca de la regulación legal del anonimato del tercero que interviene como cedente de gametos en las TRHA heterólogas.



84

Una primera posición, considera que se debe regular el anonimato del cedente de gametos, ya sea absoluto o relativo, con la finalidad de proteger a los padres legales, al hijo (según esta posición es mejor para el hijo el ocultamiento de su filiación biológica), y del tercero que interviene como cedente de material genético.

Una segunda posición considera que no debe regularse el anonimato del cedente de gametos, con la finalidad de proteger el derecho del hijo fecundado mediante TRHA a conocer su origen biológico.

A continuación, vamos a estudiar cada una de estas posiciones y establecer qué posición es la más adecuada para que sea regulada en nuestro país.

3.1. Razones a favor del anonimato del cedente de gametos

Las razones para regular legalmente el anonimato de los cedentes de gametos en las TRHA heterólogas tienen como sustento la protección de los padres legales, del hijo, y del propio cedente que interviene como tercero.

En primer lugar, se tiene como argumento a favor del anonimato de los cedentes de gametos la protección de su derecho a la intimidad personal, así como de los padres legales, evitando que existan intromisiones en su vida íntima o familiar.

Igareda (2014), indica:

Otro de los argumentos más importantes que se esgrimen para sustentar la opción legal que garantiza una donación anónima de gametos es el derecho a la privacidad de los padres, como un derecho fundamental que no podría ser garantizado si se permite desvelar la identidad del donante de gametos. (p. 237)

En segundo lugar, el anonimato del cedente de gametos, según esta posición, protegería la relación familiar de los padres legales con el hijo, y además se garantizaría que las personas sean cedentes de gametos sin temor a que se revele su identidad personal, pues lo contrario, implicaría que las personas ya no deseen ceder material genético en procedimientos de procreación humana asistida.

Estos primeros argumentos para regular el anonimato del cedente de gametos nos parecen vacuos, por cuanto no se está considerando que mediante las TRHA heterólogas se está fecundado a un ser humano que al igual que todos tienen



85

derechos que deben ser protegidos por el Estado. El derecho a la intimidad personal de los padres legales y del cedente de gametos no implica que el hijo fecundado con el uso de dichas técnicas sea privado del derecho a conocer su origen biológico.

Por otro lado, el ocultamiento al hijo sobre su filiación biológica no protege la relación familiar con sus padres legales, ya que el hijo tiene el derecho a conocer su origen biológico como toda persona, y a decidir cómo mantiene sus relaciones familiares en el futuro.

Si bien es cierto, el anonimato de la identidad personal del tercero que interviene como cedente de gametos garantiza la existencia de más cedentes, ese no es un argumento válido para sobreponer la continuidad de las TRHA heterólogas sobre el bienestar del hijo fecundado mediante dichas técnicas.

En tercer lugar, se tiene como argumento que justificaría la regulación del anonimato del cedente de gametos un supuesto daño emocional al hijo, a sus familiares legales y biológicos. Según esta posición, es mejor el ocultamiento al hijo de su origen biológico para evitarle un daño emocional.

A nuestro parecer, el daño emocional al hijo fecundado mediante TRHA heterólogas se produce precisamente cuando se le oculta la verdad sobre su origen biológico y descubre la verdad por sus propios medios, ya que vivimos en una sociedad en donde habrá situaciones que hagan sospechar al hijo sobre su no filiación biológica con sus padres legales, como, por ejemplo, rasgos físicos totalmente diferentes.

En cuarto lugar, otro argumento a favor del anonimato del cedente de gametos es evitar posibles reclamaciones de paternidad o maternidad biológica.

Cuando existe una adecuada regulación de las TRHA en donde se determina la filiación biológica y legal, no existirán problemas de reclamación de paternidad o maternidad biológica.

Por tanto, consideramos que no existe justificación para negarle a un hijo fecundado mediante TRHA heterólogas el conocer su origen biológico, porque constituiría un acto de discriminación respecto a los demás seres humanos. Es evidente que el anonimato del cedente de gametos busca protegerlo a él, así como a los padres legales de no revelar su identidad personal, sin tenerse en cuenta los derechos del hijo fecundado mediante las citadas técnicas.



Además, de lo señalado anteriormente, se hace necesario establecer también la obligatoriedad de los padres legales de informar a los hijos nacidos mediante el uso de las TRHA heterólogas cómo han sido fecundados.

Igareda (2014), señala:

También se utiliza como argumento para mantener el anonimato de los donantes de gametos, la constatación de que, aun en los países donde no existe anonimato de donantes, no hay ninguna provisión legal que obligue a los padres a informar a los hijos/as cómo han sido concebidos. (p. 237)

Debemos mencionar que, con la regulación legal del anonimato absoluto del cedente de gametos se vulnera el derecho del hijo fecundado mediante las TRHA heterólogas a conocer su origen biológico, existiendo un daño a su proyecto de vida. Es por ello, que consideramos que la regulación del anonimato relativo del mencionado cedente es la más adecuada y constituye un avance importante en la protección del derecho del hijo a conocer su origen biológico.

3.2. Razones en contra del anonimato del cedente de gametos

Un sector de la doctrina se encuentra en contra de la regulación del anonimato de los cedentes de material genético cuando se utiliza las TRHA heterólogas.

El argumento central de esta posición se basa en la protección del hijo fecundado mediante el uso de las TRHA heterólogas, a fin de no vulnerar, entre otros, el derecho a conocer su origen biológico como parte de su derecho a la identidad personal.

Igareda (2014), señala: "(...) la prioridad de la decisión política debería ser el bienestar de los niños/as concebidos con donantes de gametos, y por lo tanto, no se les debería negar su derecho a conocer sus orígenes genéticos." (p. 241)

En nuestro país, es urgente el establecimiento de principios rectores a nivel constitucional y la dación de una ley especial que regule el uso de las TRHA y sobre todo las heterólogas, con la finalidad de establecer algunos lineamientos que protejan el derecho de los hijos nacidos con el uso de dichas técnicas a conocer su origen biológico como toda persona humana.

Nosotros consideramos que debe regularse el anonimato del cedente de gametos en el caso de las TRHA heterólogas, pero



el anonimato relativo, y establecerse, además, la obligatoriedad de revelarle al hijo fecundado, a una determinada edad (que deberá establecerse en la ley), que ha nacido con el uso de dichas técnicas y que puede conocer información general del cedente de gametos.

Muñoz y Vítola (2017), indican: “(...) no en todos los casos los padres informan a sus hijos que han nacido a través de TRHA con donante, por lo tanto, el ejercicio del derecho a conocer sus orígenes.” (p. 214)

Por otro lado, con la finalidad de proteger el bienestar emocional del hijo nacido mediante TRHA heterólogas, no es adecuado propiciar el secreto sobre su origen biológico, porque ello constituiría un acto de discriminación respecto a los hijos nacidos de manera natural o a través de técnicas homólogas. Además, en base al principio del interés superior del niño debe protegerse el derecho a su identidad personal.

Igareda (2014), indica: “El secreto que rodea las circunstancias del nacimiento del niño/a actúa en detrimento de las relaciones familiares, porque va en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar, (...)” (p. 241)

En efecto, el anonimato absoluto del cedente de gametos vulnera el derecho del hijo a conocer su origen biológico como parte de su identidad personal, y ocasiona un daño en su proyecto de vida.

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022), señalan: “(...) el anonimato de terceros proveedores de gametos para TRA podría vulnerar el derecho a una identidad personal integral, biológica y social del niño.” (p. 47)

Creemos que en nuestro país debe regularse el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de garantizar que el hijo fecundado conozca información general del cedente de gametos no identificatoria, que, si bien es cierto, puede ser insuficiente para algunas personas, debe considerarse que el cedente de gametos interviene bajo un contrato de confidencialidad que prohíbe que se revele su identidad personal.

IV. Derecho de las personas fecundadas mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a conocer su origen biológico

El derecho a conocer el origen biológico forma parte de un derecho más amplio como es el derecho fundamental a la



88

identidad personal, y puede definirse como aquella facultad del ser humano de saber sobre su procedencia como elemento esencial de su bienestar (físico y mental), que comprende no solo el conocer el dato genético de su filiación, sino también la verdad sobre su fecundación (en el caso de TRHA heterólogas o la adopción), así como información sobre sus padres y familiares biológicos.

Varsi (2000), señala respecto al derecho a conocer el propio origen biológico:

El objetivo o ámbito de este derecho será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción. (pp. 277-278)

El derecho a la identidad personal puede ser definido como aquel atributo de la persona humana que lo individualiza y lo hace único en la sociedad.

Mesía (2018), señala: “La identidad personal es la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único, irrepetible y distinto de los demás. Lo que cada persona es en esencia al margen de su pertenencia a la especie humana.” (p. 125)

Cabe destacar que el derecho a la identidad tiene dos aspectos, uno estático (referido a los datos de identificación de la persona), y otro dinámico (relacionado con aspectos culturales, religiosos, políticos, ideológicos), los cuales delimitan su personalidad.

Por su parte, Plácido (2003), indica: “El dato biológico -identidad estática- del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social –identidad dinámica- (...)” (p. 7)

Debemos precisar que el derecho a la identidad tiene protección constitucional en el numeral 1, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en donde se señala que toda persona tiene derecho a su identidad.

Asimismo, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el 26 enero de 1990, indica: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (...)”



89

En el caso de la fecundación natural y el uso de TRHA homólogas, si bien es cierto existe la posibilidad de vulnerar el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico al ocultársele su verdadera filiación, al coincidir la figura de padres legales y biológicos el hijo tiene la posibilidad de ejercer el derecho mencionado.

Ahora bien, en el caso de la fecundación mediante las TRHA heterólogas, cuando se regula el anonimato absoluto del cedente de gametos sí existe una vulneración al derecho del hijo a conocer su origen biológico, ya que se busca proteger la identidad del mencionado cedente.

Cabe destacar que cada persona humana decide el grado de importancia que tiene el conocer su origen biológico en el desarrollo de su identidad personal, en consecuencia, habrá personas que no tendrán interés en conocer su origen biológico y otras que sí lo tendrán, por lo que el Estado debe garantizar el ejercicio del mencionado derecho.

Muñoz y Vítola (2017), señalan:

Si bien no puede asegurarse a ciencia cierta el grado de importancia del dato genético en la construcción de la identidad personal, existe un consenso generalizado en que tal información no puede quedar a la libre disposición de los Estados o centros especializados. (p. 212)

No cabe duda que las TRHA heterólogas hacen realidad el deseo de paternidad o maternidad de parejas heterosexuales con problemas de infertilidad, parejas homosexuales, varones o mujeres solteras, no obstante, la práctica de dichas técnicas ocasiona un conflicto jurídico entre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos y el derecho del hijo a conocer su origen biológico, como parte de su derecho a la identidad personal.

Muñoz (2016), señala: "(...) el derecho a conocer el propio origen en caso de fecundación asistida con contribución de donante se ve sometido a límites que vienen dados, sobre todo, por el derecho a la intimidad del donante que quiere permanecer en el anonimato. (...)." (p. 234)

En cuanto a los motivos para que una persona busque conocer su origen biológico, estos pueden ser diversos, como el conocer y prevenir enfermedades genéticas, evitar relaciones incestuosas y razones emocionales.



4.1 Razones por las cuales debe primar el derecho del hijo a conocer su origen biológico.

Existen argumentos sólidos para afirmar que el derecho de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas a conocer su origen biológico tiene primacía sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos.

En primer lugar, debemos mencionar que los derechos reproductivos de los cedentes de gametos no justifican un ocultamiento al hijo fecundado sobre su origen biológico.

Toda persona tiene derechos reproductivos por su misma condición de ser humano; sin embargo, dichos derechos no son absolutos ya que se fecunda a otro ser humano que, entre otros derechos, tiene el derecho a conocer su origen biológico.

Varsi (2010), señala:

El interés individual (persona) o colectivo (pareja) de procrear no puede predominar sobre el interés superior del niño, el cual merece la más amplia protección, no solo por su estado biológico, sino sobre todo por el hecho de ser un humano. (p. 192)

En segundo lugar, se tiene que el derecho a conocer el origen biológico se sustenta en la protección de la dignidad humana como principio constitucional, operando como un derecho individual que sirve de límite a los derechos fundamentales.

Mesía (2018), señala: “Como valor supremo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución.” (p. 35)

En efecto, los adelantos de la ciencia en campos como la medicina hacen necesaria la intervención del Estado con la finalidad de garantizar el respeto de la dignidad humana. Es decir, es urgente establecer principios y lineamientos en la Constitución Política del Perú de 1993, además de la dación de una ley especial que regule las TRHA con la finalidad de proteger el derecho a la identidad personal del hijo concebido mediante dichas técnicas.

En tercer lugar, se debe priorizar el derecho del hijo a conocer su origen biológico sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y el derecho a la autodeterminación



informativa que le faculta a ejercer control sobre su información personal que obre en alguna base de datos.

Cárdenas (2013), manifiesta:

Junto con el derecho a la identidad como sustento para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, puede agregarse también la consideración del principio del interés superior del niño, el respeto de la dignidad de la persona humana, el derecho a la información, el derecho a la salud y el derecho a la verdad. (p. 43)

Por su parte, Plácido (2003), señala: “Conocer cuál es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad.” (p. 23)

En cuarto lugar, se tiene que el reconocimiento del derecho de las personas humanas a conocer su origen biológico garantiza que las mismas puedan ejercer su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad tanto en su vida personal y social, que lo ayudará en su proyecto de vida.

Fernández (2005), señala: “Cada persona, en tanto libre, elabora su propio “proyecto de vida” y tiende a realizarlo, no obstante, los condicionamientos y determinismos que le son adversos.” (p. 19)

Un aspecto a tomar en cuenta en la identidad dinámica son los cambios que sufre la persona con el transcurso del tiempo, que podría afectarle en mayor o menor medida el ocultamiento de su origen biológico, dependiendo de su madurez y personalidad. Por ello, es necesario establecer una edad como límite en la cual los padres legales le revelen al hijo la verdad sobre su filiación biológica.

Fernández (2005), indica: “El ser humano se despliega en el tiempo, desde su concepción o fecundación hasta su muerte. En este devenir existencial la identidad se forja en el pasado y, desde el presente, se proyecta al futuro.” (p. 21)

Por su parte, Notaro (2020) indica: “(...) el niño, desde el mismo momento en que tiene la inquietud por conocer sus orígenes, debe poder ejercer su derecho conforme al principio de capacidad o autonomía progresiva”. (p. 183)

Dada la importancia que tiene para el hijo fecundado mediante TRHA heterólogas el conocer su origen biológico⁴, se hace



necesaria una regulación respecto al anonimato relativo del cedente de material genético, en donde se conozca únicamente información general que debe obrar en los centros de salud públicos o clínicas autorizadas que realizan procedimientos de procreación humana asistida. En efecto, debe precisarse qué información debe ser entendida como general a fin de evitar inconvenientes en su interpretación.

Ruiz y Flores (2018), señala:

El anonimato de los donantes debe ser atendido por la legislación; sin embargo, bajo ciertas circunstancias debe privilegiarse el derecho del Nacido bajo estas técnicas de reproducción asistida, a que tenga conocimiento de su origen, pero específicamente a que se le permita conocer las características genéticas del donante. (p. 70)

Ahora bien, las consecuencias familiares que podría ocasionar el revelar la identidad del cedente de gametos sin un control legal son amplias respecto al hijo fecundado mediante TRHA heterólogas y al propio cedente. Por un lado, respecto al hijo puede existir conflictos en las relaciones familiares con sus padres legales, y biológicos, abuelos y demás familiares; y, por otro lado, respecto al cedente de gametos, pueden existir conflictos con sus propios hijos biológicos, su esposa, sus padres biológicos.

Pensamos que la cesión de gametos debe darse únicamente por motivos altruistas (lo que debe establecerse en la ley especial que proponemos), por lo que debe existir un control a los establecimientos en donde se realizan los procedimientos médicos, a fin de evitar el beneficio económico con la realización de dichos procedimientos.

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022), señalan: “Los acuerdos o contratos, gratuitos u onerosos, relativos a un niño por concebir, gestar o entregar podrían ofender su dignidad de persona, sujeto de derechos, nunca objeto”. (p. 47)

Para finalizar, debemos señalar que el prohibirse a una persona nacida utilizando TRHA heterólogas de conocer su origen biológico, constituye un acto de discriminación respecto a otras personas concebidas en forma natural.

Por su parte, Notaro (2020), señala: “No existe un argumento

⁴Debemos precisar que nosotros asumimos que es muy importante para el hijo nacido mediante TRHA el conocer su origen biológico, como parte del derecho a su identidad personal; sin embargo, teniendo en cuenta factores sociales, familiares, culturales u otros, dicho derecho podría no ser tan importante para algunas personas.



plausible para establecer diferencias en el acceso a la verdad biológica o genética en razón de la forma y la fuente de filiación (natural, adoptiva o mediante TRHA).” (p. 181)

El manejo de información de los cedentes de gametos en las TRHA heterólogas debe estar establecida en la ley, a fin de no vulnerar el derecho a la intimidad personal de dichos cedentes y los derechos del hijo nacido mediante el uso de las citadas técnicas.

V. Anonimato relativo del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

Para empezar, debemos señalar que a diferencia del anonimato absoluto del cedente de gametos en las TRHA heterólogas, el anonimato relativo constituye una alternativa para no vulnerar el derecho a la intimidad personal del mencionado cedente, al regularse en favor del hijo fecundado el acceso a información general de dicho cedente.

En las legislaciones comparadas se han dado distintos tratamientos sobre la protección del anonimato del cedente de gametos. Así tenemos que, en España, Francia, Grecia y Noruega se regula el anonimato; en Austria y Suecia admiten el derecho de los hijos a conocer a su progenitor biológico; y en Alemania e Inglaterra, si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los tribunales. (Varsi, 2013)

La regulación del anonimato relativo del cedente de gametos debe contener: el registro del cedente de gametos, las condiciones para ser cedente, exámenes médicos previos del cedente, número de intervenciones para el cedente, consentimiento para que el hijo pueda acceder a información general del cedente, entre otras, que garanticen el bienestar físico y emocional del hijo fecundado.

La falta de una regulación especial en nuestro país sobre el uso de las TRHA, y sobre todo de las técnicas heterólogas, causa afectación física y emocional en los hijos nacidos mediante las citadas técnicas, ya que pueden sufrir de algunas enfermedades de carácter hereditario (al no existir un control médico riguroso de los terceros que intervienen como cedentes de material genético), y tener un daño psicológico (por el ocultamiento de su filiación biológica) que afecta su proyecto de vida.

Posadas (2017), indica: “(...) en el Perú se están vulnerando los derechos de los nacidos de las TERAS Heterólogas con donante anónimo al no haberse adoptado normas legales que permitan garantizar el acceso al conocimiento del origen biológico”. (p. 140)



El Estado debe propugnar el bienestar de todas las personas involucradas en un procedimiento médico de procreación asistida, debiendo tener especial cuidado con la protección de los derechos de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas, que son los más vulnerables. Por ello, se hace imprescindible establecer el anonimato relativo del cedente de material genético en donde el hijo pueda acceder a información general de dicho cedente, y en caso de alguna necesidad urgente (por ejemplo, tratamientos médicos) se debe conocer datos identificatorios del mencionado cedente.

Posadas (2017), señala:

(...) el donante de material genético no puede ser visto solamente como un dador de esperma u óvulo sin ninguna otra participación en la vida del nacido; sino que por su importancia en el desarrollo físico del nuevo ser debe garantizarse el acceso a su información si esta fuera necesaria. (p. 136)

Por otro lado, es importante en nuestro país que se regule la creación de una Comisión de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Salud, que será la encargada de autorizar a los centros de salud públicos y privados en donde se realizarán los procedimientos de procreación humana asistida.

La comisión antes mencionada realizará un control del registro de cedentes de gametos, con la finalidad de evitar que, por ejemplo, sin saberlo, en el futuro puedan contraer matrimonio dos personas que fueron concebidas mediante TRHA heterólogas y que son hermanos, más aún, si dicha situación puede ocasionar problemas genéticos en los hijos concebidos.

Otro aspecto importante es establecer la obligatoriedad de los padres legales a revelar al hijo cómo fue concebido y la verdad sobre su filiación biológica, estableciéndose un límite de edad. Asimismo, debe facilitarse al hijo el acceso a la información general del cedente de gametos, que no incluya su identidad personal, a través de un procedimiento administrativo.

El anonimato relativo propiciaría que las personas altruistas sean cedentes de gametos y no se convierta dicha cesión en medios para la obtención de dinero y beneficio económico para clínicas de tratamiento de fertilidad.

Finalmente, consideramos que en nuestro país no debe regularse un anonimato absoluto del cedente de gametos, ni tampoco un acceso total a la identidad personal de dicho cedente, siendo



el camino más adecuado una posición intermedia como es el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos y el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico.

Además, debe establecerse dos vías para el acceso a la información del mencionado cedente en favor del hijo, una administrativa (en donde se pueda acceder a información general no identificatoria del cedente), y una vía judicial (para acceder a información sobre la identidad personal del cedente, cuando la situación lo amerite).

VI. Conclusiones

- Es nuestro país urge establecer principios rectores y lineamientos en la Constitución Política del Perú de 1993 sobre el uso de las TRHA, además, de la dación de una ley especial que regule sobre todo las técnicas heterólogas, con la finalidad de proteger el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico y el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos.

- Existen argumentos sólidos para afirmar que el derecho de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas, a conocer su origen biológico, tiene primacía sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos, en base a la protección de la dignidad humana; el principio del interés superior del niño; el derecho a la autodeterminación informativa; el derecho al libre desarrollo de su personalidad tanto en su vida personal y social; y el derecho a no ser discriminado.

- Debe regularse en nuestro país para el uso de las TRHA heterólogas el anonimato relativo del cedente de material genético, con la finalidad de proteger su intimidad personal, así como garantizar que el hijo fecundado conozca su origen biológico a través del acceso a información general del citado cedente que no incluya su identidad personal. Asimismo, debe establecerse la obligatoriedad de los padres legales de revelar al hijo (a una determinada edad como límite) cuál es su origen biológico, con la finalidad de no perjudicar su proyecto de vida.

- El hijo fecundado mediante las TRHA heterólogas debe tener la posibilidad de acudir a dos vías para el acceso a la información del cedente de gametos, una administrativa



(en donde se pueda acceder a información general no identificatoria del cedente de gametos), y otra judicial (para acceder a información sobre la identidad personal del cedente de gametos, cuando la situación lo amerite).

VII. Lista de referencias

Bladilo, A., de la Torre, N., y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México - IUS*, 11(39), pp. 7-30.

Cárdenas, R. (2013). La información sobre el origen biológico como derecho fundamental de la persona. *Lumen*, (9), pp. 39-48.

Fernández, C. (2005). Artículo 2. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. En: *Gaceta Jurídica. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (pp. 13-41). Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Igareda, N. (2014). El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. *Derechos y Libertades*, (31), pp. 227-249

Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Marcó, J. (2018). Reproducción asistida. En: *Bioética, aporte para un debate necesario* (pp. 183-217). Ciudad de México, México: Fundación Rafael Preciado Hernández.

Mesía, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Miranda, R.E. y Rodríguez, R.E. (2002). Bioética y Derecho de Familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. En: *Universidad Externado de Colombia. Familia Tecnología y Derecho*. (pp. 285-310). Bogotá, Colombia: Editorial Cordillera S.A.C.

Muñoz, R. y Vítola, L. R. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista*



del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México - IUS, 11(39), pp. 207-228.

Muñoz, L. (2016). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, (14), pp. 219–256.

Notaro, P.A. (2020). Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 5(14), pp. 151-187.

Plácido, A. (2003). Filiación y patria potestad. En la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Posadas (2017). El Derecho a la identidad y el Registro Nacional de Cedentes de gametos y embriones. *Persona y Familia*, 1(6), pp. 123–144. Recuperado de <https://doi.org/10.33539/peryfa.2017.n6.473>

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022). La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida. *Revista chilena de derecho*, 49(1), pp. 27-53.

Ruiz, J.G., & Flores, R.J. (2018). Las técnicas de reproducción asistida y sus efectos en la conceptualización legal de la maternidad, paternidad y filiación. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 3(8), pp. 49-72.

Santamaría, L. (2000). Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida. *Cuadernos de Bioética*, 11 (41), pp. 37-47.

Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la Filiación. Tomo IV*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2010). *Derecho genético: principios generales* (versión electrónica de la 5ta. ed.). Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12724/5088>

Varsi, E. (2000). *Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad*. IUS ET VERITAS, 10(21), pp. 264-280

World Health Organization. (2023). *Infertility prevalence estimates 1990-2021*. Geneva: World Health Organization. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.



98

Tratados y Legislación Nacional

Constitución Política del Perú de 1993.

Convención de los Derechos del Niño.

Ley General de Salud, Ley n.º 26846.

quaestio iuris

La inadecuada regulación
normativa de las cláusulas
abusivas en el Perú

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.5>



La inadecuada regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Perú

The inadequate regulatory regulation of abusive clauses in Peru

ROQUE JULCA, Andy¹

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I. Introducción II. Las cláusulas abusivas en oposición al derecho fundamental a la libertad de contratar III. La necesidad de inaplicar los artículos 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por regular figuras jurídicas en blanco IV. Reflexión Final V. Conclusiones VI. Lista de Referencias

Resumen

La persona humana, entre otros atributos regulados por la ley civil, es también, naturalmente, consumidor, por tanto, es deber del Estado y de la sociedad, tutelar sus derechos en la esfera consumidora de la persona. En el presente artículo se plantea el panorama descriptivo actual de la doble regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Código peruano de Protección y Defensa del Consumidor y en el Código Civil peruano, el cual afronta diversos problemas jurídicos como la afectación del principio y derecho fundamental a la libertad de contratar reconocido en la Constitución Política vigente de la República del Perú, así como la creación de figuras jurídicas en blanco como la ineficacia absoluta y relativa, la inaplicación y, la inexigibilidad.

Palabras Clave

Cláusulas abusivas, libertad de contratar, ineficacia, invalidez, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Código Civil.

Abstrac

The human person, among other attributes regulated by civil law, is also, naturally, a consumer, therefore, it is the duty of the State and society to protect their rights in the consumer sphere of the person. This article presents the current descriptive panorama

¹Abogado, Maestro en Derecho Civil y Comercial, Maestro en Derecho de la Empresa, Docente de Pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca – Perú. E-mail: anndy2995@gmail.com. ORCID 0000-0003-1114-968X.



of the double regulatory regulation of abusive clauses in the Peruvian Code of Consumer Protection and Defense and in the Peruvian Civil Code, which faces various legal problems such as the impact of the principle and fundamental right to the freedom to contract recognized in the current Political Constitution of the Republic of Peru, as well as the creation of blank legal figures such as absolute and relative ineffectiveness, non-application and unenforceability.

Key words

Abusive clauses, freedom to contract, ineffectiveness, invalidity, Consumer Protection and Defense Code, Civil Code.

I. Introducción

Las normas del Derecho del consumidor, han pasado por una travesía no tan estable por el ímpetu del legislador, en la actualidad contamos con una tutela mixta de los derechos del consumidor, tanto en el Código Civil como el Código de Protección y Defensa del consumidor. La razón justificante del presente artículo, radica en la relación persona humana – consumidor, o, sujeto de derecho – consumidor, ya que, con la evolución antropológica, la característica natural del hombre es más notoria, es decir, que la persona es un “consumidor” de los recursos naturales extraídos, transformados y producidos.

Así, entonces, la persona humana como consumidor, importa un mínimo de interés tuitivo por parte del legislador, por tanto, cualquier inadecuada regulación jurídica, implicaría un estado de riesgo para el propósito del sistema jurídico, la garantía de derechos fundamentales. Los artículos 49, 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa de Consumidor, contienen la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo con prestaciones recíprocas (por adhesión o no aprobados administrativamente), sin embargo, éstos contienen figuras jurídicas sin contenido normativo, como la inexigibilidad, la ineficacia absoluta y relativa y, la inaplicación. Además, dicha regulación normativa le atribuye a la autoridad administrativa la potestad de imponer sobre las cláusulas abusivas las figuras jurídicas en blanco, sin reparar en el alcance del derecho fundamental a la libertad de contratación, que impide que los conflictos que surgen de la relación contractual, sean dirimidos por un ente diferente a un juez o un árbitro.

El declive normativo, objeto del presente artículo, consta de dos picos, la regulación de figuras jurídicas en blanco y, la afectación al derecho fundamental a la libertad de contratar, los que serán abordados durante el desarrollo del presente artículo.



II. Las cláusulas abusivas en oposición al derecho fundamental a la libertad de contratar

Señala Vinatea Medina (2013) que, ha sido de importancia histórica la expresión o manifestación de Jhon Kennedy, quien fue presidente de los Estados Unidos, discurso del suscitado el 15 de marzo de 1962. En esta perorata discursiva, enfatizó la importancia de los consumidores para avance o crecimiento económico, y de qué forma los consumidores han sido menoscabados por la mayor parte de los actores económicos, públicos y privados, razón que obliga al Estado a comprometerse con la garantía y protección de estos intereses difusos, ya que, todos son consumidores. Así, en diversos países la persona ganó otro atributo además del nombre, domicilio, capacidad y patrimonio, siendo éste nuevo atributo el consumo o la condición de consumidor. El ser humano puede contar con la dignidad, pero también es consumidor, puede ser el único sujeto de derecho, pero además es consumidor; ser consumidores, es parte de la esencia de las personas, por tanto, las relaciones de consumo deben ser adecuadamente reguladas, respetando los intereses del consumidor.

Para ser sintéticos, la razón, al parecer la única, por la que los poderes públicos y privados, el pueblo, el gobierno y el ordenamiento jurídico deben sujeción irrestricta hacia la Constitución es por el cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, paradigma nuevo, que determina tal sujeción. El Estado Constitucional de Derecho, es una de las bases de la corriente iusfilosófica originada luego de la segunda guerra mundial, cuando los Estados giraron su mirada hacia la cesión de derechos fundamentales a la persona sea cual fuera su situación o condición; el postpositivismo.

Señala en ese sentido, es de tenerse en cuenta el traspaso del modelo del imperio de las leyes, al otro modelo del imperio de la constitución, vale señalar, del modelo de la corriente del positivismo o legalista, al modelo de la corriente postpositivista o constitucional, ya que, en ese paso, surgen importantes modificaciones en los modos de concebir el derecho en el ámbito de su aplicación mediante normas jurídicas. (Aguiló Regla, 2007).

Así, la aplicación de las normas debe orientarse no sólo al respeto, sino a la plena garantía del ejercicio de los derechos fundamentales² por sus verdaderos titulares, los seres humanos. Por ello, no debe existir norma alguna de rango legal o infralegal que se contraponga a la Constitución, pues, de ser así, nuestro sistema jurídico cuenta con dos órganos de Control



Constitucional, uno con facultades supremas concentradas en un colegiado con poderes nacidos de la misma Constitución, el Tribunal Constitucional, otro, con facultades difusas, el Poder Judicial, a través de sus magistrados de la diferentes instancias.

En lo que concierne a la libertad de contratar, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 62 de la Constitución Política, para entenderlo mejor y encontrar una interpretación correcta del artículo, se cita a la letra:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En ese sentido, es necesario determinar, cuál sería el contenido esencial³ del derecho fundamental a la libertad de contratar. Como señala Castillo Córdova (2002), en la búsqueda o identificación del cuál sea el contenido constitucional o esencial de un determinado derecho fundamental, no sólo debe verificar una relación de facultades a ser realizadas por el titular del derecho, además, se deberá tener en cuenta el deber que tiene el Estado para accionar o no, en pro de la plena vigencia de dichas facultades parte del derecho fundamental.

²La garantía y real disfrute de los derechos humanos de los individuos parte de la sociedad, es el fin último del Estado actual, incluye por tanto, derechos de libertad referidos a los derechos a la subsistencia y a la supervivencia, los mismos que deben ir de la mano de un desarrollo económico y social equitativo y equilibrado, dichos fines y derechos, deben establecerse necesariamente en la Constitución, entendiéndola como la norma fundamental que alumbró a todo el ordenamiento jurídico, esta situación de relación y condicionamiento es posible en un Estado Constitucional de Derecho.

³Gran parte de la doctrina concuerda o por lo menos ha aceptado que los derechos fundamentales en su totalidad, detentan una doble acepción en cuanto se refiere al contenido que los caracteriza, denominado convencionalmente "contenido esencial o constitucionalmente protegido"; de un extremo tenemos al aspecto subjetivo del derecho, en el que se alojan las acciones a las el titular del derecho está facultado, las que exigen la limitación o delimitación del poder del Estado; del otro extremo, tenemos al aspecto objetivo o abstracto que aloja el deber del Estado para las acciones a favor del titular del derecho con la finalidad de asegura el ejercicio eficaz del derecho y, asimismo, garantiza el orden equilibrado de los derechos fundamentales en tiempo real. Esto supone, entonces, que cuando se trata del reconocimiento de un derecho fundamental, se deben tener en cuenta que los derechos fundamentales cuentan con éstas dos facciones en su naturaleza, y, su respeto y garantía debe obedecer no sólo al aspecto subjetivo de las facultades del titular, sino, también, al aspecto objetivo, para que el Estado avale y cobertura del ejercicio integral o pleno efectuado por el titular del derecho. También debe tenerse en cuenta que cualquier injerencia del Estado mediante su intervención, no son aquellas que se dan de manera deliberada o arbitraria sino sólo aquellas acciones necesarias, que garanticen el pleno respeto y eficacia del derecho o derechos fundamentales. Entonces, así tenemos, que, dos figuras ocupacionales, la abstención estatal y la exigencia estatal, ambas para favorecer y garantizar el pleno ejercicio de las facultades que el titular del derecho deba realizar. (Castillo Córdova, 2002)



La dimensión subjetiva de la libertad de contratar podemos identificarla en el primer párrafo del artículo 62: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Esta garantía que las partes adquieren por el reconocimiento constitucional, para ejercer su autonomía privada y pactar sus convenios o cláusulas contractuales, viene a conformar la parte subjetiva del núcleo esencial de este derecho fundamental.

En cuanto a la dimensión objetiva de la libertad de contratar, la hallamos en las siguientes proposiciones del artículo 62: “Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.” Esta disposición, es parte sólida de la dimensión objetiva del contenido o núcleo esencial de la libertad de contratar, por ello, el Estado debe garantizarle a las partes que sus conflictos surgidos del contrato, no podrán ser dirimidos más que por un Juez o un Árbitro, en ese sentido, cualquier disposición legal o infralegal que afecte o quebrante esta garantía, estará vulnerando directamente el derecho fundamental, pues, todo derecho debe ser ejercido plenamente, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, no ejercerlo así supone una clara vulneración al derecho.

En cuanto a la norma especial vigente que regula las relaciones de consumo, es decir el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dictamina en su artículo:

52.1 Las cláusulas abusivas ineficaces a que se refiere el presente Código son inaplicadas por la autoridad administrativa.

52.2 El ejercicio de esta facultad por la autoridad administrativa se hace efectivo sin perjuicio de las decisiones que sobre el particular pueden ser adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral, según fuese el caso.

Como se contempla en la norma especial de Derecho del Consumidor, el legislador ha creído conveniente empoderar a las instituciones con autoridad administrativa como el INDECOPI, la SUNASS, OSIPTEL, entre otros, para inaplicar cláusulas generales de contratación en una relación de consumo. Referente a esta potestad, en primer lugar, se debe entender que la acción de inaplicar, implica un análisis previo, y el análisis previo, a la vez, implica un conflicto de intereses dentro de una esfera o régimen contractual. En segundo, lugar



se debe tener en cuenta que, la inaplicación es consecuencia de haber llegado a la conclusión de que determinada cláusula resulta abusiva para alguna de las partes.

En ese sentido, existen dos acciones que resultan de la resolución de conflictos contractuales, uno, la determinación del nivel de abusiva de una cláusula y, dos, la inaplicación de ésta. Sin embargo, la acción de resolver o dirimir dichos conflictos de intereses en la esfera contractual, le corresponden por mandato, no legal, sino constitucional, a Juez o a un Árbitro, ya sea en vía judicial o arbitral. Es evidente, y, tal vez un poco descarada la contraposición del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor al artículo 62 de la Constitución.

Para explicar mejor la inminente antinomia⁴ normativa vislumbrada en el presente análisis, se cita a Ferrajoli⁵ (2009), el maestro italiano, enseña de que la contraposición entre una norma legal y la Constitución representa un vicio no en la aplicación de la norma por parte del Juez, sino que, obedece a una violación del legislador en la producción de la norma.

Encontrándonos frente a este panorama, nos queda analizar cómo afectaría la aplicación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor a los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional y al debido proceso.

Siendo es importante recordar cómo desarrolla el Tribunal Constitucional a estos dos derechos:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, [...]. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de

⁴Una antinomia, es una situación en la cual el mismo caso está regulado por disposiciones diversas e incompatibles entre sí. La incompatibilidad entre las reglas antinómicas consiste precisamente en el hecho de que no se puede cumplir una sin violar otra. (Barberis, 2015, p. 176).

⁵El profesor Moreso sostiene que, estas tres posturas serían igualmente regulativas para los magistrados y también se consideran congruentemente constitutivos para el legislador. Tenemos, primero, señala el profesor, que las tres pautas son normativas, por tanto, perfectamente susceptible de ser aplicadas por los magistrados judiciales, y por ello, de igual modo susceptibles de ser vulnerados por éstos. En ese sentido, cuando un magistrado judicial en el ámbito de sus facultades aplica una norma general en vez de la norma especial, lo que hace, es vulnerar o violar el criterio de especialidad, en el mismo sentido, cuando aplica una norma inferior frente a un superior vulnera la pauta de jerarquía. Lo que pasa en el último caso es un error o vicio que no sólo corresponde la aplicación de las normas, sino que concierne a las mismas normas. Cuando señala que la forma de antinomia que se configura en la aplicación de una norma inferior en vez de una superior, no es un vicio que se puede identificar en el caso de la aplicación de una norma anterior en vez de una posterior o en vez de una especial una norma general; este problema se encuentra precisamente dentro de la norma aplicada, en cuanto a su producción o no en su aplicación, entonces es una violación cometida no por el magistrado sino por el legislador. En ese sentido, a diferencia de los casos en que se aplica una norma anterior o de la norma general, la norma inferior ya se encuentra defectuosa o viciada, y se deberá entender que la violación la genera la norma inferior afectando de por sí a la norma superior. (Ferrajoli, Moreso, & Atienza, 2009, p. 213)



derechos específicos (...), entre otros, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos, como los derechos al juez natural, la ejecución de las resoluciones judiciales, la independencia judicial, entre otras. (STC N° 00005-2006-AI, f. j. 24).

La tutela jurisdiccional lleva inherente la efectividad del acceso a la justicia no sólo como valor estático, sino también como derecho, ello implica interponer peticiones, recurso o demanda ante la autoridad que la ley ha establecido para dirimir el conflicto de intereses o para aclarar las incertidumbres jurídicas, y, este derecho de petición o demanda, no es más que el derecho al juez natural, derecho integrante o nutriente del debido proceso.

En caso de los conflictos surgidos de la relación contractual, como ya se ha señalado ampliamente en los párrafos precedentes, sólo podrán ser resueltos o dirimidos en vía judicial o arbitral, lo que implica, que, el inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al aplicarse, no sólo afecta la libertad de contratar en su dimensión objetiva, sino, que también, afecta directamente a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, al primero en el derecho al acceso a la justicia y, al segundo en cuanto se refiere al derecho al juez natural.

III. La necesidad de inaplicar los artículos 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por regular figuras jurídicas en blanco

En el Perú, la regulación de las cláusulas abusivas se encuentra distribuida de manera mixta, tanto en el Código Civil, como el Código de Protección y Defensa del Consumidor, ello, debido a una inadecuada técnica legislativa. La regulación inadecuada que por años se les dio a las cláusulas abusivas dentro de las normas de Derecho del consumidor, no ha podido adaptarse al sistema jurídico peruano, pues, acogiéndose a figuras jurídicas inexistentes, la ineficacia de dicha regulación era cuestión de tiempo. A continuación, se describirán las regulaciones jurídicas anteriores al Código de Protección y Defensa del Consumidor en lo que respecta a la regulación de cláusulas abusivas, específicamente, en el establecimiento de causas que permitan identificar cuándo una cláusula ostenta abusividad.

Por ejemplo, con la vigencia del Texto Único Ordenado del Código de Protección al Consumidor, el Decreto Legislativo 716, eran normas aplicables para la determinación y sanción de las cláusulas abusivas, las disposiciones contenidas en los literales de la Sexta Disposición Final Complementaria⁶, en



la que se establecía como sanción a las cláusulas abusivas: “Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo”. Claramente, se contempla una figura jurídica no regulada en nuestro sistema jurídico, ese refiere a la “inexistencia”.

En cuanto a su definición, el derogado Código de Protección y Defensa del Consumidor no establecía una definición de cláusulas abusivas, es por la Superintendencia de Banca y Seguros, en la Resolución SBS N° 1765-2005, que se define a las cláusulas abusivas y, se tipifica seis casos de cláusula abusiva en materia de tasas de interés, comisiones y gastos.

Luego de fracaso del anterior Código del Consumidor, se vendría la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el que se opta por la ineficacia, figura jurídica regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta ley introduce dos variantes de la ineficacia, en grado absoluto y relativo, figuras jurídicas no reguladas en el Perú, no por el Código Civil, y no regulada en ningún ordenamiento jurídico de la región sudamericana ni europea; en ese sentido, qué se podría esperar de la aplicación del aludido Código.

Antes de responder esta interrogante, debo precisar, pues, que, la Directiva 93/13/CEE DEL CONSEJO DE LA COMUNIDADES EUROPEAS de 5 de abril de 1993, es copia de la Ley Alemana; sin embargo, es un dato obsesivamente interesante que, la sexta disposición final complementaria del TUO del derogado Código de Protección al Consumidor, a pesar de haber recibido influencia directa de la mencionada Directiva, no haya acogido como sanción a tales cláusulas a la ineficacia, como bien lo hace la Ley alemana y la misma Directiva, y, haya preferido la inexistencia.

6Sexta.- Reglas Generales sobre contratos de consumo.-

En los contratos entre consumidores y proveedores:

- a. No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Si los consumidores tienen derecho a desvincularse de determinado contrato, este derecho se ejercerá utilizando la misma forma, lugar y medios a través de los cuales dicho contrato fue celebrado.
- c. En caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deberán ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser de tamaño menor a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.
- d. En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto;
 - i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.
 - ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.

Para la evaluación de las cláusulas antes señaladas, se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y la información que el proveedor ha suministrado al consumidor.

Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo.



Asimismo, en aras de no causarle confusión al lector, debo precisar, de modo, muy concreto que, el Código francés e italiano, también acogen a la ineficacia como sanción a las cláusulas abusivas. En la región, sólo existe un país que también acogió a la inexistencia como consecuencia de haberse incluido una cláusula abusiva al contrato.

Ahora sí, para dar respuesta a la interrogante: qué se espera de la regulación de las cláusulas abusivas por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En cuanto a sus efectos, los únicos claramente visibles son: i) la fracturación a la seguridad jurídica como principio fundamental del Estado, y, ii) la inaplicación de los artículos que contemplan a la ineficacia absoluta y relativa como sanción a las cláusulas abusivas, es decir, los artículos 50, 51, y 52.

Respecto del primer punto, el profesor Sagües P. (1996), entiende por seguridad jurídica a la capacidad que se tiene para presagiar situaciones jurídicas con la finalidad de estabilizarlas, controlarlas y, en algunas circunstancias, neutralizarlas, para prevenir posibles situaciones riesgosas que puedan afectar al ordenamiento jurídico. El autor precitado nos refiere que, si se entiende de tal modo a la seguridad jurídica, esta no se limita con el deber de presagiar hechos, tomar las riendas de los riesgos o, de procurar el equilibrio en la conducta de las personas. Esta también necesita que el instrumento de predicción, el control de los riesgos o peligros y la organización estable de las relaciones del ser humano, ofrezca a largo plazo, una consecuencia adecuada, en esencia con justicia, que tolere a los derechos humanos fundamentales. En la actualidad, cuando se acuña a la seguridad jurídica, se hace referencia al tercer nivel desarrollado.

Teniendo un panorama claro del principio de seguridad jurídica, debemos aterrizar en el campo normativo de las cláusulas abusivas, para verificar esta afectación. Entonces, siendo que tanto el Código Civil y, el Código de Protección y Defensa del Consumidor regulan a las cláusulas abusivas, y, ya que, cada Código propone una forma de sanción frente a las cláusulas abusivas, es preciso, determinar si la convivencia de esta ambivalencia afecta el principio de seguridad jurídica.

La existencia de una doble regulación no necesariamente supone un cuadro de riesgo o inestabilidad jurídica en determinados campos del derecho, sin embargo, si no hay pronunciamiento de cuáles serían las reglas de convivencia entre estas dos regulaciones, ello, sí representaría una causa de riesgo e inestabilidad jurídica.



En cuanto a dichas reglas, no existe a la fecha, pronunciamiento alguno sobre el concepto de ineficacia absoluta e ineficacia relativa, es decir, se tiene en el ordenamiento jurídico figuras normativas que no tienen contenido, ello representa una situación riesgosa e inestable, pues, cualquier persona podría solicitar a la autoridad administrativa declare ineficaz a una cláusula y, que, por ende, la inaplique, o contrario sensu, si por conveniencia, cualquier persona prefiera solicitar la nulidad de un contrato o de una cláusula en vía judicial enmarcándola en el artículo 1398; vemos, pues, que existe normativa al gusto del cliente.

Hemos estudiado dentro de las teorías del postpositivismo, que, la discrecionalidad es una facultad propia del que administra justicia, nunca del justiciable, pues, si las disposiciones normativas estarían a discreción social, existiría control social, uno de los poderes contemporáneos del Estado, y, sin control social, no existe Estado soberano y democrático, sino anarquía.

Atendiendo al primer efecto, la inaplicación de los artículos 50, 51, y 52 del código de Protección y Defensa del Consumidor que, contemplan a la ineficacia absoluta y relativa como sanción a las cláusulas abusivas, resulta casi obvia, sin embargo, se debe profundiza para un mejor entendimiento.

En párrafos precedentes, se demostró la falta de adecuada y seria técnica legislativa para la implementación de normas de Derecho del consumidor en el Perú, pues, se habría acogido figuras jurídicas no contemplan en nuestro ordenamiento jurídico, como la inexistencia y, ahora, la ineficacia absoluta y relativa.

Algunos dirán, por qué nos asombramos de no tener reguladas a la ineficacia absoluta o relativa en el Código Civil, la respuesta es simple, si la ineficacia es un efecto propio del derecho contractual y no tiene contenido en la fuente de este derecho, entonces, qué criterios aplicaremos para conocer cuáles son los efectos de la ineficacia absoluta y cuáles serían los efectos de la ineficacia relativa, surgen preguntas como: ¿la cláusula nula? ¿Cesan todos los efectos de la cláusula? Entonces ¿qué diferencia la ineficacia absoluta de la relativa? En efecto, estas preguntas no tienen respuesta, por qué, porque la ineficacia absoluta y la ineficacia relativa no tienen contenido normativo ni doctrinario ni jurisprudencial firme, unánime y claro.

Ante esta situación, qué contenido normativo y, qué criterios vendrán aplicando las diferentes autoridades administrativas, ninguno, porque no existen tales contenidos ni criterios.



Morales Hervias (2005), nos acerca un poco a la ineficacia y su relación la nulidad:

El contrato viciado y el contrato nulo son enfermedades del contrato. Fisiológicamente, el contrato válido es eficaz, aunque además un contrato válido puede convertirse en ineficaz. En este punto no hablaremos de la invalidez sino de la ineficacia en sentido estricto. En realidad, la ineficacia en sentido amplio incluye la invalidez y la ineficacia en sentido estricto. La invalidez implica cualquier vicio originario de los actos de autonomía privada que implica a veces la inidoneidad para producir efectos, otras veces la precaria estabilidad de los mismos. Ahora, sólo, hablaremos de la invalidez y, en específico, de la nulidad y de la anulabilidad. (p. 101).

Así, la ineficacia es la improductividad de los efectos del contrato. La ineficacia puede ser transitoria por una situación de incertidumbre que puede convertirse en una situación de plena eficacia del negocio. La ineficacia definitiva indica una situación definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos por razones estructurales y funcionales. Un contrato puede ser ineficaz por falta de virtualidad para configurar idóneamente una determinada situación jurídica subjetiva o porque, aun cuando ha configurado esa situación idóneamente, ella deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a las partes a celebrar el contrato. (p. 107).

Sin embargo, no se avizora ni si quiera un acercamiento difuso al concepto o naturaleza de la ineficacia absoluta o relativa.

Para cerrar el tema de inaplicación es necesario traer a colación la reflexión del subtítulo precedente, así, pues en éste se señaló que, el contenido esencial de la libertad de contratar en su dimensión objetiva es garantizarle a las partes del contrato que al surgimiento de algún conflicto derivado de la relación contractual, éste será dirimido en vía judicial o arbitral, lo que significa que con ello le garantiza la tutela efectiva de sus derechos ofreciéndole garantías mínimas para el desarrollo del proceso; y, a qué proceso justo puede conducirnos la aplicación de figuras jurídicas sin contenido normativo, como la ineficacia absoluta o la ineficacia relativa.

Para darle una última oportunidad a los artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor, objeto de inaplicación. No olvidemos que el debido proceso, además de ser un derecho fundamental es un principio que trasciende no sólo la instancia jurisdiccional sino también la instancia netamente



administrativa, en ese sentido, si la autoridad administrativa aplica los artículos 50, 51 y 52 del aludido Código, qué contenido normativo utiliza para conocer los efectos de la ineficacia absoluta o relativa, y cómo diferencia una de la otra, la respuesta, sigue siendo obvia, ninguno, porque son figuras jurídicas sin contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal firme, unánime y, claro.

Existe, por tanto, un evidente vacío normativo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, y además, una doble regulación del mismo elemento jurídico, que se contraponen, se aclara el alcance del principio de supletoriedad del Derecho civil. Ante tal faltante normativo, se debe acudir, invocando al principio de supletoriedad, a las normas generales del contrato, establecidas en el Código Civil, específicamente el artículo 1398 que regula la nulidad como sanción a las cláusulas abusivas.

IV. Reflexión final

El principio de supletoriedad del Derecho civil es la barrera que evitaría que la autoridad administrativa por tener la facultad de resolver o dirimir conflictos de índole contractual, vulnere el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de contratar en su parte objetiva, consistente en la garantía estatal de que los conflictos derivados de la relación contractual sean solucionados en vía judicial o arbitral, constituyéndose además la regulación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en una norma inconstitucional. La sanción para las cláusulas abusivas según el artículo 1398 del Código Civil es la nulidad, ésta, es una figura jurídica que se encuentra presente con contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal dentro de nuestro sistema jurídico, en cambio, la sanción para las cláusulas abusivas según el artículo 50, 51 y 52 del Código de Protección es la ineficacia absoluta e ineficacia relativa, figuras jurídicas que no se encuentran presentes ni cuentan con contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal dentro de nuestro sistema jurídico; ambas regulaciones, al subsistir dentro del ordenamiento jurídico representan un cuadro claro de antonimia. Los artículos 50 y 51 representan un vacío normativo para el ordenamiento jurídico, pues se desconoce cuáles serían los efectos jurídicos que provocan cada uno de estos tipos de ineficacia. La aplicación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al contraponerse al mandato constitucional de garantizar que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionen en vía judicial o arbitral establecido en artículo 62 de la Constitución, vulnera el derecho a la tutela jurisdicción y al debido proceso, específicamente, al acceso a la justicia y el juez natural. Sin embargo, mientras se considere inconstitucional el inciso



52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el principio de supletoriedad del Derecho civil cumplirá su rol de auxilio ante dicho vacío normativo, de modo que, en ese caso, se deberá aplicar las normas generales del contrato, es decir, las contenidas en la fuente de las obligaciones del Código Civil.

V. Conclusiones

- La actual regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, carece de contenido jurídico y aplicativo, situación que sugiere una pronta atención legislativa a fin de regular adecuadamente la tutela de los derechos del consumidor.

- Mientras se espera la reforma legislativa del Estado, nos queda optar por la única fuente de remisión aplicativa normativa de contenido, el artículo 1398 del Código Civil, donde se castiga a las cláusulas abusivas con nulidad, figura jurídica que cuenta con contenido jurídico aplicativo y que no contraviene al derecho fundamental a la libertad de contratar y a derechos conexos necesarios como la tutela jurisdiccional y el debido proceso.

VI. Lista de Referencias

Aguiló Regla, J. (2007). POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho ISSN: 0214-8676, 665 - 675.

Arana, M. D. (2010). Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 59-91. Volumen 6. N° 10.

Barberis, M. (2015). Introducción al Estudio del Derecho. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Carranza Álvarez, D. (2009). SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A PROPÓSITO DE LA LEY COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE PERÚ. Anuario de la Facultad de Derecho de la UPAO, ISSN 0213-988-X, vol. XXVII, 411-441.

Castillo Córdova, L. (2002). Acerca de la Garantía del Contenido Esencial y de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales. Piura: Repositorio PIRHUA.

Congreso de la República del Perú. (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: El Peruano: Ley N° 29571.



Ferrajoli, L., Moreso, J., & Atienza, M. (2009). *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 978-84-612-3659-6.

Morales Hervias, R. (2005). Contrato Inválido. *Derecho PUCP* (58), 101-129.

OSIPTEL. (03 de Enero de 2021). [osiptel.gob.pe](https://www.osiptel.gob.pe). Obtenido de [osiptel.gob.pe](https://www.osiptel.gob.pe): <https://www.osiptel.gob.pe/>

Poder Ejecutivo. (1984). Decreto Legislativo N° 276. Lima.

Sagües P., N. (1996). *Jurisdicción Cosntitucional y Seguridad Jurídica*. Fundación Konrad Adenauer, 217 - 232.

SUNASS. (01 de Enero de 2021). [sunass.gob.pe](https://www.sunass.gob.pe). Obtenido de [sunass.gob.pe](https://www.sunass.gob.pe): <https://www.sunass.gob.pe/sunass/quienes-somos/>

Vinatea Medina, R. (2013). *El Derecho del Consumidor como nuevo paradigma del Derecho en una Economía Social de Mercado*. Seminario Derecho Ordenador del Consumo (pág. 66). Lima: Comisión de Actos Oficiales de la Corte Suprema de Lima del 2013.

¿Es posible cometer el hurto de señales de Wifi?

Breve análisis del delito de hurto y su posibilidad de abarcar a las señales de Wireless Fidelity



¿Es posible cometer el hurto de señales de Wifi? Breve análisis del delito de hurto y su posibilidad de abarcar a las señales de Wireless Fidelity¹

Is it possible to steal Wi-Fi signals? Brief analysis of the crime of theft and its possibility of encompassing Wireless Fidelity signals

CERNA RAVINES, Cristhian A.²
AGUILERA BENITEZ, Virginia Raquel³

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I. Introducción. II. El bien jurídico protegido por el delito de hurto. III. El wifi como objeto protegido por el delito de hurto. IV. La sanción del delito de hurto de señal de Wifi. V.-Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen

El autor aborda la cuestión de si el acto de “hurto” de señales de Wireless Fidelity o Wifi ajenas puede ser considerado como un delito según lo establecido en el artículo 185 del Código Penal peruano. Basándose en una concepción del bien jurídico protegido por este delito como la libertad patrimonial, esto es, la capacidad de disponer sobre los bienes propios, argumenta que la señal de Wifi puede ser objeto de protección según el tipo penal mencionado. No obstante, sostiene que su punibilidad no debería ser automática en todos los casos, sino que debería depender de la capacidad de cuantificación del perjuicio causado al sujeto pasivo. En situaciones donde

¹Es importante destacar que estas reflexiones fueron mejoradas gracias a las charlas académicas que mantuvimos con Piero Burga Guivar, a quien le agradezco su constante disposición para el debate.

²Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Máster en Criminología y ejecución penal por la Universidad Pompeu Fabra (España). Estudios concluidos de maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global, con línea de investigación en Derecho Penal y Política criminal por la Universidad de Salamanca (España). Docente en el curso de admisión de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay) y de posgrado en Derecho en la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: crialcer18@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3740-2196>.

³Abogada por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Máster en Derecho de los sectores regulados por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Directora técnica del Gabinete del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay. Correo electrónico: vickyaguiler16@gmail.com.



dicho perjuicio no pueda ser valorado, aboga por la aplicación del principio de insignificancia para excluir la punibilidad de los actos en cuestión.

Abstract

The author addresses the question of whether the act of “theft” of other people’s Wireless Fidelity or Wifi signals can be considered a crime as established in article 185 of the Peruvian Penal Code. Based on a conception of the legal good protected by this crime as patrimonial freedom, that is, the ability to dispose of one’s own property, he argues that the Wifi signal can be subject to protection according to the aforementioned criminal type. However, it maintains that its punishability should not be automatic in all cases, but should depend on the ability to quantify the harm caused to the taxpayer. In situations where said damage cannot be valued, it advocates the application of the principle of insignificance to exclude the punishability of the acts in question.

Palabras clave

Delito de hurto, libertad patrimonial, Wireless Fidelity, Wifi, principio de insignificancia

Keywords

Crime of theft, patrimonial freedom, Wireless Fidelity, Wifi, principle of insignificance

I. Introducción

Uno de los grupos de delitos con mayor incidencia en nuestro país es el referido a los delitos contra el patrimonio, que representa más del 30 % de las denuncias que recibe el Ministerio Público⁴ o más del 50 % de las recabadas por la Policía Nacional del Perú (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, p. 2), ello sin contar con la extensa cantidad de actividades ilícitas de esta clase que no se ponen en conocimiento de las autoridades y, por ende, quedan dentro de la conocida cifra negra.

Dentro de esta gama de delitos encontramos a uno bien conocido: el delito de hurto. Regulado en el artículo 185 del Código Penal en su forma base, que tiene una configuración típica que a priori no presenta muchos problemas: sustracción y apoderamiento con intenciones de obtener provecho; sin embargo, a pesar de la simple redacción y claridad en sus elementos básicos, la realidad ha presentado nuevos retos para este delito, ya que el concepto del bien mueble –objeto jurídico protegido por el tipo penal– ha ido abarcando nuevas circunstancias conforme ha avanzado la tecnología.

⁴Datos de 2022, mostrados por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (2023, p. 7).



Precisamente, dentro de estas nuevas situaciones se presenta el caso bastante común y conocido del acceder a una señal de Wireless Fidelity ajena o conocido comúnmente como Wifi⁵. Este supuesto se presenta del siguiente modo: un sujeto, probando varios números y claves logra acceder a la señal de Wifi de su vecino –incluso de otros modos–, con la intención de hacer uso de esta y así ahorrar el pago mensual que haría. La pregunta que podemos hacernos es: ¿En este supuesto se configura el delito de hurto?

Así, para dar respuesta a dicho supuesto creemos que, en primer lugar, se torna necesario identificar con brevedad, pero precisión, cuál es exactamente el bien jurídico que se protege en el delito de hurto; de ese modo, estaremos en condiciones de identificar qué objetos, cosas o bienes muebles tienen la capacidad de, en su materialidad o inmaterialidad, objetivar el concepto del bien jurídico protegido y, a partir de ello, en segundo lugar, determinar si la señal de Wifi puede ser un objeto protegido por el delito de hurto y, de ser así, cuáles son las consecuencias frente a distintos escenarios que pueden ocurrir.

Cuando nos referimos a los distintos escenarios posibles en el caso de obtención de señales de Wifi ajenas queremos enfatizar en que no todos los supuestos de este tipo presentan el mismo reproche: es distinto el obtener una señal Wifi ajena durante unos meses que hacerlo durante muchos años, por ejemplo; o también es diferente el supuesto en el que la víctima de esta acción tenga un número limitado de gigas y con el apoderamiento ajeno se vea reducida su capacidad de uso y el perjuicio sea palpable.

De todos modos, de manera sucinta intentaremos dar respuesta al mayor número de problemas que involucra la situación mencionada, ello sin el ánimo de cerrar el debate ni profundizar en demasía en cada cuestión; es decir, este trabajo tiene un carácter en principio exploratorio, en otros momentos descriptivo y, quizá, en muy pequeñas partes sea explicativo, pero nunca más allá de ello.

II. El bien jurídico protegido por el Delito de Hurto

De plano, la ubicación sistemática del delito de hurto ya nos obliga a identificar como bien jurídico protegido al propio patrimonio, ya que este se encuentra en el Título V del Libro segundo del Código Penal, que lleva como denominación “Delitos contra el patrimonio”; sin embargo, a pesar de que

⁵El comentario base de este artículo, véase en Cerna Ravines (2024).



se pueda suponer que el esfuerzo mental para identificar el bien jurídico se agota allí, la verdad es que el tema requiere un trabajo mayor, el cual se ha orientado a dotar de contenido al “patrimonio” como concepto penal.

Frente a esta situación han surgido planteamientos de diversos tipos, entre ellos se encuentran quienes consideran al patrimonio como el conjunto de derechos subjetivos que tiene el sujeto con respecto al objeto, sin que sea relevante su valoración económica –concepción jurídica– (Peña Cabrera Freyre, 2017, p. 35); otros indican que será patrimonio aquello que tenga valor económico –concepción económica– (explicando esto, Pastor Muñoz, 2016, pp. 5-8); algunos más se decantan por considerar al patrimonio como un elemento que forma parte del libre desarrollo del individuo en el aspecto material, haciendo mayor énfasis en el uso que el sujeto de brinda a sus bienes –concepción personal– (Montero Cruz, 2019, pp. 21-22); y, finalmente, podríamos mencionar a la postura que considera una unión del aspecto económico y jurídico del patrimonio, esto es, que se protegen bienes capaces de tener valoración económica y que, a la vez, tengan una relación jurídica con quien los ostenta –concepción mixta– (Peña Cabrera Freyre, 2017, p. 38).

Dicho lo anterior, la posición que nos parece más convincente sería la personal; sin embargo, incluso esta presenta algunas cuestiones que deben ser mejoradas. Decimos lo anterior porque parece ser que la solución que se le ha intentado a la pregunta “¿Qué se protege?” es interpretar el contenido del patrimonio para el Derecho Penal; sin embargo, quizá la solución, si bien ligada a esta, vaya por otro lado.

Y es que en realidad lo que el Derecho Penal busca proteger no es más que la libertad de los individuos. Piénsese en un ejemplo que siempre solemos usar para hablar del tema y que tiene como sustento dos situaciones:

i) En la primer situación Charly se queda dormido en el sofá de sus amigos luego de una noche de borrachera. Tal es el grado de alcohol que ingirió que no se entera de lo que pasa a su alrededor. Sus amigos, aprovechando esta situación y, evidentemente, sin el consentimiento de Charly, le realizan un tatuaje permanente en la totalidad del rostro.

ii) La segunda situación tiene un mismo resultado, pero distinto contexto. Charly, sin haber bebido alcohol, decide pedirles a sus amigos, quienes son expertos tatuadores, que le realicen un tatuaje muy grande en el rostro, a lo cual ellos acceden y cumplen la solicitud de Charly.



Pues bien, en ambas situaciones, como se señaló, el resultado es el mismo: un tatuaje en el rostro; sin embargo, solo en el primer caso sería posible denunciar a los amigos por el delito de lesiones –asumiendo que el tatuaje en todo el rostro configura una desfiguración grave y permanente, lo que parece ser así–. Pero ¿por qué en el segundo caso no se puede denunciar? La respuesta parecerá bastante obvia en la mente de todos: existía consentimiento.

Y es precisamente en ese consentimiento en el que radica el centro de la protección penal y, a su vez, el elemento determinante de los bienes jurídicos, ya que el Derecho Penal no protege intereses en sentido general como usualmente hemos estudiado en nuestra formación jurídica, sino que protege libertades. Bajo esa premisa no será difícil entender que en los casos propuestos el Derecho Penal está legitimado para intervenir solo cuando se ha vulnerado la libertad para decidir el hacerse el tatuaje o no, que a la postre es la libertad para determinarse respecto a su integridad física; en un caso se atentó contra dicha libertad, entendida como capacidad de decisión, y en otro no, y es allí donde radica el sentido de los bienes jurídicos⁶.

Trasladando este mismo razonamiento al bien jurídico que verdaderamente protege todos los denominados “delitos contra el patrimonio”, no se resguardará precisamente el patrimonio, sino la libertad patrimonial, es decir, la capacidad que tiene el individuo para decidir cómo ejercer sus derechos reales sobre sus bienes o, en otras palabras, para decidir cómo ejercer las facultades inherentes a la propiedad –uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien, ello según el artículo 923 del Código Civil peruano– (Cerna Ravines, 2024, p. 22).

Entonces, conforme a lo precisado, si el hurto sanciona el apoderamiento de un bien ajeno, es fácil identificar que protege la capacidad de usar, disfrutar y gozar el bien, libertad que puede tener tanto el propietario como el poseedor legítimo; pero, volviendo a hacer énfasis, siempre tomando en cuenta la capacidad que se tiene para decidir qué hacer con dicho bien.

III. El wifi como objeto protegido por el Delito de Hurto

Precisado todo lo anterior podemos señalar qué bienes tienen la capacidad de ser considerados como objeto protegido por el delito de hurto. Pues bien, un primer acercamiento sencillo y simplista sería recurrir al propio tipo penal, que habla de “bien mueble, total o parcialmente ajeno”; es decir, será objeto

⁶En ese mismo sentido, Meini (2014, p. 26).



120

protegido todo bien mueble con dichas características de ajenidad.

Sin embargo, sin pretensiones de complicar las cosas, hemos de decir que la solución no es tan sencilla, pero que se vuelve una labor más fácil si tenemos en cuenta el bien jurídico precisado anteriormente, esto es, la libertad patrimonial. Ahora mismo explicamos qué queremos decir.

Tomando como base el ejemplo anterior referido al tatuaje, nos quedó bastante claro que el bien jurídico protegido es la capacidad de decidir qué sucede con nuestra integridad física, y también que el objeto protegido es el cuerpo o, siendo más concretos, el rostro de Charly. Bajo esa óptica, el objeto de protección será aquella cuestión con capacidad de ser materializada y que puede ser abarcada por el bien jurídico. No es posible vulnerar el bien jurídico sin antes atentar contra el objeto materializable.

Lo mismo sucede con el caso del delito de hurto. El bien jurídico será la libertad patrimonial y el objeto protegido cualquier bien mueble con capacidad de ser materializado, pero es justamente aquí donde podemos perder el foco y es la razón por la que dijimos que la solución no es tan sencilla respecto a determinar el objeto protegido.

Y es que pensemos en que no nos genera dificultades entender en que una bicicleta, un celular, una mesa, una computadora, etc. –todos ellos bienes muebles corpóreos– pueden ser objeto protegido por el hurto, ya que al atentar contra ellos puedo lesionar la capacidad de decisión de qué hacer con estos mismos, pero cuando nos referimos a bienes muebles no corpóreos la situación se complica.

¿Acaso un bien que no puedo tocar puede ser objeto del delito de hurto? La respuesta es sí y precisamente por dicho motivo dijimos que el objeto protegido debe ser “materializable”, no solamente “material”. Un claro ejemplo de un bien que no es físico, pero sí materializable es el dinero que tenemos en nuestras cuentas bancarias, que solo figura en un sistema, pero que es pasible de sustracción y cuantificación –aunque en este caso podemos referirnos ya a delitos informáticos, pero sirva el ejemplo para la demostración–.

Bajo lo dicho, entonces, la señal de Wifi sí puede ser objeto protegido por el delito de hurto, ya que, además de ser materializable –es fácil cuantificar el monto monetario mensual que destino para dicha señal–, también puede ser abarcada



por el bien jurídico “libertad patrimonial”; esto es, quien es titular del Wifi puede decidir cómo usar, disfrutar y disponer de dicha señal y, precisamente, muestra de ello es la contraseña que se le asigna, es el titular quien decide con quien la comparte –libertad patrimonial–.

Con lo precisado hasta el momento nos queda claro que, dogmáticamente, la señal de Wifi sí puede ser considerada como objeto protegido por el delito de hurto; pero, además, existe una razón legal que suma argumentos a ello, solo basta fijarnos en que el tipo penal de hurto señala que “Se equiparan a bien mueble (...) el espectro electromagnético”, y el Ministerio de Educación del Perú (s/f.) ha precisado que “la transmisión de información vía wifi se da mediante ondas de radio, que son un tipo de ondas electromagnéticas” (el resaltado es nuestro); estas, por ende, formarían parte del espectro electromagnético que está recogido como bien mueble, ya que, como precisa la Scientific Committees de la Comisión Europea (s/f.), el espectro electromagnético también incluye a las ondas radioeléctricas.

Dicho todo lo anterior, no cabe duda, entonces, que preliminarmente sí es posible sancionar una conducta típica de hurto que recaiga sobre la señal de Wifi; la pregunta que debemos hacernos ahora es: ¿Es plausible sancionar todo tipo de conductas de esta naturaleza?

IV. La sanción del Delito de Hurto de señal de wifi

En principio, Ana María Chuecas, quien era fiscal de prevención del delito de Lima en el momento de la entrevista que se le realizó, expresó que no es posible sancionar por el hurto de Wifi –en la entrevista se menciona el “robo” de Wifi, pero creemos que lo que se quiso decir fue “hurto”–, debido a que la legislación nacional no contemplaría dicha figura de manera específica (García Bendezú, 2013).

Sin embargo, como vimos en los puntos anteriores, el propio tipo penal del delito de hurto sí lo hace, no precisamente como señal de Wifi, pero sí como “espectro electromagnético”, por lo que no es correcto afirmar que nuestra legislación no cuenta con una figura específica para perseguir este tipo de acciones. Ahora bien, si bien es posible considerar el hurto del Wifi como conducta típica del artículo 185 del Código Penal, es importante analizar si este tipo de acciones necesitan una sanción penal. Así, cuando hablamos de necesidad de pena debemos analizar sin duda la punibilidad.

Tengamos en cuenta que la punibilidad no es un concepto puramente jurídico o dogmático, sino que responde a situaciones en las que el legislador considera que imponer



una pena puede perjudicar a la sociedad en lugar de ayudar. Por ejemplo, el artículo 208 del Código Penal peruano, en su numeral 1, señala que no se impondrá una sanción penal en el caso en que los hurtos, apropiaciones o defraudaciones ocurran entre cónyuges, concubinos, ascendientes o descendientes afines en línea recta; ello porque se considera que este tipo de actividades pueden ser resueltas en el seno familiar y, además, que sancionar penalmente a un miembro de la familia por un delito patrimonial afectaría mucho a esta institución.

También existen supuestos en los que el legislador considera que la poca lesividad de la conducta no requiere una sanción penal y, con ciertos actos y requisitos, se puede obviar de punición, tal es el caso del principio de oportunidad recogido por nuestro Código Procesal Penal.

Ese mismo razonamiento puede ser extrapolado al caso que estamos analizando, donde probablemente la poca lesividad que esta conducta genera –ya que por más que una persona use la señal de Wifi de otro, el costo, en caso sea internet ilimitado, no aumenta ni genera un perjuicio efectivo– no haría que se necesite imponer una sanción penal.

Cuando hablamos de la poca lesividad que puede generar la conducta necesariamente debemos remitirnos al denominado “principio de insignificancia”, que expresa que existen actos que generan muy poco daño que deberían quedar fuera de lo punible (Perafán Cardona y Santamaría Chilamak, 2022, p. 24), no por una cuestión estrictamente jurídica, como ya se dijo, sino por una consideración político-criminal.

En ese sentido, si bien el hurto de Wifi sí sería típico –cuestión que no cabe duda según lo que ya hemos explicado–, la insignificancia del daño que generaría en la mayoría de los casos haría que esta conducta no merezca una sanción penal, es decir, no sea punible.

Lo mencionado también se refuerza en una cuestión bastante práctica, esto es, que a pesar de que es evidente que el sujeto que hurta Wifi obtiene un provecho –no pagar por la señal–, este no es palpable por el sujeto pasivo en el caso de que su señal sea ilimitada, tornándose muy complicado establecer el valor mínimo del bien que se exige para el hurto –10 % de la Unidad Impositiva Tributaria–.

Ahora bien, distinto es el caso en el que la señal de Wifi por la que paga el sujeto pasivo sea una señal limitada; es decir, tenga una cantidad específica de gigas que puede usar en el mes y, luego de superada esta, ya no puede acceder a la



123

señal. En este caso, si otro individuo hurta la señal, sí genera un perjuicio palpable y que, como veremos, es capaz de ser cuantificado. En ese supuesto sí amerita una sanción.

En estos casos se pueden precisar dos supuestos:

- En el primer caso, Zulema paga S/. 100.00 soles por una señal de Wifi con un límite de 20 gigas mensuales; Rosa, vecina de ella, descubriendo la contraseña hurta el Wifi. Zulema se da cuenta de ello, denuncia a Rosa y en el curso de la investigación se verifica que Rosa utilizó 10 gigas cada mes del plan pagado por Zulema.
- En el segundo supuesto sucede lo mismo, pero no se puede identificar cuántas gigas consumió Rosa, solamente se ha determinado que, efectivamente, esta última hurto la señal de Wifi.

Pues bien, en el primer caso podemos evidenciar que el perjuicio económico que ha sufrido Zulema es de S/ 50.00 soles mensuales, por lo que, si el delito se ha cometido por diez meses o más se configura el delito de hurto simple, ya que supera los S/ 495.00 soles requeridos para el valor del bien hurtado; sin embargo, si se ha realizado por menos tiempo, se configura un hurto falta, contemplado en el artículo 444 del Código Penal peruano.

Distinta es la solución que planteamos para el segundo supuesto, en el que no se puede determinar la cantidad de gigas hurtadas por Rosa. En este caso creemos que debe considerarse el monto total mensual como perjuicio, es decir, S/ 100.00 soles. Y es que, por ejemplo, si yo compro un reloj por S/ 600.00 soles y lo uso por varios meses y luego este es hurtado, el valor del bien que yo demuestro sigue siendo por el mismo monto de la compra, no considerándose la depreciación del bien, ya que haría muy difícil, tortuosa e injusta dicha situación. Entonces, bastaría con que Zulema presente los comprobantes de pago mensuales y que estos sumen en total más de el 10 % de la UIT, que en términos temporales serían solamente cinco meses.

Las soluciones planteadas nos parecen las más adecuadas en términos prácticos y no perjudican en ningún sentido al sentido de la norma ni a las cuestiones dogmáticas ya señaladas al inicio de este trabajo.

Finalmente, a fin de evitar confusiones, queremos indicar que esta conducta no puede ser típica de la falta contemplada en el artículo 444-A del Código Penal, que a la letra dice lo siguiente:



Artículo 444-A. Protección de señales satelitales encriptadas

El que reciba una señal de satélite portadora de un programa originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de la señal, será reprimido con cuarenta a ochenta jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de diez a sesenta días-multa.

No es típica de esta conducta debido a que no cumple con la tipicidad del artículo antes precisado, ya que este está pensando en proteger a aquellos servicios conocidos como “televisión por cable”, que tienen su origen en señales satelitales y que, en su momento, fueron objeto de decodificación para ser ofrecidos por menor precio, vulnerando los derechos de uso y distribución que tenían las empresas que ofrecían estas prestaciones, pero no está ideado para proteger la señal de Wifi. Siendo así, no cabe duda, entonces, que el único tipo penal aplicable es el de hurto (Cerna Ravines, 2024, p. 40).

V. Conclusiones

Como dijimos en la introducción de este trabajo, no se ha pretendido realizar un análisis exhaustivo de todos los elementos que giran en torno al delito de hurto, sino hacer hincapié en un tema muy poco estudiado, pero que nos brinda ideas interesantes y que, sin duda, puede ser aplicado en la práctica.

Así, no cabe incertidumbre acerca de si el hurto de Wifi es precisamente eso, un hurto típico, ya que tanto a nivel dogmático como legal es correcto considerarlo así, sobre todo si tenemos en cuenta que el bien jurídico resguardado por este delito, esto es, la libertad patrimonial, permite que los objetos protegidos sean no solo bienes muebles materiales, sino materializables, ya sean corpóreos o incorpóreos.

Sin embargo, no es menos cierto que a nivel político-criminal, para ser más precisos, en la punibilidad, no todo hurto de Wifi requerirá una sanción penal, por lo que deberá evaluarse si esta acción delictiva puede importar un perjuicio al sujeto pasivo, el cual permitirá cuantificar el valor del bien hurtado, que es una condición de punibilidad en los delitos de hurto.

De todos modos, esta es una puerta abierta para entrar en la discusión de la parte especial de nuestro Código Penal y darnos cuenta de que, a pesar de que este tipo de delitos han sido estudiados hasta la saciedad, la actualidad nos presenta retos que debemos debatir.



VI. Lista de Referencias

Cerna Ravines, C. A. (2024). Delitos contra el patrimonio. Aspectos sustantivos y probatorios para la resolución de casos problemáticos en el ámbito judicial. Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA BENDEZÚ, Luis (23 de marzo de 2013). “No existen herramientas legales para penalizar el robo ni la reventa de Wi fi”. En: El Comercio. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/sociedad/lima/no-existen-herramientas-legales-penalizar-robo-ni-reventa-wi-fi_1-noticia-1555288/?ref=ecr>.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023). Estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia. Una visión desde los registros administrativos. Julio-setiembre 2023. Recuperado de: <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5615302/4979359-estadisticas-de-criminalidad-seguridad-ciudadana-y-violencia-julio-setiembre-2023.pdf>>.

Montero Cruz, E. (2019). Bien jurídico protegido. En: López Gastiaburú, N. V. (dir.). El delito de hurto: algunas ideas dogmáticas. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad César Vallejo.

Ministerio de Educación (s/f.). Comprendemos la transmisión de señales mediante ondas electromagnéticas. Recuperado de: <<https://resources.aprendoencasa.pe/red/modality/ebr/level/secundaria/grade/5/speciality/cta/sub-speciality/0/resources/s21-sec-recurso1cyt5to1.pdf>>.

Meini, I. (2014). Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Navarro Massip, J. (2011). La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima. Revista Aranzadi Doctrinal, (8), pp. 49-62.

Pastor Muñoz, N. (2016). La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. InDret: Revista para el análisis del Derecho, (4), pp. 1-25.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2017). Estudios de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio. Lima: Ideas Solución Editorial.

Perafán Cardona, P. y Santamaría Chilamak, G. V. (2022). Problemas del principio de insignificancia en el ejercicio



jurisdiccional de los juzgados penales municipales del sur del Valle de Aburrá. Tesis de maestría. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Recuperado de: <<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/10664/Problem%C3%A1ticas%20del%20principio%20de%20insignificancia%20en%20el%20ejercicio%20jurisdiccional.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=En%20derecho%20penal%2C%20el%20concepto,del%20contorno%20de%20lo%20punible>>.

Scientific Committees de la Comisión Europea (s/f.). Espectro electromagnético. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/opinions_layman/es/lamparas-bajo-consumo/glosario/def/espectro-electromagnetico.htm>.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2023). Análisis de los delitos contra el patrimonio como precedente del lavado de activos. Recuperado de: <<https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/estudios-estrategicos/analisis%20de%20riesgos/Informe%20N%2000025-2023-DAE-UIF-SBS.pdf>>.

quaestio iuris

El derecho a la prueba de las
personas jurídicas en el Código
Procesal Penal peruano

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n12.7>



El derecho a la prueba de las personas jurídicas en el Código Procesal Penal peruano

Law of evidence about legal entities in the peruvian code of criminal procedure

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander (*)

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I.- Introducción. II.- Incorporación como sujeto procesal III.-La prueba. IV.-Conclusiones V.-Lista de referencias

Resumen

El presente artículo, tiene como propósito dar luces acerca de derecho a la prueba del cual goza las personas jurídicas en el proceso penal peruano, pues tal como indica el artículo 93 del CPP esta goza de todos los derechos y garantías que se conceden al imputado, siendo que a partir de esta disposición normativa debemos entender que la persona jurídica goza de un debido proceso, y dentro de este al derecho a la defensa, a la doble instancia, al plazo razonable, a la presunción de inocencia, a la debida motivación, y, también al derecho a la prueba, tal como establece el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 010-2002-AI/TC.

Palabras Clave

Persona Jurídica, derecho a la prueba, debido proceso.

Abstract

This article has the purpose of illuminate about Law of evidence that legal entities have in the Peruvian criminal procedure. I mean that, as indicates the article 93 of the Peruvian code of criminal procedure, legal entities have and, especially, enjoys all the rights and guarantees granted to the accused person. In this respect, and according that article, we should understand that legal entities also have a due process due process including the right to defense, to a second hearing, to a reasonable time, to the presumption of innocence, to due motivation, and also



the law to evidence, as set forth in the judgment Number 010-2002-AI/TC of “Peruvian Constitutional Tribunal”.

Key words

Legal entity, Law of evidence, due process.

I.- Introducción

Es innegable el rol que cumplen las empresas dentro de la economía de una sociedad, pues en esta existe una interacción de capital y trabajo, lo que permite que, se convierte en un vehículo esencial de inversión, fuente de riqueza, trabajo y desarrollo. Por ello, Percy García ha manifestado que en la actual organización de la sociedad resulta un dato preponderante el de las personas jurídicas en el tráfico jurídico-patrimonial, lo que ha llevado no solo a que la normativa jurídico-privada tenga en cuenta desde hace tiempo este fenómeno, sino que el propio derecho penal se plantee en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación penal¹.

Siendo ello, resulta evidente que en el interior de su organización se pueden presentar comportamientos delictivos, hecho que ha conllevado que el legislador peruano, siguiendo tendencias modernas, incorpore en un primer momento las consecuencias accesorias al Código Penal como medidas a ser impuestas a las personas jurídicas, asimismo, en el ámbito procesal hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal de 2004 no existía casi ninguna norma de carácter procesal que regulara la aplicación de las consecuencias accesorias, por ello es que recién con el nuevo ordenamiento procesal es que tal disposición sustantiva se va a complementar con la serie de reglas procesales contenidas en los artículos 90 al 93 del código adjetivo (Neyra Flores, 2015, p.382).

En tal sentido, es importante resaltar que el Código Procesal de 2004, a considerado en el libro primero, sección IV, título III a la persona jurídica como un sujeto procesal, precisando en el artículo 90 que “las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal”.

II.- Incorporación como sujeto procesal

Como indicamos en el acápite precedente el código adjetivo ha dispuesto en el artículo 90 que las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal (Consecuencias

¹Visto en erso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_81.pdf.



Accesoras), deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso a instancia del Fiscal, siendo ello, San Martín Castro (2020) ha señalado que,

El fiscal como consecuencia del principio acusatorio es quien debe formular un requerimiento motivado. La incorporación para ser parte en la causa puede tener lugar después de la expedición de la formalización de la investigación preparatoria y hasta antes de dar por concluida la investigación preparatoria. Formalmente, el requerimiento fiscal debe estar debidamente fundamentado: identificación y domicilio de la persona jurídica, relación de los hechos, fundamentación legal. La fundamentación del petitum y de la causa petendi debe formularse en debida forma. (p. 314)

Esto, en relación con la oportunidad y trámite para la incorporación de la persona jurídica como sujeto procesal establecido en el artículo 91 de Código Procesal Penal, posterior a la incorporación de la persona jurídica al proceso penal, se requerirá a su órgano social la designación de un apoderado judicial, cabe indicar que dicho apoderado judicial no podrá ser la persona natural que se encuentre imputada por los mismo hechos, en caso de que previo requerimiento en el plazo de cinco (05) días no se haya designado por el órgano social al apoderado judicial, lo hará el juez de la investigación preparatoria, tal como se establece en el artículo 92 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, el artículo 93 del código adjetivo a establecido los derechos y garantías que le asisten a la persona jurídica estableciendo lo siguiente “la persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías concede al imputado”, partiendo de esta disposición normativa debemos entender que la persona jurídica goza de un debido proceso, y dentro de este al derecho a la defensa, a la doble instancia, al plazo razonable, a la presunción de inocencia, a la debida motivación, y, también al derecho a la prueba.

A efectos del presente estudio nos avocaremos a estudiar el derecho a la prueba como un derecho contenido dentro del debido proceso y como un derecho continente de derechos y garantías que van a limitar la libertad probatoria de los sujetos procesales inmersos en el proceso penal.



III. La prueba

3.1 Etimología y aspectos generales

La palabra prueba, etimológicamente proviene del adverbio probe que significa bueno, honesto, considerándose que obra con honradez quien prueba lo que pretende (Hernández, 2012, p. 8). Otra acepción es la del término “probandum, que significa recomendar, aprobar, dar fe; de allí que se afirme que probatio est demonstrationis veritas, es decir, la prueba es la demostración de la verdad”. (Cabanellas, 2001, p. 497)

Por otro lado, el profesor chileno Alex Carocca (2005), señala que,

En efecto, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo, lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera —la hipótesis— y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última. (p. 231)

Siendo ello, debemos señalar que la noción de prueba está presente, no solo en el ámbito jurídico, sino por el contrario, en todas las manifestaciones de la vida humana, así, el maestro Carnelutti (como se cito en Echandia, 1970) señalaba que “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”, de igual manera, Echandia (1970), refiere que,

Furno la califica de “complejo fenómeno jurídico”, que trasciende el terreno procesal; y Fenech habla de la compatibilidad de la prueba procesal “con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida”. (p. 11)

En conclusión, podemos afirmar que el concepto de prueba no es exclusivo del campo procesal, sino que trasciende en las distintas ciencias, e incluso en la vida cotidiana.



3.2. El derecho a probar o derecho a la prueba

Francesco Carnelutti (1955) expresaba retóricamente que “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba” (p. 18)

Siendo ello, el derecho a probar o derecho a la prueba ha sido definido como:

Aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto concreto de prueba (sea que se trate de un objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario). (Bustamante, 2001, p. 130)

Asimismo, Pablo Sánchez (2004) sintetiza el concepto de prueba como:

Todo aquello que puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. Además, debe destacarse dos aspectos importantes dentro de su concepto: la prueba como medio y la prueba como resultado, la primera a cargo de las partes y del Juez; la segunda, que constituye el fruto de la valoración psicológica que sobre la prueba debe realizar el órgano jurisdiccional para alcanzar la convicción necesaria sobre la veracidad o falsedad de un hecho. (p. 643)

En conclusión, podemos afirmar que el derecho a probar es toda aquella actividad desarrollada, dentro del marco de la ley y respetando las garantías y principios que la constitución consagra, cuya finalidad es crear convicción en el juzgador de los hechos que fundamentan sus posturas, ya sea por un lado la imputación, y por el otro el descargo de tal imputación o en su caso demostrar la falsedad de los hechos que fundamentan la teoría del caso de las partes inmersas en el proceso, ello incluye a las personas jurídicas incorporadas.

Así pues, que las partes tengan el derecho a probar significa que tienen la potestad de presentar todos los medios de pruebas que crean conveniente a fin de apoyar su versión en el litigio ya sean estas de cargo o descargo.



3.3. Derecho a probar como elemento esencial del debido proceso

3.3.1. El debido proceso

El debido proceso ha sido plasmado en nuestra constitución en el artículo 139 inciso tercero, como uno de los principios y garantías de la función jurisdiccional, teniendo dicha garantía la calidad de derecho fundamental, lo que implica atribuirle una característica subjetiva y otra objetiva, siendo que, el primero implica que pertenece a todo sujeto de derecho y que su uso depende exclusivamente de la voluntad de éste, y, en cuanto al carácter objetivo se establece que el valor de éste derecho es jerárquicamente superior a otros derechos reconocidos en el ordenamiento, asimismo, se reconoce la obligatoriedad de su protección por parte del Estado, quien además de reconocerlo debe crear mecanismos adecuados para su respeto y protección a fin de lograr los fines perseguidos.

Conforme apunta Florencio Mixán Más, el debido proceso, como categoría jurídica, representa una interesante evolución histórica y, como tal, es un concepto jurídico compuesto y complejo porque refleja lo histórico, lo político-filosófico, lo jurídico y lo axiológico.

Desde el punto de vista de la variable histórica es necesario destacar, que constituye uno de los hechos notorios de la humanidad, una “negación de la negación” de la crisis del sistema feudal y de la monarquía de esa época, la ideología liberal, racionalista, humanista emergente de aquel entonces, que determinó la consiguiente mutación de la concepción jurídica y política en el siglo XIII, cuyo magno exponente es la conquista del “Debido Proceso Legal”, en 1215, que es una garantía jurídico - procesal trascendente. (Mixán, 2005, p. 302)

Debemos señalar que el debido proceso tiene como característica esencial el ser un derecho complejo debido a que engloba una serie de derechos, como el derecho a la defensa, al juez natural, al plazo razonable, a la doble instancia, entre otros. “Destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso, así como la decisión que en él se emita sea objetiva y justa”. (Bustamante, 2001, p. 83)

3.3.2. El derecho a la prueba dentro del debido proceso o proceso justo

Jeremías Bentham (1825) manifestaba que “el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas” (p. 4), siendo ello, debemos señalar la pruebas son un elemento esencial dentro del debido proceso.



Es preciso mencionar que existe discusión en la doctrina acerca de si el derecho a probar debe ser visto como un derecho fundamental autónomo² o como un derecho integrante del debido proceso³, a este respecto debemos dejar sentado que acogemos la segunda postura, toda vez que, “las partes tienen un derecho fundamental a la prueba, y que el derecho a presentar pruebas constituye un aspecto esencial del derecho de defensa, del Debido Proceso”. (Bustamante, 2001, p. 83)

De igual forma Nuestro Tribunal Constitucional, ha desarrollado jurisprudencialmente el reconocimiento de que el derecho a probar se encuentra contenido dentro del debido proceso, así,

Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen [STC 5068-2006-PHC/TC]. Finalmente, se ha puesto de relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos [STC 1014-2007-PHC/TC]. (Talavera, 2009, p. 21)

Habiendo señalado que el debido proceso es un derecho fundamental de carácter complejo debido a que engloba una serie de derechos, entre ellos el derecho a la prueba, podemos afirmar que este último es un elemento esencial del debido proceso. “De tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso justo” (Bustamante, 2001, p. 83).

En el ordenamiento peruano, no contamos con norma alguna que reconozca explícitamente la naturaleza fundamental

²Carolina Sanchís Crespo defiende esta posición, para quien “el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de la Tutela Judicial Efectiva”. (1999)

³Morello, citado por Bustamante Alarcón, señala que “(...) el derecho a probar es uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo”.



del derecho a la prueba, sin embargo, tal reconocimiento se produce de manera implícita, ya que, tal como señalamos, este es un elemento esencia del derecho fundamental al debido proceso o proceso justo,

por lo cual su positivación no es requisito para su existencia, sino un dato de su eficacia y un instrumento para su vigencia real o efectiva. Además, por tratarse de un elemento constitutivo de este derecho fundamental, el derecho a probar goza de todos los atributos y características de los derechos fundamentales, en especial aquellos que corresponden al derecho a un proceso justo. Tales atributos y características le son propias — además — por los mismos fundamentos que sustentan la naturaleza de derecho fundamental de este último derecho: la dignidad del ser humano, el valor justicia y la necesidad de coadyuvar al aseguramiento de la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana. (Bustamante, 2001, pp. 87-88).

Es preciso recordar que, los derechos fundamentales son derechos inherentes a la dignidad de la persona, por lo cual son inviolables e inalienables, desde el punto de vista estructural y normativo, tienen la calidad de principio jurídico de suprema jerarquía, Mixán Máss (2005) apunta que,

La teleología de los Derechos Fundamentales consiste en tutelar la indemnidad de la dignidad y la personalidad de los integrantes del género humano. “Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados. (p. 100)

3.4. Contenido esencial del derecho a probar

Bustamante Alarcón (2001), afirma que el derecho a la prueba es un derecho complejo, debido a que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos:

3.4.1. El derecho a ofrecer medios de prueba

Conforme a este derecho las partes tienen la libertad de ofrecer o proponer los medios probatorios que consideren necesarios para acreditar los hechos objeto de prueba, a fin de generar convicción en el juzgador.

El tribunal constitucional en el fundamento 13 de la sentencia 6712-2005-HC/TC, afirma que, “(...) una de las garantías que



asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador que sus argumentos son los correctos” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005)

De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. “El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor” (Talavera, 2009, p. 24).

3.4.2. El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos

Es el derecho que “tiene su titular a que se admitan los medios probatorios ofrecidos con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba” (Bustamante, 2001, p. 142).

El tribunal Constitucional ha establecido que,

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005).

3.4.3. El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba

Debido a la duración de los procesos en nuestro país, se puede dar circunstancias que afecten el desarrollo de la prueba (verbigracia: enfermedad grave o viaje de un testigo o perito) por lo cual el titular

ante circunstancias justificantes, tiene el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada, y también adecuada, de algún medio probatorio, ya sea antes que se inicie el proceso o procedimiento en el que se intentara formular alguna pretensión o defensa, o antes de que llegue a la etapa probatoria en la que dicho medio de prueba hubiera sido actuado ordinariamente. Se llama Probatio ad perpetuam rei memoriam cuya finalidad es garantizar la



mayor virtualidad del derecho a la prueba. (Bustamante, 2001, p. 256)

Es necesario precisar que, el Código Procesal Penal ha previsto mecanismos idóneos a efectos de asegurar y conservar la prueba, como son la prueba anticipada (art. 242 CPP), la prueba preconstituida, así como incautación de objetos relacionados con el delito (art. 218 CPP), la incautación de documentos privados, registro de comunicaciones objeto de intervención, entre otros.

3.4.4. El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios de prueba

La valoración de las pruebas debe ser adecuada y motivada pues a través de ellos se puede enervar a la presunción de inocencia, siendo importante que sea el juez que dictamina la culpabilidad o inocencia del imputado quien entre en mayor contacto con las pruebas, conforme a los principios generales que rigen la actividad probatoria, como el de unidad, intermediación, contradicción, etc. Así, El Tribunal Constitucional ha señalado, que

uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 01014-2007-HC/TC, 2007)

3.5. Principios que limitan el derecho a probar

Como todo derecho, el derecho a la prueba no es absoluto ni ilimitado, sino, por el contrario, dicho derecho se encuentra limitado y sujeto a restricciones, así, dichos límites a la libertad probatoria son necesarios pues, “significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes, no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por



su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos” (Echandia, 1970, p. 133).

En nuestro país el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente,

Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son, que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0010-2002-AI/TC, 2002)

El tribunal Constitucional (Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005) ha conceptuado cada uno de los principios que regulan y limitan la actividad probatoria, así define a los siguientes principios:

3.5.1. Pertinencia

Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

“La pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de su valor de convicción resulte nugatorio” (Echandia, 1970, p. 133)

3.5.2. Conducencia o idoneidad

Pablo Talavera (2017), refiere que el “legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho” (p. 42).

3.5.3. Utilidad

Con respecto a la utilidad, esta

se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad



o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, más ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes. (Talavera, 2017, p. 43)

3.5.4. Licitud

Sobre este principio que limita el derecho a la prueba, diremos que no puede ser empleada aquella prueba que ha sido obtenida con vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales.

3.5.5. Reclusión o eventualidad

En todo proceso existe determinados momentos para el desarrollo de la actividad probatoria, así, por ejemplo, en el proceso penal el ofrecimiento de pruebas se presenta en la etapa intermedia.

3.6. Actos de aportación de hechos al proceso penal

Los actos de aportación de hechos tienen por exclusiva finalidad introducir los hechos al proceso. “Estos actos de aportación de hechos se subdividen en: a) los actos de investigación; y b) los actos de prueba” (Castillo, 2014, p. 43). Conforme se ha estructurado el nuevo proceso penal en el código adjetivo, este se divide en tres fases o etapa: i) la investigación preparatoria, la misma que se divide en dos sub fases como son las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada; ii) la etapa intermedia; y iii) el juzgamiento.

3.6.1. Actos de investigación

Conforme señala Castillo Gutierrez (2014) “Los actos de Investigación tienen como única finalidad preparar el juicio oral, llevando a cabo la comprobación y verificando la noticia criminal, procediendo a determinar el hecho punible y la identidad del autor” (p. 45).

En suma, podemos decir que:



los actos de investigación son todas aquellas actuaciones que realizan el fiscal y la policía (esta última con la dirección del primero). En las denominadas diligencias preliminares, que tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión (art. 330.2 NCPPP); y, en la investigación preparatoria, se practica todo un conjunto de diligencias o actuaciones funcionales técnico - científicas con la finalidad de acumular elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar la defensa. (Castillo, 2014, p. 44).

Como manifestamos precedentemente la incorporación de la persona jurídica como sujeto procesal se produce previa solicitud motivada por el fiscal después de la expedición de la formalización de la investigación preparatoria y hasta antes de dar por concluida la investigación preparatoria, siendo ello, la persona jurídica puede aportar o solicitar la realización de actos de investigación que puedan fundamentar la teoría de defensa que se asuma, en las dos primeras fases del proceso penal es decir en la investigación preparatoria y en la etapa intermedia.

3.6.2. Actos de prueba

Los actos de prueba son aquellos que se producen o presentan en el juicio oral o juzgamiento bajo los principios de oralidad, contradicción, intermediación, concentración, adquisición, publicidad, unidad; cuya única finalidad es generar convicción en el juzgador de la veracidad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos, asimismo, sobre los actos de prueba se fundamentara la sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria.

Siendo ello, la persona jurídica goza del derecho a ofrecer pruebas, que estas sean admitidas, actuadas y valoradas dentro del marco del debido proceso, respetando los límites que se han establecido a la libertad probatoria como la pertinencia, conducencia, utilidad y licitud de la prueba, más aún si la persona jurídica incorporada al proceso penal es pasible de ser sancionada con las medidas previstas en el artículo 104 y 105 del Código Penal, consecuencias accesorias que van desde la suspensión de actividades hasta la disolución y liquidación de la persona jurídica.



IV. Conclusiones

1. Desde la incorporación de la persona jurídica como sujeto procesal, esta al amparo del artículo 93 del código procesal penal, goza de los derechos y garantías que se le conceden al imputado, siendo ello, goza de un debido proceso, y dentro de este al derecho a la defensa, a la doble instancia, al plazo razonable, a la presunción de inocencia, a la debida motivación, y, también al derecho a la prueba.

2. Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso.

3. La persona jurídica goza del derecho a probar desde los actos de investigación, específicamente desde su incorporación al proceso penal, con posterioridad a la formalización de la investigación, pudiendo aportar o solicitar al ministerio público la realización de actos de investigación, asimismo, en el juzgamiento goza del derecho a que se actúen y valoren la prueba con respeto a los principios de inmediación, contradicción, unidad.

4. El derecho a la libertad probatoria de las personas jurídicas se encuentra limitado por el respeto a los principios de pertinencia, licitud, utilidad, conducencia.

V. Lista de referencia

Bentham, J. (1825). Tratado de las pruebas judiciales. (C.M.V, Trad.) Paris: Bossange Freres.

Bustamante Alarcón, R. (2001). El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: ARA Editores.

Cabanellas, G. (2001). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (15° ed.). Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L.

Cafferata Nores, J. (1998). La prueba en el proceso penal. (3. edición, Ed.) Buenos Aires: Depalma.

Carnelutti, F. (1955). La prueba civil. Buenos Aires: Edic. Arayú.

Carocca Pérez, Á. (2005). El nuevo sistema procesal penal. Santiago de Chile: LexisNexis.



Castillo Gutierrez, L. (2014). La prueba Prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.

Caso Luis Salas Guevara Schultz, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 05 de abril de 2007).

Caso Magaly Medina, Exp. N° 06712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

Caso Marcelino Tineo y otros, Exp. N° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de Enero de 2003).

Devis Echandia, H. (1970). Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

García Cavero, Percy visto en: erso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_81.pdf.

Iberico Castañeda, Luis Fernando. Manual Auto instructivo "Derecho Penal Económico". AMAG.

Mixán Más, F. (1992). Teoría de la Prueba. Trujillo: Ediciones BLG.

Mixán Más, F. (2005). Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba. Trujillo: Ediciones BLG.

Neyra Flores, José Antonio (2015). Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA. Tomo I.

San Martín Castro, C. (2020). Derecho Procesal Penal-lecciones. Lima: CENALES, Fondo editorial. Segunda edición.

Sánchez Velarde, P. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Moreno S.A.

Talavera Elguera, P. (2009). LA PRUEBA - En el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Academia de la Magistratura - AMAG.

Talavera Elguera, P. (2017). La prueba penal. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

Portada título del cuadro: Cabalgando por la justicia
Autor: M.CS. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz

