

# SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

Año 6 N. 12

E-ISSN 2709-1228





## ÍNDICE

### ABORDAJE, DESAFÍOS Y EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD DIGITAL EN PERÚ

*Guisella Ivonne Azcona Avalos, Angie Antonella Alama Barreto, Pamela Ariana Gonzales Sanchez, Abigail Ore Talancha, Anna Camila Medrano Martinez, Gustavo Rogelio Noroña Rodriguez y Luis Gerardo Alarcon Lopez*

5

### IMPLICACIONES LEGALES, ÉTICAS Y SOCIALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: UN ANÁLISIS INTERDISCIPLINARIO

*Nicole Angeline Marcos Laupa*

37

### LA TENSION ENTRE LOS JUECES Y LAS REDES SOCIALES EN CHILE. UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS

*Patricio Rondini Fernández-Dávila*

79

### EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y SU RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN EL PERÚ

*Keyla Noemi Regalado Araujo*

101

### JUSTICIA BÍBLICA Y FRATERNIDAD PRÁCTICAS ANTIGUAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PARA UNA JUSTICIA NUEVA

*Giampiero Gambaro*

123

### IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA PARA NIÑOS EXPUESTOS A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN BOLIVIA

*Diana Ardaya Ortiz*

151

### LESIONES Y MUERTES POR ANIMALES BAJO CUSTODIA: ARTÍCULO 270 BIS DEL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS

*Paola Jimena Noya Cabrera*

167

### EL MONO ARAÑA DE VIENTRE AMARILLO (ATELES BELZEBUTH): TRÁFICO, AMENAZAS Y PROTECCIÓN LEGAL EN EL PERÚ

*Walter Sánchez Sánchez*

187





# ABORDAJE, DESAFÍOS Y EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD DIGITAL EN PERÚ

*Guisella Ivonne Azcona Avalos\**  
Universidad Católica Sedes Sapientiae  
gazcona@ucss.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-5476-6699>

*Angie Antonella Alama Barreto\*\**  
Universidad Católica Sedes Sapientiae  
2022100226@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0007-7205-0727>

*Pamela Ariana Gonzales Sanchez\*\*\**  
Universidad Católica Sedes Sapientiae  
2022100094@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0001-4833-841X>

*Abigail Ore Talancha\*\*\*\**  
Universidad Católica Sedes Sapientiae  
2021201044@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0001-4435-3014>

*Anna Camila Medrano Martinez\*\*\*\*\**  
Universidad Católica Sedes Sapientiae  
2020200527@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0006-4299-7250>

---

\* Doctora en Educación. Docente de Metodología de la Investigación y de Investigación Jurídica 1 y 2 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

\*\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

\*\*\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

\*\*\*\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

*Gustavo Rogelio Noroña Rodríguez\*\*\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2022100480@ucss.pe

<https://orcid.org/0009-0001-3912-6474>

*Luis Gerardo Alarcon Lopez\*\*\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2022102029@ucss.pe

**Resumen:** Este estudio analiza el abordaje, la evolución y los retos de la legislación peruana sobre la suplantación de identidad digital, enfocándose en la urgente necesidad de actualización legislativa frente a los avances tecnológicos y las nuevas modalidades de ciberdelitos. A través de un enfoque cualitativo y análisis documental, se examina la legislación vigente, destacando la Ley 30096 y su modificación, así como la adhesión de Perú al Convenio de Budapest. Se identifican brechas legislativas, desafíos prácticos en la aplicación de la normativa y se compara con tendencias internacionales para proponer mejoras legislativas. El estudio subraya la importancia de la cooperación internacional y la innovación legal para proteger los derechos digitales y personales en un contexto globalizado y digitalmente avanzado.

**Palabras clave:** suplantación de identidad digital, legislación peruana, ciberdelitos, Ley 30096, Convenio de Budapest.

#### **APPROACH, CHALLENGES, AND EVOLUTION OF LEGISLATION ON DIGITAL IDENTITY IMPERSONATION IN PERU**

**Abstract:** This study analyzes the approach, evolution, and challenges of Peruvian legislation on digital identity impersonation, emphasizing the urgent need for legal updates in response to technological advances and emerging forms of cybercrime. Using a qualitative approach and documentary analysis, it examines current regulations, highlighting Law No. 30096 and its amendment, as well as Peru's accession to the Budapest Convention. Legislative gaps, practical challenges in the enforcements. The study underscores the importance of international cooperation and legal innovation to safeguard digital and personal rights in a globalized and technologically advance context.

---

\*\*\*\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

\*\*\*\*\* Estudiante del quinto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

**Keywords:** Digital Identity Theft, Peruvian Legislation, Cybercrime, Law 30096, Budapest Convention.

## 1. Introducción

El presente estudio aborda una problemática contemporánea y de creciente preocupación en el ámbito jurídico y tecnológico: la suplantación de identidad digital en Perú, un fenómeno que ha encontrado en el avance tecnológico un vehículo propicio para su proliferación. Este ciberdelito, caracterizado por la usurpación o suplantación de la identidad de una persona en el ámbito digital, compromete seriamente el prestigio, honor y, en numerosas ocasiones, el patrimonio económico de las víctimas. La gravedad y complejidad de este delito plantean interrogantes fundamentales sobre la preparación y capacidad del marco jurídico y legislativo actual para abordar y regular adecuadamente estas conductas delictivas, con el objetivo de salvaguardar el derecho a la identidad y al honor de los individuos.

La revisión de la literatura y estudios previos revela un panorama variado y multifacético en cuanto a la legislación y el abordaje de la suplantación de identidad digital a nivel internacional. Investigaciones como las de Solís (2018) y Hernández (2019) ofrecen un análisis comparativo de las respuestas legislativas ante los ciberdelitos en diferentes jurisdicciones, subrayando la importancia de una comprensión integral y actualizada de este fenómeno a escala global. De igual forma, el estudio de Mejía et al. (2023) destaca la relevancia del Convenio de Budapest como marco de referencia internacional para la armonización legislativa en materia de ciberdelincuencia, proporcionando un valioso contexto para la discusión y análisis de las políticas y estrategias de prevención y sanción de la suplantación de identidad digital.

En el contexto peruano, la legislación vigente presenta diversas limitaciones. Primeramente, se observa la subjetividad de la ley peruana respecto a la definición de suplantación de identidad dentro de su normativa, ya que esta no se encuentra redactada en la medida que evite vacíos e interpretaciones negativas, lo que lleva a un aumento de la acción delictiva. En segundo lugar, como otra limitación recurrente en la ley, está la falta de investigación jurídica del delito de la suplantación de identidad, investigación que vaya acorde a los nuevos alcances que la tecnología tiene en él, provocando así un estancamiento del derecho en este caso. La Ley 30096, promulgada en 2013, y su posterior modificación mediante la Ley 30171 en 2014, constituyen los principales instrumentos legislativos en la materia, aunque su alcance y profundidad resultan insuficientes ante la evolución y complejidad de los ciberdelitos, debido al avance y diversificación de la tecnología en esta época. Dicha tecnología se caracteriza por presentar numerosas actualizaciones

sin restricciones para la sociedad, permitiendo con ello la mala manipulación de los medios digitales; lo que significa la existencia de nuevos precedentes, y en respuesta a ello la falta de bases actualizadas para su resolución. La adhesión de Perú al Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia representa un paso adelante en el compromiso del país con la cooperación internacional y el fortalecimiento del marco jurídico contra la ciberdelincuencia. Sin embargo, persisten desafíos significativos en la implementación efectiva y la adaptación de las disposiciones del Convenio a la realidad nacional. Entre estos retos figura la aplicación del modelo al contexto social y legal del Perú, ya que, al introducirnos en un acuerdo internacional, se necesita conocer y estudiar el avance y trascendencia de ese delito en la sociedad peruana, debido a que en cada país es diferente. En esa línea, se tiene que buscar la manera de desarrollarla en la justicia peruana e idear la capacitación de los organismos públicos encargados de ello. Respecto a esto, se plantea el siguiente desafío: la concientización sobre los nuevos alcances de ese tipo de delito, enfocado en impartir el conocimiento de ello en las autoridades respectivas, y que se garantice su continuidad y evolución a lo largo de los años.

La falta de protección de datos personales, la insuficiente concienciación sobre los riesgos asociados a la suplantación de identidad y la escasez de recursos especializados en la investigación y persecución de este tipo de delitos son factores que agravan la situación. Estos factores, unidos a la limitada capacidad de respuesta del sistema jurídico y de seguridad, facilitan la impunidad de los ciberdelincuentes y perpetúan la vulnerabilidad de los ciudadanos ante estos ataques.

Frente a tal escenario, se plantea la necesidad de adoptar un enfoque multidimensional y coordinado, en el cual se trate la dimensión de análisis y seguimiento, la dimensión estratégica, y por último una dimensión empírica que involucre la practicidad del objetivo planteado. Dentro de ello, se maneja la actualización legislativa, la especialización y formación de los operadores de justicia, y la promoción de campañas de concientización dirigidas a la población. Solo mediante una estrategia integral que contemple la prevención, detección, persecución y sanción de la suplantación de identidad digital, será posible contrarrestar eficazmente este ciberdelito y proteger los derechos fundamentales de los individuos en el entorno digital.

Esta investigación se propone contribuir al debate y la reflexión sobre el abordaje y la evolución de la legislación sobre suplantación de identidad digital en Perú, con el fin de identificar vías de mejora y fortalecimiento del marco jurídico y las políticas públicas en este ámbito. A través del análisis de antecedentes nacionales e internacionales, así como de la normativa jurídica vigente, se busca aportar elementos de juicio y propuestas concretas

que permitan avanzar hacia una respuesta más efectiva y ajustada a las necesidades de la sociedad peruana frente a la creciente amenaza de la ciberdelincuencia.

### **1.1. Problema general**

¿Cómo se ha abordado y evolucionado la regulación jurídica de la suplantación de identidad a través de medios digitales en Perú y qué desafíos y oportunidades presenta esta legislación en el contexto de los avances tecnológicos y cambios sociales actuales?

### **1.2. Problemas específicos**

- ¿Cuáles son las características y limitaciones de la legislación peruana actual en el contexto de los ciberdelitos, con especial énfasis en la suplantación de identidad?
- ¿Cuáles son los desafíos prácticos y teóricos en la aplicación de la legislación existente sobre suplantación de identidad en medios digitales?
- ¿Cómo se comparan las tendencias internacionales con la situación en Perú para entender el posicionamiento del país en el contexto global?

### **1.3. Objetivo general**

Analizar el abordaje, la evolución y los desafíos de la normativa jurídica peruana en relación con la suplantación de identidad digital, determinando oportunidades para fortalecer la legislación y mejorar la protección de los derechos de los individuos en el entorno digital.

### **1.4. Objetivos específicos**

- Examinar las características y limitaciones de la legislación peruana actual en el contexto de los ciberdelitos, con especial énfasis en la suplantación de identidad digital.
- Analizar los desafíos prácticos y teóricos en la aplicación de la legislación existente sobre suplantación de identidad digital en medios digitales.
- Comparar las tendencias internacionales con la situación en Perú para entender el posicionamiento del país en el contexto global.

## **2. Metodología**

Este estudio adopta un enfoque cualitativo (Hernández-Sampieri & Mendoza, 2018), centrándose en el análisis documental para examinar y criticar la regulación

jurídica de la suplantación de identidad a través de medios digitales en Perú. El análisis se enfoca en una revisión exhaustiva de documentos legales y literatura académica relevante. Este método permite una comprensión profunda y crítica de las implicaciones legales y sociales del fenómeno, así como de las respuestas legislativas a los desafíos presentados por la suplantación de identidad en la era digital.

La recopilación de datos incluye la búsqueda y revisión de fuentes primarias y secundarias. Las fuentes primarias abordan legislación y decretos, mientras que las secundarias incluyen estudios académicos, análisis de políticas y artículos de expertos en el campo. Esta aproximación garantiza una visión integral y actualizada de la situación en Perú, permitiendo la identificación de tendencias, vacíos y potenciales áreas de mejora en la legislación existente.

La técnica de análisis documental se emplea para sintetizar y evaluar críticamente la información recabada, identificando patrones, temas y discrepancias en el corpus documental. Este enfoque permite no solo comprender la situación actual, sino también proponer recomendaciones informadas y basadas en evidencia para el fortalecimiento del marco legal peruano en lo que respecta a la suplantación de identidad digital.

### **3. Marco teórico normativo**

Para abordar de manera efectiva la suplantación de identidad digital, este marco teórico normativo inicia con una conceptualización detallada del fenómeno, incluyendo su evolución y los retos legales que presenta. Se examina el Convenio de Budapest y su influencia en Perú, contrastando con legislaciones de otros países para subrayar deficiencias y necesidades de reforma. Posteriormente, se analiza la legislación peruana sobre ciberdelincuencia, destacando la Ley 30096 y sus limitaciones. Se enfatiza la importancia de la cooperación internacional y la adaptación legislativa frente a avances tecnológicos, proponiendo actualizaciones para proteger contra la suplantación de identidad en el ámbito digital.

#### **3.1. Conceptualización de la suplantación de identidad**

##### *3.1.1. Definición y naturaleza de la suplantación de identidad en el entorno digital*

La suplantación de identidad digital es un delito informático enfocado en obtener información privada mediante engaños para conseguir algún beneficio a costa de dañar a una persona. Según Belisario (2014), el *phishing* es un ataque de ingeniería social que utilizan los delincuentes para la obtención de datos, para luego suplantar a la persona.

Por consiguiente, se está dando una amenaza creciente con la evolución tecnológica, enfatizando su objetivo de causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales (Leguizamón, 2015). Los ciberdelincuentes, aprovechando las herramientas de inteligencia artificial, buscan vulnerar la seguridad personal y financiera de los usuarios, lo que subraya la importancia de estar informados sobre las características, etapas y modalidades de este ciberdelito para prevenirlo eficazmente.

### *3.1.2. Evolución histórica de las técnicas para la suplantación de identidad en el contexto de los avances tecnológicos*

Las técnicas para la suplantación de identidad digital han evolucionado a través de varios periodos clave. En la década de 1990, los ciberdelincuentes comenzaron a utilizar correos electrónicos fraudulentos para obtener información personal. A mediados de la década de 2000, surgieron técnicas más avanzadas, como la creación de sitios web falsificados y el uso de malware para capturar datos. Desde 2010, la inteligencia artificial ha permitido a los delincuentes desarrollar ataques más sofisticados y personalizados, elevando el perfeccionamiento y eficacia de las técnicas de suplantación de identidad (García, 2017).

Otro factor relevante es la automatización, definida como la aplicación tecnológica que asigna a las máquinas tareas anteriormente realizadas por humanos, reduciendo así la carga de trabajo. Este avance ha llevado a una ciberdependencia significativa en la sociedad moderna, que considera indispensable la tecnología para una vida cotidiana satisfactoria (Martínez, 2020).

Por tanto, la introducción de nuevas tecnologías, como la Inteligencia Artificial (IA), representa un cambio significativo para la sociedad peruana y su marco legal. Actualmente, la legislación no ha sido modificada para incluir la IA entre los métodos de suplantación de identidad, abriendo así nuevos retos y posibilidades que aún no se han explorado completamente. Este avance tecnológico plantea incertidumbres sobre sus futuras implicaciones legales y el potencial uso malintencionado por parte de ciberdelincuentes que se adaptan rápidamente a las nuevas tendencias digitales.

## **3.2. Marco Jurídico Internacional**

### *3.2.1. Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia: implicaciones e incorporación por parte de Perú*

El Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia, promovido por el Consejo de Europa desde 2001, es un acuerdo internacional creado para abordar el aumento de

los delitos informáticos impulsados por la digitalización y globalización. Este tratado fomenta la cooperación global para combatir delitos como la interceptación de datos, el fraude y la suplantación de identidad, estableciendo leyes y técnicas de investigación para proteger los derechos fundamentales y facilitar una acción penal efectiva contra la ciberdelincuencia (Martins, 2020). Perú se adhirió a este convenio en marzo de 2019 mediante el Decreto Supremo 010-2019-RE, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de septiembre de ese año, complementando su legislación nacional sobre delitos informáticos, vigente desde 2013 con la Ley 30096 y su posterior modificatoria en 2014 con la Ley 30071, la cual tuvo una última reforma en sus artículos 5 y 9 con el Decreto Legislativo 1591 en diciembre de 2023.

### 3.2.1. *Comparación con legislaciones de otros países y su tratamiento de la suplantación de identidad*

En su análisis comparativo sobre legislaciones de delitos informáticos, Mejía et al. (2023) examinaron las normas de Perú, Chile, Colombia, España y Alemania. Destacaron que las leyes colombianas, particularmente las 1273 y 2009, presentan deficiencias en proteger los derechos fundamentales frente a los ciberdelitos. Este estudio subraya la importancia de adaptar y fortalecer las legislaciones nacionales en consonancia con estándares internacionales como el Convenio de Budapest para una protección efectiva contra la ciberdelincuencia.

Por su parte, Montaperto (2018), en su tesis titulada *Suplantación de identidad. Un análisis sobre su falta de regulación en el ordenamiento jurídico argentino*, examina la ley modificada 26.388 de delitos informáticos de Argentina, destacando su omisión de la suplantación de identidad como delito específico. Argumenta que esta omisión podría contravenir el principio de legalidad, esencial para el debido proceso, dado que la ley penal no admite interpretación por analogía. Además, realiza un análisis comparativo de la legislación sobre suplantación de identidad entre Argentina y otros países como Brasil, Paraguay, Colombia, Perú y España, evidenciando el desarrollo legislativo y las diferencias en la tipificación del delito en estas jurisdicciones.

## 3.3. **Legislación peruana sobre ciberdelincuencia**

### 3.3.1. *Análisis de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos: alcance y limitaciones*

La Ley 30096 (2013) de Delitos Informáticos en Perú regula la suplantación de identidad y otros ciberdelitos. En su artículo 9, se especifica la ilegalidad de suplantar identidades a través de medios tecnológicos, imponiendo penas de 3 a 5 años. Esta

legislación hasta el momento no ha tomado más énfasis en la evolución de la suplantación de identidad con el uso de la inteligencia artificial, por lo tanto, se ve una desprotección a la seguridad digital de los peruanos.

Asimismo, la Ley 30171 modificó la Ley 30096, introduciendo actualizaciones en los artículos 2, 3, 4, 7, 8 y 10, ampliando los supuestos y formas de comisión de delitos informáticos. Esta reforma incluyó la penalización de una gama más amplia de ciberdelitos como el acceso ilícito, interceptación ilegal, alteración, robo, difusión de datos falsificados, fraude, extorsión, daños informáticos y sabotaje, estableciendo penas de prisión que varían desde un año hasta más de dieciocho años, según la gravedad del delito cometido (Congreso de la República del Perú, 2014).

Por su parte, el Decreto Legislativo 1591 modifica la anterior ley en los artículos 5, el cual sanciona a los sujetos que realizan proposiciones con fines sexuales a los menores de edad a través de los medios tecnológicos, y el artículo 9, sobre suplantación de identidad, el cual agregó un segundo párrafo incluyendo una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor a 9 años contra quienes suplanten la identidad de los menores de 18 años que causen perjuicios de cualquier índole (Congreso de la República del Perú, 2023).

Por tanto, la Ley de Delitos Informáticos de Perú proporciona al marco jurídico herramientas esenciales para enfrentar los desafíos digitales, aumentando la seguridad y estableciendo penalidades específicas. Sin embargo, las modificaciones posteriores han generado incertidumbre sobre la protección de los derechos ciudadanos, debido a su generalidad y la necesidad de especificaciones más detalladas, especialmente en lo que respecta a la suplantación de identidad. Por ello, es necesaria una revisión del artículo 9 para mejorar la legislación y su aplicabilidad en casos de suplantación de identidad, que incluya protección a los ciudadanos contra quienes usen de manera maliciosa las tecnologías digitales para perjudicar a otros.

### **3.4. Desafíos y limitaciones de la legislación actual**

#### *3.4.1. Brechas en la legislación actual y su efectividad en la lucha contra la suplantación de identidad digital*

La legislación actual enfrenta desafíos significativos en la lucha contra la suplantación de identidad digital. Existe una necesidad urgente de fortalecer el marco legal para mejorar la detección, interpretación y tipificación de estos delitos, que han aumentado con el avance tecnológico. Las brechas en la normativa no solo dificultan la efectividad en el combate a la ciberdelincuencia sino que exigen la actualización y

adaptación de las leyes a las realidades digitales contemporáneas, garantizando así una protección efectiva de la identidad en el ámbito digital.

La legislación vigente sobre delitos informáticos, incluyendo la suplantación de identidad digital, enfrenta críticas por su insuficiencia y falta de precisión. Zorrilla (2018) argumenta que las leyes actuales no están adecuadamente equipadas para manejar todos los procedimientos relacionados con delitos informáticos, ya que no incluyen protección contra los avances tecnológicos que se están dando a gran escala en los medios digitales, tal como la IA, que ahora es usada por los delincuentes para poder suplantar la identidad y de esta forma cometer actos delictivos con el fin de obtener beneficios económicos. Esta deficiencia legislativa conlleva a un ámbito de acción legal imprecisa y posibles sobrepenalizaciones.

La carencia evidente en la legislación, especialmente en el artículo 9 de la Ley 30096, limita significativamente su eficacia en el manejo de casos de suplantación de identidad digital, dejando a la sociedad insatisfecha con su capacidad regulatoria. Esta situación se agrava por la ausencia de un organismo especializado que realice las investigaciones necesarias, aprovechando tanto referencias nacionales como internacionales para formular una respuesta efectiva contra este tipo de ciberdelito.

### **3.5. Impacto social y económico de la suplantación de identidad**

#### *3.5.1. Consecuencias sociales de la suplantación de identidad: afectación a individuos y entidades*

Las consecuencias sociales de la suplantación de identidad impactan tanto a individuos como a entidades, evidenciando una interdependencia significativa. Esta situación se agrava con el auge de la comunicación electrónica, que facilita la interacción global pero también expone a riesgos de privacidad y seguridad (Martínez, 2020). La suplantación, definida como la usurpación no autorizada de la identidad de otra persona a través de medios digitales, compromete seriamente los derechos fundamentales, subrayando la necesidad de un control más estricto en el uso de las tecnologías.

La proliferación de la comunicación electrónica sin el adecuado control ha situado a la suplantación de identidad como una consecuencia directa de esta expansión, afectando a individuos y entidades. Numerosos casos evidencian la vulneración de derechos fundamentales debido a la gestión inadecuada de tecnologías como redes sociales, páginas web y aplicaciones. Esta situación resalta la crítica necesidad de implementar medidas preventivas y promover un uso consciente de estos medios para comunicarnos globalmente.

### 3.5.1.3.5.2. *Impacto económico y retos para las empresas en la era digital*

La era digital presenta desafíos económicos significativos para las empresas, especialmente en contextos donde el acceso a internet es limitado, como se destaca en estudios del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC, 2017) en Ecuador. Esta situación resalta la brecha digital existente y cómo afecta a las empresas en su capacidad para alcanzar a toda la población. Además, la digitalización ha incrementado la vulnerabilidad de los grupos más susceptibles, especialmente los niños, a delitos en línea, incluida la pornografía infantil y la piratería, que atentan contra los derechos de autor y la privacidad.

Las empresas enfrentan retos adicionales en proteger la información confidencial y operaciones bancarias de ataques cibernéticos. La suplantación de identidad, facilitada por la amplia disponibilidad de herramientas digitales, representa un riesgo significativo tanto para individuos como para entidades corporativas, evidenciando la necesidad de robustecer las medidas de seguridad en línea.

En consecuencia, la evolución tecnológica exige una actualización constante de las estrategias de protección de datos personales y empresariales. La sociedad debe equiparse con herramientas adecuadas para salvaguardar su información en el ciberespacio, adaptándose a los cambios y desafíos que presenta la era digital y, de ese modo, proteger tanto a individuos como a empresas de las amenazas cibernéticas emergentes.

## **3.6. Tendencias y futuro de la legislación en el contexto digital**

### 3.6.1. *Avances tecnológicos y su impacto en la legislación futura*

Los avances tecnológicos, como la inteligencia artificial y la biotecnología, requieren de una legislación que se adapte a nuevos desafíos y oportunidades, transformando sectores como la salud y la seguridad. Según Hernández (2019), es fundamental desarrollar leyes flexibles, proactivas, y colaborar internacionalmente para asegurar que la tecnología beneficie a la humanidad. La participación de actores sociales variados en la creación de leyes es clave para enfrentar la incertidumbre tecnológica y garantizar la protección de los derechos individuales en un futuro digital.

La rápida evolución de la tecnología informática ha introducido nuevos desafíos legales debido a la aparición de los delitos informáticos, los cuales pueden ser cometidos mediante el uso de la tecnología o tener como objetivo la tecnología misma. Zorrilla (2018) destaca que estas circunstancias demandan una revisión constante del Derecho

para asegurar la protección de los derechos individuales y mantener la justicia en un contexto cada vez más dominado por la tecnología.

### 3.6.2. *Propuestas para la mejora de la legislación y adaptación a los nuevos desafíos digitales*

El estudio de Quispe y Quispe (2023) revela la insuficiencia de la Ley 30096 para afrontar la suplantación de identidad en transacciones comerciales digitales. Mediante entrevistas a 10 abogados y análisis legislativo y literario, identifica la necesidad de regulaciones específicas para el comercio electrónico, así como para contrarrestar el *phishing* y el *vishing*. Sugiere actualizaciones legislativas que incluyan la definición precisa de suplantación de identidad digital, mecanismos de prevención y detección de fraudes, y fomento de la educación digital. Destaca la importancia de considerar los datos digitales y contraseñas como bienes jurídicos protegidos, proponiendo sanciones penales para violaciones de privacidad.

## 3.7. **Conclusión del marco teórico normativo**

La regulación jurídica de la suplantación de identidad digital en Perú se halla en un punto crítico, demandando actualizaciones legislativas urgentes para abordar las complejidades emergentes en un mundo interconectado. La investigación destaca la imperiosa necesidad de una legislación integral que contemple la protección de la información personal y promueva la cooperación internacional, facilitando de ese modo combatir el uso de la inteligencia artificial en los delitos de suplantación de identidad. Este marco normativo debe ser dinámico, capaz de adaptarse a las rápidas transformaciones tecnológicas y a las nuevas modalidades de delitos informáticos, incluida la suplantación de identidad, que desafían la efectividad de las leyes actuales. El mal uso que le dan los seres humanos a la inteligencia artificial subraya la urgencia de reformas legales que protejan adecuadamente los derechos individuales en el espacio digital, asegurando una cultura de seguridad y prevención. La colaboración internacional emerge como un pilar esencial para fortalecer las capacidades nacionales en la lucha contra la ciberdelincuencia, garantizando la protección de los derechos fundamentales en el entorno digital. Este análisis subraya la importancia de ajustes legislativos proactivos y conscientes de la evolución digital, para proteger a la sociedad de los riesgos inherentes a la suplantación de identidad y otros ciberdelitos.

## 4. Resultados

A continuación, se describe cómo se logró obtener los resultados a través del análisis documental de los textos. Para ello, se empleó una metodología detallada que comenzó con la selección y revisión de 23 fuentes de información, incluyendo leyes, libros, artículos científicos y tesis. Este proceso se estructuró en dos fases clave: inicialmente, se utilizó un sistema de fichaje para registrar detalles esenciales de cada fuente, como el Título, Autor, Año, Descriptores o palabras claves, Tipo de fuente y URL. Esta primera matriz facilitó un análisis crítico individualizado de cada documento. Posteriormente, se aplicó una Matriz de triangulación de la información, donde se realizó la interpretación de los datos recogidos en función de los objetivos específicos de la investigación. Esta etapa permitió relacionar las fuentes con las categorías, subcategorías e indicadores pertinentes, asegurando que el análisis estuviera alineado con las preguntas de investigación planteadas. Este enfoque metódico garantizó una comprensión profunda de la temática y contribuyó significativamente a los hallazgos de la investigación.

### 4.1. Análisis e interpretación de los hallazgos

El análisis de los resultados de la investigación se presenta en relación a la triangulación de las fuentes de información analizadas, la cual sirvió para la construcción de la matriz de triangulación, cuyos resultados generales interpretados se exponen en este subapartado.

De acuerdo con el objetivo específico 1, Examinar las características y limitaciones de la legislación peruana actual en el contexto de los ciberdelitos, con especial énfasis en la suplantación de identidad digital, se interpretó lo siguiente:

- En base a la categoría evolución legislativa, subcategoría cambios en la legislación e indicador modificaciones legales, se argumenta que actualmente la legislación peruana encamina un importante avance hacia la actualización del marco legal en el país. Se plantea la existencia de cuestiones sobre la suficiencia y la capacidad de adaptación de la ley frente a la progresiva evolución de las tecnologías digitales. La revisión y adaptación legislativa se realiza constantemente para garantizar la protección integral de los derechos digitales de los ciudadanos, destacándose los avances logrados y las áreas que necesitan mayor interés y observación. Los delitos informáticos y la evaluación constante de su adecuación a los desafíos digitales emergentes son aspectos clave para asegurar una respuesta efectiva y actualizada ante la ciberdelincuencia. El Congreso de la república del Perú (2014), en su

Ley 30096 y modificatoria Ley 30171, que ha sido reforzada y actualizada, con la más reciente modificatoria del Decreto Legislativo 1591, incorpora nuevos cambios y evidencia su adhesión al tratado internacional sobre la ciberdelincuencia (como el Convenio de Budapest) en los artículos que establecen bases fundamentales para la acción legal, específicamente, contra la suplantación de identidad.

- En base a la categoría evolución legislativa, subcategoría tratados internacionales e indicador ratificación de tratados, se argumenta el compromiso por parte de Perú sobre la ciberdelincuencia en la ratificación del convenio, asumiendo los estándares internacionales para combatir este tipo de delitos y alineando sus políticas nacionales con las prácticas globales. El objetivo es buscar la acción, facilitando la cooperación entre países extranjeros en la persecución de crímenes digitales, relacionada a la suplantación de identidad. Se reconoce el impacto de la implementación efectiva de las disposiciones del convenio a nivel nacional siendo decisivo más allá de la ratificación inicial. Se destacan los ajustes a la legislación y los mecanismos de aplicación para cumplir con las obligaciones y aprovechar las oportunidades que el convenio internacional ofrece y que garantiza una protección adecuada y eficaz contra la ciberdelincuencia. La ratificación de acuerdos internacionales establece una guía en acciones concretas dentro de su propio marco legal y de aplicación para la legislación interna.
- En base a la categoría desafíos jurídicos, subcategoría brechas y limitaciones e indicador lagunas legales en la legislación actual, se argumenta en base a lo dicho por Zorrilla (2018) en relación a que en la realidad jurídica peruana existen varias lagunas y vacíos legales que se encuentran en la legislación actual, y dentro de este cuadro también se encuentran ambigüedades e inconsistencias como lo hubo dentro de la Ley 30096 y la actual Ley 30171 que entró en vigencia en el año 2014, más específicamente el artículo 36 dentro de los numerales 1, 2 y 4 que limitan la aplicación correcta de las leyes relacionadas con delitos informáticos. Por ello, dificulta su aplicación efectiva para garantizar la protección de la información de los ciudadanos en la era digital. Lo que en realidad quiere lograr ese escrito es resaltar la importancia de la claridad y precisión de las leyes. En correlación con lo expresado, Montaperto (2018) en su investigación también se aprecian brechas y limitaciones debido a la falta de un marco jurídico regulatorio para los delitos informáticos contra la suplantación de identidad en el derecho penal argentino. Al aplicarse este marco, se evidencia una inmensa laguna

legal que puede afectar uno de los principios fundamentales del derecho penal: la legalidad. Incluso se observa una ausencia de regulación jurídica clara.

- A ello se suma la necesidad de analizar la suplantación de identidad desde un punto de vista teórico, considerando su configuración como delito y la manera en que puede ser aceptada como conducta delictiva, para recién luego ser normativamente definida por la ley penal.
- En ese sentido, se realiza una observación sobre la legislación peruana vigente, en comparación con el derecho argentino, resaltando la necesidad de aplicar el derecho comparado como herramienta analítica para fortalecer las normativas nacionales.
- En base a la categoría desafíos jurídicos, subcategoría brechas y limitaciones e indicador identificación de vacíos legales, se argumenta que Quispe y Quispe (2023), con el fin de poder identificar dicho vacío legal, estuvieron envueltos en una investigación cualitativa con la intención de centrar dicho estudio en las acciones de la persona humana y de la vida social teniendo dentro de su objetivo principal el artículo 9 de la Ley 30096 en relación al delito de suplantación de identidad de la ley de delitos informáticos. Es decir, donde se describe las transacciones y compras por medio de la vía digital dentro del internet por medio de tecnologías de la comunicación e información. Dicha norma no especifica en ninguna de sus líneas la transferencia financiera que cometen los delincuentes cibernéticos para sustraer toda la información personal de las víctimas para, posteriormente, cometer la suplantación de identidad además de otros delitos. Es aquello que produce vacíos legales, que de boca del mismo Marcial Rubio es aquel suceso sin una norma jurídica aplicable por lo cual no puede aplicarse ninguna norma en específico, por lo cual en medio de esto entra lo estipulado en nuestra Carta Magna en su artículo 2, inciso 24, literal A, el cual señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni prohibido de hacer lo que esta no prohíbe. Lo cual da una ventaja para aquellos delincuentes y de esta forma evadir la justicia. En vista de ello, se recomienda regularizar la ley 30096 por medio de una iniciativa legislativa, esta falta de regulación es la principal causa por la que existen varios casos de suplantación por los medios digitales como clonación de tarjetas, transferencias de dinero, transferencia de datos, etc.

Por ende, las fuentes de información analizadas manifiestan que la legislación actual no se encuentra actualizada con diversas y amplias especificaciones en la redacción de

su artículo, las cuales requieren ser descritas y estudiadas a detalle en lo que respecta a las nuevas modalidades de suplantación de identidad. No hacerlo podría dejar impune tal delito, ya que no se ha realizado hasta el momento una modificatoria, por lo tanto, los ciberdelincuentes se encuentran tranquilos al cometer ese crimen. Además, tenemos que estar a la vanguardia de los demás países aledaños para no atrasarnos en la protección de derechos de los ciudadanos. Si bien en la actualidad nos encontramos en el Convenio de Budapest que trata sobre los ciberdelitos, estos convenios se deben de ratificar, impulsando el implemento de las modalidades tecnológicas en el delito de suplantación de identidad, entre ellos, el más común se relaciona con la IA (Inteligencia Artificial) cuando es usada por lo suplantadores en las diversas redes sociales, páginas web, incluso incurriendo en cuentas bancarias, para robar financieramente.

De acuerdo al objetivo específico 2, Analizar los desafíos prácticos y teóricos en la aplicación de la legislación existente sobre suplantación de identidad digital en medios digitales, se interpretó lo siguiente:

- En base a la categoría Desafíos Jurídicos, subcategoría Aplicación y Eficacia e indicador Dificultades en la implementación de la ley, se argumenta que la eficacia de las legislaciones normativas actuales en favor a la protección de los derechos digitales es un tema de carácter bastante controversial. Núñez (2016) señala que existen muchas complejidades en la implementación de legislaciones oportunas que protejan la identidad digital de los individuos en un entorno virtual, lo que se manifiesta en las leyes existentes, las cuales no logran satisfacer la necesidad de seguridad y privacidad en línea. Debido a ello, enfatiza la importancia de actualizar y mejorar el marco normativo en temas relacionados a las tecnologías emergentes y los nuevos desafíos digitales. Asimismo, sugiere la urgencia de optar por un enfoque más integral que logre garantizar la protección de la identidad digital como un derecho más, así como también asegurar la privacidad de los usuarios en el amplio mundo del internet. La investigación aporta una perspectiva esencial para comprender las dificultades que existen en cuanto a la eficacia de la aplicación normativa de las leyes que buscan proteger la identidad digital; por ello, se proponen soluciones legislativas y políticas para reforzar la seguridad y la credibilidad en los procesos digitales.
- En base a la categoría Desafíos Jurídicos, subcategoría Aplicación y Eficacia e indicador Retos en la aplicación efectiva de la nor-

mativa, se argumenta que el desarrollo de los delitos cibernéticos en el entorno social está indudablemente relacionado con la figura normativa. Vega y Arévalo (2022) detallan cómo los avances de los ciberdelitos originaron obligatoriamente una evolución en el marco jurídico nacional e internacional. En el caso de Perú, se manifestó en la creación y promulgación de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, la que posteriormente fue modificada en la actual Ley 30171. Asimismo, se evidenció en su adhesión al tratado internacional sobre la ciberdelincuencia, llamado también Convenio de Budapest, en 2019. Las normas vigentes enfatizan el problema que resultan ser los delitos cibernéticos, al igual que el aumento de sus modalidades delictivas, lo que conlleva a la obligación de garantizar y condicionar acción legal por parte de las autoridades competentes. El libro de Vega y Arévalo expone que, a pesar del intento de mitigar los delitos en el medio digital, las leyes con las cuales se rige el Perú en esta área son bastante limitadas y su eficacia no resulta satisfactoria para los mismos usuarios vulnerados, por tanto, se insta que se gestione el problema de manera adecuada por parte de las autoridades y la promulgación normativa.

En consecuencia, las fuentes de información analizadas manifiestan que la eficacia de la legislación peruana frente a los ciberdelitos y la protección de la identidad digital enfrenta desafíos considerables. Se señala la necesidad urgente de actualizar y reforzar el marco normativo para abordar adecuadamente las tecnologías emergentes y los nuevos riesgos digitales. La legislación actual, incluyendo la Ley 30096 y su modificatoria, así como la adhesión al Convenio de Budapest, aún no satisface completamente las demandas de seguridad y privacidad *online*, lo que subraya la importancia de adoptar un enfoque más integral en la protección legal de la identidad digital.

De acuerdo con el objetivo específico 3, Comparar las tendencias internacionales con la situación en Perú para entender el posicionamiento del país en el contexto global, se interpretó lo siguiente:

- En base a la categoría impacto social, subcategoría impacto en las víctimas e indicador consecuencias emocionales y psicológicas, se argumenta, recurriendo a la investigación de Aguilar (2019), que la suplantación de identidad conlleva otros delitos que van contra la dignidad del ser humano.

Entre ellos se puede mencionar la trata de personas, donde muchas de las víctimas son raptadas, contactándolas a través de redes sociales, suplantan su identidad, y luego las secuestran para así explotarlas sexualmente y laboralmente, incurriendo en violencia física y psicológica. La mayoría de las víctimas son niños, los cuales son separados de sus familias, adquiriendo con ello traumas desgarradores. La suplantación de identidad tiene un vínculo muy fuerte con la pornografía. En este caso, los perversos delincuentes no tienen límites con tal de hacer daño a las personas; su método radica en utilizar perfiles falsos con las fotos de sus víctimas y pasar a colgarlas en páginas ilegales. A través de esto, chantajea a los menores de edad con información valiosa y así obtener fotos subidas de tono, lo que ocasiona a las víctimas sentimientos de angustia y temor, por lo que intentan buscar ayuda de sus amistades o de personas que no conocen del tema; poniéndolos en ocasiones bajo un mayor riesgo. Aquellos ciberdelincuentes captan a las personas que son más vulnerables, utilizando distintos tipos de amenazas, entre ellas, varias que involucran el daño del círculo familiar de la víctima.

- En base a la categoría impacto social, subcategoría impacto en las víctimas e indicador daños económicos, se argumenta que la investigación de Hernández (2019), situada en Ecuador, nos menciona las distintas modalidades de robos de suplantación de identidad. Una de las más comunes es el robo a mano armada, donde se llevan las tarjetas de crédito y débito, DNI, entre otros documentos de gran relevancia; lo cual provoca que los delincuentes utilicen lo robado para realizar todo tipo de compras, llegando incluso a pedir préstamos en distintas entidades bancarias. Asimismo, otra de las modalidades de los ciberdelincuentes es utilizar las redes sociales para robar datos personales, con el propósito de venderlo por páginas web del mercado negro, donde es comprado por personas sin escrúpulos, incurriendo posteriormente en otros delitos como la trata de personas y pornografía. Por otra parte, el artículo de Vinelli (2021) aborda la ineficacia de la legislatura actual en relación con el robo financiero, recalcando que la suplantación de identidad es un delito que se comete teniendo fines económicos, perjudicando de ese modo la situación financiera de la víctima. Por las razones antes mencionadas es que se debe modificar la ley, en vista de tener métodos preventivos más convenientes para evitar este tipo de actos delictivos. Adicionalmente, es preciso que se estudie las nuevas modalidades digitales, aquello establecerá un equilibrio entre el aspecto legislativo y las actualizaciones de los ciberdelitos.

- En base a la categoría impacto social, subcategoría percepción pública e indicador nivel de conocimiento sobre la legislación, se argumenta, de acuerdo con el trabajo de Fernández (1997), la importante necesidad de conocer sobre la identidad personal dentro de nuestro marco jurídico, el cual permitirá que los ciudadanos tengan conocimiento sobre su derecho fundamental y de ese modo tener un criterio acerca de ello y de su relevancia. Según el estudio, es necesario comprender cómo los peruanos perciben lo que implica dañar la identidad de la persona, destacando la brecha entre el conocimiento minuciosamente legal y la conciencia pública sobre la protección de la identidad. Fernández comparte la idea del requerimiento de educación respecto de los derechos y protecciones legales, sobre todo para sensibilizar a los peruanos acerca del derecho a la identidad; puesto que en nuestra realidad muchas personas omiten e incluso muestran indiferencia sobre la identidad personal o simplemente no saben de la existencia de leyes que protejan dicha identidad. Por otro lado, una minoría lo considera solo como aquello que identifica al ser humano de manera única. Sin embargo, Fernández subraya la importancia de fortalecer la educación sobre la legislación peruana actual para prevenir daños a esta cualidad del ser humano y responder adecuadamente ante el atentado de su identidad personal.
- En base a la categoría impacto social, subcategoría percepción pública e indicador campañas de concienciación, se argumenta, con apoyo de la investigación de Pedrero (2021), que en un entorno tan conocido actualmente como lo es el internet, un lugar al que se puede acceder libremente, desde cualquier punto de ubicación, es un espacio en el cual se debe tener sumo cuidado, porque no se está consciente de que intenciones tengan ciertas personas dentro de la red. Estas pueden incurrir en delitos de robo de información personal y ello puede progresar hasta cometer otro tipo de acto delictivo como la suplantación de identidad y el robo de esta misma. De esta manera, es que se procura poner énfasis en la importancia de la identidad como factor necesario dentro de la sociedad y en las relaciones sociales. A partir de ello, se observa que varios usuarios al utilizar las redes, en la mayoría de los casos no toman precauciones a la hora de navegar y así terminan siendo víctimas de los delincuentes cibernéticos. Debido a ello, se subraya la importante necesidad de saber identificar con quién estamos en las redes sociales y sobre mantener nuestra identidad bajo nuestra protección. Sobre todo, se recomienda poseer una adecuada seguridad de los sistemas informáticos, además de tener en cuenta las diversas modalidades que los

delincuentes pueden realizar para violar la seguridad de la identidad de los usuarios. Por ende, se crean situaciones relativas con la intención de prevenir y concientizar a los ciudadanos sobre la suplantación de identidad al estar relacionada con los delitos de los bienes jurídicos y delitos contra el honor.

- En base a la categoría comparación internacional, subcategoría legislaciones extranjeras e indicador estudio comparativo, adaptación legal, tratados internacionales, se argumenta con el aporte de Solís (2018) la importancia de comprender la historia, las condiciones sociopolíticas y económicas, así como la tradición jurídica de cada país. Este enfoque permite la identificación de puntos de convergencia y la generación de soluciones creativas para abordar un problema complejo, internacional y de larga data. La identidad digital, como faceta crucial de la identidad humana, es altamente vulnerable a la delincuencia, lo que subraya la imperiosa necesidad de protegerla. El estudio se centra en las legislaciones de tres países: México, Estados Unidos y Francia, con el objetivo de entender cómo reconocen, regulan y garantizan el derecho humano a la identidad, especialmente la digital. Se busca identificar estrategias legales de protección y defensa que no dependan exclusivamente de procesos legislativos lentos e ineficaces. La identidad digital abarca múltiples aspectos más allá de lo evidente, constituyendo nuestra auténtica huella virtual; es esencial comprender que cada interacción en el entorno digital deja una marca que refleja nuestra personalidad, preferencias y temores, exponiendo nuestra intimidad de manera sin precedentes. Por ende, debemos ser extremadamente cautelosos con lo que compartimos en línea. El delito de usurpación de identidad no es un acto aislado, sino que puede ser un medio preparatorio para otros ilícitos, lo que dificulta su detección y persecución, por lo que es crucial abordar este delito como parte de un conjunto de actividades delictivas, considerando tanto sus orígenes como sus posibles consecuencias futuras.
- En base a la categoría cooperación internacional, subcategoría estrategias de prevención e indicador medidas preventivas, educación digital, cooperación internacional, se argumenta que el phishing, un tipo de ataque de ingeniería social que tiene más de dos décadas de existencia, sigue representando una amenaza significativa en el panorama digital. En esa línea, el análisis exhaustivo de Belisario (2014) no solo busca comprender las características y la evolución del phishing, sino también resaltar las responsabilidades tanto de las organizaciones como de los usuarios en la prevención de este delito. Las corporaciones, priorizando la operatividad sobre la seguridad, a menudo

dejan puertas abiertas a los ataques de phishing. Estas vulnerabilidades pueden surgir en cualquier nivel del sistema, desde fallas en el diseño del hardware hasta configuraciones básicas en la seguridad informática, y a menudo no se solucionan inmediatamente, lo que deja a las organizaciones expuestas por períodos prolongados. El acceso fácil a la información a través de redes sociales también ha facilitado a los phishers la obtención de datos para perpetrar ataques, como el whaling, spear phishing y VoIP. Además, los phishers pueden valerse de herramientas de almacenamiento de información y recursos de bajo costo para crear páginas web falsas, lo que complica aún más la detección de los ataques. El constante avance en la sofisticación de los ataques de phishing, dirigidos a víctimas específicas, hace que la suplantación de identidad sea cada vez más difícil de detectar (Leguizamón, 2015). Esto se agrava por la falta de atención de los usuarios debido al ritmo acelerado de la vida moderna, lo que convierte al phishing en una amenaza latente que persiste en el tiempo.

- En base a la categoría oportunidades de mejora, subcategoría innovación legal e indicador propuesta de reforma, se argumenta que existe una discrepancia significativa entre la legislación peruana actual sobre ciberdelitos, particularmente en lo que respecta a la suplantación de identidad, y las prácticas globales recomendadas, como se ejemplifica en las propuestas de reforma de Alberca (2017). Este estudio subraya la ineficacia del artículo 9 de la Ley 30096, apuntando a una urgente necesidad de actualización para abordar nuevas modalidades de delito. La falta de modificación de esta ley pone en riesgo la protección jurídica de los ciudadanos peruanos frente a los desafíos emergentes en el ámbito digital, contrastando con los países vecinos que han adaptado sus legislaciones para combatir efectivamente estos delitos. La investigación sugiere una colaboración interdisciplinaria para el fortalecimiento legal, destacando la importancia de una tipificación que proteja integralmente la identidad y la integridad personal y familiar, resaltando el desfase entre las normativas nacionales y las tendencias internacionales en la regulación de ciberdelitos.
- En base a la categoría oportunidades de mejora, subcategoría innovación legal e indicador actualización legal, se argumenta que la investigación de Zorrilla (2018) destaca la imperante necesidad de actualizar la legislación peruana sobre delitos informáticos, específicamente la Ley 30096 y su modificatoria, la Ley 30171, para abordar de manera efectiva las nuevas modalidades de ciberdelincuencia y ampliar la protección legal. Resalta la confusión entre

legisladores para adecuar las normas a la evolución tecnológica, evidenciando la importancia de adaptar las leyes para proteger adecuadamente a las víctimas de estos crímenes. La adhesión de Perú al Convenio de Budapest se señala como un paso adelante en la regulación de estos delitos, aunque se subraya la necesidad de que cualquier legislación en este ámbito respete plenamente las libertades y derechos constitucionales, garantizando leyes proporcionadas, efectivas y alineadas con principios fundamentales. Este análisis crítico subraya la urgencia de reformas legales que permitan una protección más robusta ante el constante avance de la tecnología y las formas emergentes de criminalidad digital.

- En base a la categoría oportunidades de mejora, subcategoría fortalecimiento institucional e indicador mejora en la aplicación de la ley, se argumenta que Martínez (2020) explica en el respectivo artículo la importancia de que exista una colaboración entre las entidades del Estado, aquello con el propósito de dar respuesta a los numerosos avances de ciberataques en la actualidad. Asimismo, expone los antecedentes que se han investigado previamente a la redacción del artículo, los cuales se caracterizan principalmente por la necesidad de un sistema de ciberseguridad y de fortalecimiento legislativo. En efecto, ciertas deficiencias se encuentran en numerosas normativas tanto nacionales como internacionales. Por ello, como parte del contenido del artículo, es primordial destacar su estimulación sobre una colaboración y cooperación entre reglamentos, que ayuden a evolucionar los conceptos de ciberdelincuencia y ciberseguridad, conceptos que poco a poco se han convertido en parte de la cotidianidad de la población. En respuesta a lo que se conoce como ciberdependencia, se piensa en la creación de leyes que estén a la par de los avances cibernéticos que se presentan, garantizando un balance estable entre ambos y, a su vez, evitar permanecer bajo un sistema primitivo que no se adapte a los requerimientos del presente. En consecuencia, se establece el papel que tiene el Estado en este tipo de necesidades jurisdiccionales, en la cual su intervención no solo resulta satisfactoria para la población en general, sino para los organismos estatales, los cuales también podrán verse resguardados por los cambios normativos sobre ciberseguridad, ya que hoy por hoy no solo se ven casos de ciberdelincuencia externamente, sino también de manera intrínseca, como los hackeos a los sistemas del Estado, etc. Por ese motivo, el apoyo, coordinación y organización para la creación de un medio que se aplique a los casos producidos en el ciberespacio, resulta vital y necesario a nivel nacional como internacional.

- En base a la categoría oportunidades de mejora, subcategoría fortalecimiento institucional e indicador propuestas de capacitación, se argumenta que el libro de Vega y Arévalo (2022), expone el campo de los ciberdelitos, desde sus inicios y su desenvolvimiento en la sociedad, lo que se puede traducir como un aumento de la ciberdependencia, así como también de la evolución de los métodos que se pueden utilizar tanto para beneficio como para delinquir. De este modo es que nace la inquietud por la urgencia de una legislación sobre ciberdelitos más adecuada en Perú, por lo que se observa la presencia de análisis a la legislación nacional, donde la anterior Ley 30096, y su modificatoria con la Ley 30171, son importantes para seguir avanzando en la creación de una normativa legislativa que sea más factible en todos sus aspectos: interpretación, precisión y alcance. La investigación que se percibe en el libro resulta predominante en lo que se entiende por relación internacional, la mención de organismos internacionales como la ONU, la OEA, así como también la existencia del Convenio de Budapest, realzan lo trascendental que tiene la actuación de estos como factor referente en la mejora de la legislación peruana. Por ende, el compendio permite la comprensión de los delitos cibernéticos, desde una visión jurídica del tema, ya que es de esa manera como persuade a que se tome en serio el problema de la ciberdelincuencia, en su aspecto legal, dadas las diversas materias que incluye el área penal, procesal y constitucional.

Por ende, las fuentes de información analizadas manifiestan que con el propósito de conseguir una base legal más adaptada y precisa en el contexto de la ciberdelincuencia, resulta necesario no solo un estudio de casos a nivel nacional sino también reivindica la importancia de los antecedentes internacionales en la elaboración de un sistema legal que cumpla con los diversos criterios que hoy por hoy se piden y para lo cual serán utilizados. Asimismo, ya que el proceso de estudio de las legislaciones extranjeras es un tema reciente, pero que sin embargo ha sido un medio utilizado para múltiples modificaciones legales, contribuye a no pasar desapercibido el tema de los ciberdelitos. De ahí que actuando no solo en vista del presente es que se plantea y propone una iniciativa de modificación, y que ello sirva a las generaciones futuras como un precedente legal al momento de presentarse distintas modalidades y/o casos poco frecuentes en el ámbito procesal, penal y constitucional. Cabe recalcar que actualmente, al formar parte del Convenio de Budapest, y tener como ejemplos la Ley 30171, permite tener conocimiento de la ciberdelincuencia, aunque algo limitada en contexto de los avances de la cibertecnología. En efecto, el estudio de la legislación peruana en conjunto con la extranjera genera un acercamiento

más profundo entre el Estado y la sociedad, esto debido a la evolución de las modalidades de ciberdelitos y su peligrosa acción sobre los derechos fundamentales de las personas y de su seguridad personal, financiera y colectiva.

Finalmente, en cuanto al objetivo general analizar el abordaje, evolución y los desafíos de la normativa jurídica peruana relacionada con la suplantación de identidad a través de medios digitales, identificando oportunidades para fortalecer la legislación y proteger mejor los derechos de los individuos en el entorno digital; las fuentes de información analizadas sugieren una necesidad crítica de actualización y adaptación de las leyes peruanas. Resaltan la urgencia de incorporar nuevas modalidades de ciberdelitos, especialmente la suplantación de identidad, en el marco legal existente, alineando las prácticas nacionales con estándares y tratados internacionales como el Convenio de Budapest. Esto implica no solo la modificación de leyes existentes sino también la creación de nuevas regulaciones que respondan eficazmente a los avances tecnológicos y las cambiantes dinámicas de la ciberdelincuencia, enfatizando la importancia de la cooperación internacional y la innovación legal para garantizar una protección integral en el espacio digital.

## 5. Discusión

La presente investigación tiene como objetivo principal el de analizar el abordaje, la evolución y los desafíos de la normativa jurídica peruana relacionada con la suplantación de identidad a través de medios digitales. Se identifica oportunidades para fortalecer la legislación y proteger de mejor manera los derechos de los individuos en el entorno digital, argumentando que el desarrollo tecnológico a lo largo de los años ha agravado los ciberdelitos, con impactos económicos y morales en la sociedad peruana. Por ello, se examinó la evolución de la normativa jurídica vigente en relación a la suplantación de identidad, evaluando su eficacia en la protección y restitución de los derechos vulnerados, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, con el propósito de formular una propuesta de mejora normativa que satisfaga las necesidades de seguridad de la población.

Esto concuerda con Vega y Arévalo (2022), quienes afirman que los avances de los ciberdelitos originaron una obligatoria evolución en el marco jurídico nacional, manifestándose en la creación y promulgación de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, la que posteriormente fue modificada en la actual Ley 30171. Asimismo, se evidenció en su adhesión al Convenio de Budapest. Sin embargo, a pesar del intento de mitigar los delitos en el medio digital, las leyes con las cuales se rige Perú en esta área es bastante limitada y su eficacia no resulta satisfactoria para los mismos usuarios

vulnerados. Por tanto, se insta que se gestione el problema de manera adecuada por parte de las autoridades y la promulgación normativa.

Por otro lado, Zorrilla (2018) sí considera la existencia de ambigüedades en el artículo 9 de la Ley de Delitos Informáticos, pero no precisamente porque esta no desarrolle bienes jurídicos tutelados o especificaciones de las modalidades delictivas, sino porque estima que existe una superposición del tipo penal, ya que el artículo 438 del Código Penal peruano desarrolla el delito de la Falsedad Genérica, la cual sanciona a quien cometa falsedad suponiendo, simulando y alterando la verdad *en cualquier medio* de forma intencional en agravio de terceros, lo que es equivalente a la suplantación de identidad como delito informático también, puesto que el propio artículo del CP enfatiza el uso de cualquier medio para cometerlo. Como resultado, los legisladores de la Ley 30096 y su modificatoria Ley 30171 están errando al pretender legislar el medio a través del cual se comete el delito en lugar de conductas, las cuales ya están previamente tipificadas en el Código Penal.

Por tanto, los argumentos presentados evidencian la evolución legislativa nacional en relación a la suplantación de identidad a través de los medios digitales, así como los desafíos que presenta en su eficacia y aplicación. Dicha información ha sido examinada con el fin de mejorar y reforzar la normativa jurídica en busca de proteger los derechos de los ciudadanos en las plataformas digitales.

De acuerdo con el objetivo específico 1, en la cual invita a examinar las características y limitaciones de la legislación peruana actual en el contexto de los ciberdelitos, con especial énfasis en la suplantación de identidad digital, en donde se argumenta que, pese a los avances normativos que ha logrado Perú en el tema de delitos cibernéticos, no logra ser suficiente para satisfacer las necesidades de seguridad que requiere la sociedad peruana, ya que las leyes que abordan la suplantación de identidad como delito informático no han logrado profundizar en el desarrollo de este, dejando muchas lagunas jurídicas.

Esto concuerda con Quispe y Quispe (2023), quienes afirman que el artículo 9 que trata sobre la suplantación de identidad de la Ley 30096 no especifica en ninguna de sus líneas la suplantación de identidad en las transacciones comerciales, como la compra y venta por internet, y las transferencias bancarias, lo que deja un amplio vacío legal. Por lo cual, se enfatiza la importancia de la actualización del artículo 9 de la Ley 30096, conforme lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1591, en los siguientes términos:

Artículo 9. Suplantación de identidad: El que, mediante las tecnologías digitales suplanta la identidad de una persona natural o jurídica, siempre que de dicha

conducta resulte algún perjuicio, material, moral o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena privativa de libertad es no menor de seis ni mayor de nueve años cuando se suplante la identidad de una persona menor de 18 años de edad y resulte algún perjuicio, material, moral o de cualquier otra índole.

Se suma a ello la necesidad de considerar como bienes jurídicos protegidos tanto los datos como las contraseñas digitales.

Por su parte, Alberca (2017), si bien reconoce la necesidad de una modificación del artículo 9 de la Ley de Delitos Informáticos, no la considera como única solución para la eficacia de esta norma contra el delito de suplantación de identidad, sino que plantea la implementación de talleres de aprendizaje sobre la tipificación y desarrollo de delitos informáticos por parte del Poder Judicial y el Ministerio Público con el fin de mejorar la administración y control de justicia, así como garantizar la seguridad en las redes sociales para los usuarios. Además, considera de suma relevancia que la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología, parte de la Policía Nacional del Perú, organice eventos que promuevan el uso de las tecnologías en busca de la mejora y reforzamiento en la tipificación de los delitos digitales.

Por tanto, dichos argumentos exponen, luego de ser examinada, una crítica en su mayoría negativa hacia la actual regulación normativa sobre el delito de suplantación de identidad en los medios digitales, tipificado en el artículo 9 de la modificada Ley 30171, ya que sus vacíos legales así como sus ambigüedades imposibilitan su correcta aplicación y, por consiguiente, eficacia.

De acuerdo con el objetivo específico 2, en la cual invita a analizar los desafíos prácticos y teóricos en la aplicación de la legislación existente sobre suplantación de identidad digital en medios digitales, se argumenta que la existencia de ineficacia de la Ley 30096 incide significativamente en diversos delitos por medios informáticos que el agraviado desconoce sobre la respectiva diligencia que debe de seguir al captar que la información privada y personal ha sido vulnerada, utilizando diferentes técnicas con fines ilícitos. En consecuencia, el delito de suplantación de identidad por medios informáticos no incluye en su tipificación una redacción específica adecuada, lo que hace que en la mayoría de los casos no se sancione debidamente.

Quispe y Quispe (2023) destacan que el *phishing* y el *vishing* son técnicas que utilizan los ciberdelincuentes en situaciones cotidianas para obtener información personal de la víctima mediante correos maliciosos que aparentan ser fehacientes o mensajes de

texto. Por ello, todo lo contrastado está relacionado con los diferentes métodos para cometer los ciberdelitos. Además de que se ha podido verificar que quienes cometen delitos informáticos son expertos en tecnología informática, como también pueden ser novatos interesados en la tecnología.

Por su parte, Núñez (2016) admite que, mientras no exista la trascendencia del respeto y protección del derecho de identidad digital en Internet para brindar la protección de datos personales, bajo el marco de un sistema funcional eficiente, con la finalidad de lograr la confianza necesaria a nivel internacional y permitir que un ciudadano peruano pueda tener acceso a servicios públicos en línea en otros Estados internacionales, no se generaría próximamente un progreso en los diversos desafíos que posee la legislación peruana.

Por tanto, dichos argumentos señalan que existe ineficacia en Ley 30096 que incide significativamente en diversos delitos por medios informáticos, como la suplantación de identidad, debido a una falta de redacción específica adecuada en su tipificación. Además, se destaca el desarrollo de diversas técnicas como el *phishing* y el *vishing* utilizadas por ciberdelincuentes para obtener información personal de las víctimas, en la cual, los perpetradores de estos delitos pueden ser tanto expertos en tecnología informática como novatos. Esto se refiere a la importancia de garantizar el respeto y protección del derecho de identidad digital en Internet para proteger los datos personales. Al respecto, la presente investigación invita a buscar soluciones y mejorar el desarrollo de los casos sobre ciberdelitos originados en los medios digitales para lograr reforzar las normas jurídicas de la legislación peruana.

De acuerdo con el objetivo específico 3, en la cual invita a comparar las tendencias internacionales con la situación en Perú para entender el posicionamiento del país en el contexto global, en donde se argumenta que desde el progresivo avance de desarrollo de la legislación le ha dado a los delitos informáticos una progresiva y coherente codificación en el artículo 207 del Código Penal, en la Ley 30096 y las modificaciones realizadas por Ley 30171, permitió un avance a una legislación ordenada y codificada de los tipos de ciberpunibles mencionados en el convenio de Budapest, aunque se declare la existencia de inconsistencias o la necesidad de mejora actualmente.

Esto concuerda con lo que Mejía et al. (2023) destacan sobre la relevancia del funcionamiento del Estado y la regulación en el ámbito de la información y la implementación de políticas de seguridad informática, ofreciendo una perspectiva integral y mejorada sobre los comportamientos en línea y su importancia en el contexto legal. Así, se consideró el marco normativo nacional y las conductas tipificadas como

ciberdelitos según la Ley 1273 de 2009, prestando especial atención al manejo de datos y sistemas informáticos, lo cual implica directamente la prevención y persecución de delitos cibernéticos, especialmente en los grupos uno y dos de ciberdelitos agrupados en el Convenio de Budapest. Asimismo, se menciona que el desarrollo legislativo de Perú ha sido progresivo y rápido a diferencia de Colombia que no aparejan el mismo alcance de la legislación peruana, la cual, rebasa la codificación de punibles sobre la información y los datos.

Por otro lado, Alberca (2017) resalta la obligación y urgencia de modificar la legislación para mejorar la tipificación del artículo 9 sobre suplantación de identidad en los delitos informáticos, demostrando la importancia de la necesidad de modificaciones legislativas que respondan a los cambios constantes de uso de la tecnología con finalidades ilícitas causadas por la ciberdelincuencia.

Por tanto, dichos argumentos señalan que existe el avance progresivo en la codificación de los delitos informáticos en el Código Penal, pero se reconoce la existencia de inconsistencias. Además, se enfatiza la importancia del funcionamiento del Estado y la regulación informativa y la implementación de políticas de seguridad informática, y la urgencia de modificar la legislación que debe adaptarse a los cambios constantes en el uso de la tecnología con fines ilícitos. El progreso de la legislación peruana en sus normas jurídicas ha demostrado un avance favorable, manteniéndose nivelada a los requerimientos del Convenio de Budapest y los acuerdos internacionales según sus lineamientos, pero con la obligación de desarrollar y modificar leyes idóneas.

## 6. Conclusiones

1. Este estudio analiza el abordaje, la evolución y desafíos de la normativa jurídica peruana sobre suplantación de identidad digital, destacando la importancia crucial de la colaboración interinstitucional para una efectiva actualización legislativa y protección en el ámbito digital. La necesidad de alinear la legislación nacional con estándares internacionales, como el Convenio de Budapest, es enfatizada por expertos como Martínez (2020) y Pedrero (2021), quienes resaltan la urgencia de adaptar la legislación frente a la rapidez de la evolución tecnológica y la emergencia de nuevas modalidades de ciberdelitos.
2. Se reconoce un progreso legislativo con la actualización de leyes como la 30096 y la 30171, aunque se critica la persistencia de deficiencias en su capacidad para abordar la suplantación de identidad en transacciones digitales.

- Expertos como Zorrilla (2018) y Quispe y Quispe (2023) sugieren una legislación más específica y detallada para mejorar la protección digital efectiva.
3. Se destacan los desafíos prácticos en la implementación de la ley, donde la actual Ley 30096 se muestra inadecuada para defender contra la suplantación digital eficazmente, permitiendo a los delincuentes explotar vulnerabilidades a través de técnicas como el *phishing* y el *vishing*. La comparación con tendencias globales muestra que, si bien Perú ha progresado, aún requiere mejoras sustanciales para fortalecer su marco legal en comparación con estándares internacionales y responder adecuadamente a las amenazas emergentes.
  4. Es imperativo una revisión y adaptación continua de la normativa jurídica peruana para proteger los derechos digitales de los individuos y mantenerse al paso con las dinámicas de ciberdelincuencia global. La cooperación internacional y una visión legislativa innovadora y proactiva serán clave para asegurar que la tecnología beneficie a la humanidad sin comprometer la seguridad y la privacidad individual.

### Referencias

- Aguilar, E. (2019). *Suplantación de la identidad digital con fines de trata de personas en Facebook* [Tesis de maestría, INFOTEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación]. Repositorio de INFOTEC. <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1027/363>
- Alberca, H. (2017). *Importancia de proponer la modificatoria del art. 9 de la Ley 30096 a fin de tipificar una mejor conducta delictiva en una materia de suplantación de identidad en los delitos informáticos, Perú. 2017* [Tesis para Título Profesional, Universidad Alas Peruanas]. Repositorio de la Universidad Alas Peruanas. <https://repositorio.uap.edu.pe/handle/20.500.12990/4908>
- Belisario, A. (2014). *Análisis de métodos de ataques de phishing* [Trabajo Final de Posgrado, Universidad de Buenos Aires]. Biblioteca Prof. Emérito Alfredo L. Palacios. [http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0840\\_BelisarioMendezAN.pdf](http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0840_BelisarioMendezAN.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2013, 27 de septiembre). Ley 30096. Ley de Delitos informáticos. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/\\$FILE/6\\_Ley\\_30096.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/$FILE/6_Ley_30096.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2014, 10 de marzo). Ley 30171. Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos. Diario Oficial El Peruano 12780.

[https://www.mef.gob.pe/contenidos/servicios\\_web/conectamef\\_quechua/pdf/normas\\_legales\\_2012/NL20140310.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/servicios_web/conectamef_quechua/pdf/normas_legales_2012/NL20140310.pdf)

- Congreso de la República del Perú. (2019, 13 de febrero). *Convenio sobre la ciberdelincuencia*. Diario Oficial El Peruano. [https://dataonline.gacetajuridica.com.pe/gaceta/admin/elperuano/2292019/22-09-2019\\_CONVENIO.pdf](https://dataonline.gacetajuridica.com.pe/gaceta/admin/elperuano/2292019/22-09-2019_CONVENIO.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2023, 13 de diciembre). Decreto Legislativo 1591. Decreto Legislativo que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, para promover el uso seguro y responsable de las tecnologías digitales por niñas, niños y adolescentes. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/5258286-decreto-legislativo-n-1591>
- Fernández, C. (1997). Daño a la identidad personal. *THEMIS Revista de Derecho*, (36), 245-272. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743>
- García, R. A. (2017). *Seguridad Informática y el malware* [Tesis de licenciatura, Universidad Piloto de Colombia]. Repositorio de la Universidad Piloto de Colombia. <http://repository.unipiloto.edu.co/handle/20.500.12277/2641>
- Hernández, D. A. (2019). *La suplantación de identidad cibernética en el Ecuador* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio de la Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/e4c9884a-ad38-4350-a324-fc732276eb93>
- Hernández-Sampieri, R. & Mendoza, C (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial Mc Graw Hill Education.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2017). *Programa Nacional de Estadística 2017-2021*. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Quito-Ecuador. [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Normativas%20Estadisticas/Planificacion%20Estadistica/Programa\\_Nacional\\_de\\_Estadistica-2017.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Normativas%20Estadisticas/Planificacion%20Estadistica/Programa_Nacional_de_Estadistica-2017.pdf)
- Leguizamón, M. S. (2015). *El phishing* [Tesis de licenciatura, Universitat Jaume I]. Repositorio de la Universitat Jaume I. <https://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/127507>
- Martínez, F. (2020). Ciberseguridad y Estado autonómico. *ICADE. Revista de la Facultad De Derecho*, (109), 1–19. <https://doi.org/10.14422/icade.i109.y2020.001>
- Martins, S. (2020). *Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia en América Latina*. IDRC Canadá. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/ESP-Ciberdelincuencia-2022.pdf>

- Mejía, M., Hurtado, S. V. y Grisales, A. M. (2023). Ley de delitos informáticos colombiana, el convenio de Budapest y otras legislaciones: Estudio comparativo. *Revista de Ciencias Sociales*, 29(2), 356-372. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8920556>
- Montaperto, J. V. (2018) *Trabajo final de graduación. Suplantación de identidad. Un análisis sobre su falta de regulación en el ordenamiento jurídico argentino* [Tesis de licenciatura, Universidad Siglo 21]. Repositorio de la Universidad Siglo 21. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/15652>
- Núñez, J. (2016). *Derecho de identidad digital en internet* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM. [https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6252/N%C3%BAnez\\_pj.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6252/N%C3%BAnez_pj.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Pedrero, Z. J. (2021). *Suplantación de identidad* [Tesis para título profesional, Universidad Miguel Hernández de Elche]. Repositorio de core. <https://core.ac.uk/works/129118814>
- Quispe, V. F. y Quispe, L. S. (2023). *Análisis jurídico de la ineficacia de la Ley N°30096 en el delito de suplantación de identidad por medios informáticos*. [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. Repositorio de la Universidad César Vallejo. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/110772/Quispe\\_AVF-Quispe\\_SLS-SD.pdf?sequence=8&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/110772/Quispe_AVF-Quispe_SLS-SD.pdf?sequence=8&isAllowed=y)
- Solís, C. (2018). *Usurpación de identidad digital: un estudio comparativo de soluciones francesas, mexicanas y norteamericanas* [Tesis de doctorado, Universidad Paris Saclay y Université panaméricaine]. Repositorio de HAL open science. <https://theses.hal.science/tel-01797447/document>
- Vega, J. A. y Arévalo, M. (2022). *Ciberdelitos: Análisis en el sistema penal*. Editorial Iustitia. [https://drive.google.com/file/d/1DZEK\\_8nJuKr6qDEliowWFHMiWynwqdQQ/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1DZEK_8nJuKr6qDEliowWFHMiWynwqdQQ/view?usp=drive_link)
- Vinelli, R. (2021). Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica. *Ius Et Praxis*, 53(053), 95-110. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4995>
- Zorrilla, K. (2018). *Inconsistencias y ambigüedades en la ley de delitos informáticos Ley N° 30096 y su modificatoria Ley N° 30171, que imposibilitan su eficaz cumplimiento* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio de la Universidad Nacional de Ancash

Santiago Antúnez de Mayolo. [https://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2332/T033\\_70221905\\_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2332/T033_70221905_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y)



# IMPLICACIONES LEGALES, ÉTICAS Y SOCIALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: UN ANÁLISIS INTERDISCIPLINARIO

*Nicole Angeline Marcos Laupa\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
2018200023@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0002-6264-7443>

**Resumen:** La presente investigación aborda la relación entre maternidad subrogada e interés superior del niño y presenta como objetivo principal determinar si la maternidad subrogada tiene un impacto negativo en el bienestar psicológico y emocional de los niños, considerando la importancia del principio del interés superior del niño. Para ello, se examina la figura objeto de la problemática según el derecho comparado en atención a una posible regulación en nuestro país. Además, se realiza un análisis profundo de sus implicaciones legales, sociales y psicológicas frente a las propuestas legislativas que la incluyen en la Ley General de Salud y el proceso de filiación de los niños nacidos por medio del proceso de maternidad subrogada; y se analiza los argumentos a favor y en contra de esta. Por lo tanto, se ofrece un análisis integrador de los diferentes aspectos que inciden en la naturaleza de la maternidad subrogada, considerando la pertinencia del interés superior del niño.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada, bienestar, interés superior del niño, filiación.

## LEGAL, ETHICAL AND SOCIAL IMPLICATIONS OF SURROGACY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE BEST INTEREST OF THE CHILD: AN INTERDISCIPLINARY ANALYSIS

**Abstract:** The present research addresses the relationship between surrogacy and the best interests of the child and presents as its main objective to determine if surrogacy has a negative impact on the psychological and emotional well-being of children, considering the importance of the principle of the best interests of the child. To do this, the figure that is the object of the problem is examined according to comparative law in response to a possible regulation in our country. In addition, an in-depth analysis is carried out of its legal, social, and psychological implications regarding the legislative proposals that

---

\* Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

include it in the General Health Law and the filiation process of children born through the surrogacy process; and the arguments for and against it are analyzed. Therefore, an integrating analysis of the different aspects that affect the nature of surrogacy, considering the relevance of the child's best interests is offered.

**Keywords:** Surrogacy, Well-Being, Best Interests of the Child, Filiation.

## 1. Introducción

Los derechos sexuales y reproductivos abarcan una serie de derechos fundamentales relacionados con la autonomía, dignidad y equidad en temas de sexualidad y reproducción. A nivel internacional, su importancia es reconocida y respaldada por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. No obstante, nuestra Constitución no hace mención explícita a estos derechos. La falta de interés en publicar documentos sobre los derechos y la salud sexual y reproductiva es clara, como señaló Távora (2021). Esto representa una deuda con las mujeres (p. 5). En el ámbito legal nacional, contamos con leyes como la Ley General de Salud y la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, así como las Guías de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva, las cuales tienen como objetivo mejorar la atención médica dirigida a las mujeres y reducir la mortalidad materna y perinatal.

Las técnicas de reproducción asistida, que incluyen la maternidad subrogada, son procedimientos médicos desarrollados para asistir a personas con dificultades para concebir de manera natural. Sin embargo, estas técnicas plantean cruciales cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos familiares, especialmente en lo referente a la determinación de la filiación y los derechos de todas las partes involucradas. Cajigal-Cánepa (2022) destaca dos aspectos íntimamente conectados: la determinación de los vínculos parentales y el análisis de los derechos de todas las personas implicadas en las técnicas de reproducción asistida. También enfatiza la importancia del derecho del niño nacido de este proceso para conocer su identidad de manera completa. Esto incluye tanto los aspectos fijos como los cambiantes, además de los elementos genéticos, biológicos y de voluntad (p. 11).

Desde un enfoque teórico, la maternidad subrogada se encuentra en la encrucijada de múltiples disciplinas, como la ética, el derecho, la psicología y la sociología. Una comprensión exhaustiva de estos campos en relación con este proceso permitirá un análisis integral sobre su impacto en el niño que resulta de esta práctica. Al explorar las bases teóricas de estas disciplinas en relación con la maternidad subrogada, se nos brinda la oportunidad de comprender cómo se entrelazan estas áreas y cómo contribuyen a una visión completa de las implicaciones legales, éticas y sociales de la maternidad

subrogada en nuestro país. Esta exploración teórica también ayudará a identificar áreas de conflicto y consenso entre estas disciplinas, enriqueciendo así la perspectiva general y la profundidad del análisis interdisciplinario. El objetivo de este trabajo es ampliar el conocimiento existente sobre la maternidad subrogada, buscando comprender sus implicaciones legales, éticas y sociales. Esto nos permitirá anticipar y mitigar riesgos potenciales, además de proporcionar una base sólida para influir en posibles cambios legales y políticos que protejan los derechos y el bienestar de los niños en el contexto de la maternidad subrogada.

Desde un enfoque práctico, la maternidad subrogada plantea desafíos directos que impactan en el bienestar de los niños involucrados, como la determinación de la custodia legal y el acceso a los niños, junto con las implicaciones emocionales y psicológicas a largo plazo. Examinar cómo se tratan estas cuestiones en diferentes contextos legales y culturales ayudará a encontrar buenas prácticas y consejos para enfrentar los desafíos que surgen en los acuerdos de maternidad subrogada. Este estudio se centra en estos aspectos con el propósito de establecer una base de conocimientos sólida que alimente un debate informado y contribuya a la formulación de políticas. Al identificar casos concretos que muestran cómo el interés superior del niño puede verse afectado, ya sea de forma positiva o negativa, se podrá crear una base sólida para desarrollar reglas y guías que aseguren la implementación ética y responsable de la maternidad subrogada en nuestro país.

En consecuencia, de lo antes mencionado surge la siguiente interrogante: ¿La maternidad subrogada tiene un impacto negativo en el bienestar psicológico y emocional de los niños, considerando la importancia del principio del interés superior del niño? Esta investigación niega que exista un impacto negativo como posible respuesta.

## 2. Metodología

La investigación es de tipo dogmática jurídica y jurídico-social, por lo tanto, abarca tres métodos para el análisis de la información recolectada: el método dogmático, sociológico y exegético.

- El método dogmático: Este método implica el examen del ordenamiento jurídico como un cuerpo de conocimiento en sí mismo. Consiste en describir, interpretar y sistematizar las normas para categorizarlas, con el propósito de analizar si responden a las necesidades de la sociedad y, en consecuencia, buscar formas de mejorarlo. Se llevará a cabo una revisión y sistematización de las normas legales con el objetivo de determinar su adecuación a las demandas

de la sociedad peruana. Además, se buscarán deficiencias para proponer mejoras. Para este propósito se empleará la técnica de análisis documental, utilizando fichas bibliográficas como instrumento de recolección de datos.

- El método sociológico: Este método busca construir conclusiones sobre las realidades de sociedades y comunidades, así como sobre el comportamiento de sus miembros. Se empleará en el análisis de respuestas provenientes de individuos con diversas características y perspectivas, considerando las implicaciones sociales y éticas de la maternidad subrogada. Se utilizarán sondeos de opinión como técnica para recolectar datos, empleando cuestionarios para obtener información detallada. Además, se complementará con entrevistas a docentes especialistas en bioética y derechos humanos, utilizando también cuestionarios como instrumento de recolección de datos. Esta combinación de métodos permitirá obtener una visión integral y enriquecedora de las diversas percepciones y perspectivas sobre el tema.
- El método exeético: Este método se basa en el respeto por la ley y busca descubrir la intención original del autor. Considera que la ley tiene un carácter estático en el ordenamiento jurídico, y cualquier problema relacionado con ella se resuelve acudiendo a la fuente legal. Se aplicará este enfoque al analizar la Ley General de Salud en contraposición a los proyectos de ley que pretenden incorporar la maternidad subrogada. Para llevar a cabo este análisis, se empleará la técnica de análisis documental, utilizando fichas bibliográficas como instrumento de recolección de datos. Este método permitirá una comprensión profunda de las leyes existentes y sus implicaciones en relación con la posible inclusión de la maternidad subrogada en el marco legal.

### **3. Marco teórico normativo**

Esta investigación se fundamenta en el principio de que toda persona tiene el derecho fundamental de tomar decisiones libres y responsables sobre sus derechos sexuales y reproductivos. La meta principal es evidenciar que la maternidad subrogada puede ser regulada de manera positiva dentro de nuestro sistema legal. Asimismo, se pretende proporcionar sugerencias que impulsen el bienestar y los derechos de todas las personas involucradas, con particular énfasis en los derechos del niño.

Asimismo, el desarrollo de esta investigación se enfoca en cuatro conceptos fundamentales para alcanzar los objetivos planteados.

El primer concepto abordado es el de maternidad subrogada, un proceso que implica implantar un embrión en una mujer gestante mediante fecundación *in vitro* o inseminación artificial. Es decir, una mujer lleva a cabo un embarazo en nombre de otra persona o pareja. Según Valero (2019), el término “subrogarse” implica reemplazar a otro individuo en una situación jurídica, y en este contexto específico, implica reemplazar en la gestación (p. 421).

El segundo concepto relevante es el de la disposición del propio cuerpo, el cual se refiere al derecho que cada individuo posee para tomar decisiones respecto a su cuerpo y su salud. Esto incluye la capacidad de donar órganos, tejidos o participar en procedimientos médicos de acuerdo con su elección. El Código Civil peruano aborda este tema en su artículo 6, estableciendo que estos actos están prohibidos si resultan en una disminución permanente de la integridad física o si de alguna manera contravienen el orden público o las normas éticas aceptadas socialmente, las buenas costumbres.

El tercer concepto abordado es el bienestar psicológico, que engloba aspectos como la salud mental, la percepción de uno mismo, la toma de decisiones y la capacidad para afrontar situaciones adversas. Según García et al. (2020), el bienestar psicológico está asociado con niveles ideales de funcionamiento, lo que incluye una interacción armoniosa entre el individuo y su entorno, junto con actitudes internas que fomentan el desarrollo personal (p. 182).

El último concepto por considerar es el bienestar emocional, que implica mantener una gama saludable de emociones, siendo capaz de reconocerlas, expresarlas de manera apropiada y gestionarlas efectivamente. Según Blanco y Blanco (2021), las emociones son componentes fundamentales del funcionamiento del individuo, ya que constituyen respuestas corporales destinadas a adaptarse al entorno (p. 23).

Con respecto a la relación de normas a analizar, tenemos normas nacionales e internacionales. Sobre las normas nacionales, están la Constitución Política del Perú, la Ley 26842, Ley General de Salud y el Código Civil. En cuanto a las normas internacionales, están la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

## 4. Cuestiones previas

### 4.1. Derechos reproductivos y sexuales

Los derechos humanos son inherentes a la condición humana y entre ellos se encuentra el derecho a la salud. Acorde a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la salud abarca aspectos integrales como la salud mental, sexual, reproductiva y física. Por lo tanto, los Estados están comprometidos, bajo responsabilidad internacional, a garantizar la salud sexual y reproductiva de sus ciudadanos. Esta protección debe ser regulada y supervisada por el Estado, considerando tanto la atención médica como los servicios proporcionados por entidades públicas y privadas, con el propósito de prevenir posibles violaciones de los derechos humanos de los pacientes por parte de los profesionales de la salud. Sin embargo, en la actualidad persisten desigualdades en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en América Latina debido a limitaciones en la calidad de los servicios, influenciadas por desigualdades sociales y sistemas económicos variados en cada país, lo que impacta en la disparidad de la atención proporcionada por entidades tanto públicas como privadas.

#### 4.1.1. *Derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la reproducción*

Antes de comenzar con la explicación de este derecho debemos comprender el término de maternidad. En el siglo XVIII comienza a tratarse el concepto de la maternidad, sucedió en un periodo con una división de roles de género; mientras que las mujeres se ocupaban de la crianza y tareas domésticas y los hombres fueron relegados a ser proveedores de la familia. Ello contribuyó a la creación del concepto idealizado de la maternidad. La maternidad comenzó a ser concebida como un fenómeno social que se basaba en dos elementos: el “amor materno” y el “instinto maternal”.

En la actualidad, las mujeres han logrado ingresar al mercado laboral, lo que ha llevado a cambiar los roles de crianza o ha aumentado la carga que se les da a las mujeres como parte de la familia porque deben equilibrar su trabajo con las responsabilidades de la maternidad. Además, la sociedad ha considerado ciertos requisitos para que la maternidad sea aceptada; es así como las mujeres enfrentan presiones desde el tiempo de embarazo. Como indica Balaguer (2022), la maternidad muchas veces es considerada como esencial en la vida de la mujer, pero para la sociedad las mujeres deben cumplir ciertas normas para evitar cuestionamientos (p. 13). Es así que la maternidad ha atravesado diferentes épocas, pero aún mantiene el concepto de instinto maternal para calificar una buena o mala maternidad; lo que no aplica dentro de la paternidad.

Al hablar del derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la reproducción, se subraya la importancia de respetar las decisiones individuales sobre el cuerpo y la vida sexual. Este derecho abarca la posibilidad de vivir y disfrutar plenamente de la sexualidad, el respeto a la intimidad y a la vida privada, así como la libertad de elegir con quién compartir la vida y la sexualidad. Todos estos aspectos están relacionados con el concepto de autonomía reproductiva.

Esta autonomía reproductiva incluye tener voz en decisiones sobre la relación sexual y el uso de métodos anticonceptivos, lo que apoya el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la reproducción. Según Bolatti y Gomez (2021) en su investigación respecto de la participación en estos dos aspectos, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la reproducción, lo que representa una mayor presión social sobre los hombres para ser sexualmente activos. Sobre el uso de métodos anticonceptivos, el estudio indica que los varones tienen una mayor tendencia a tomar decisiones sobre el uso de métodos anticonceptivos por sí mismos, mientras que las mujeres tienden a tomar estas decisiones en conjunto con su pareja.

#### 4.1.2. *Consideraciones sobre la maternidad subrogada*

La maternidad subrogada, una técnica de reproducción asistida, implica que una madre sustituta lleve a cabo el embarazo y el parto en lugar de una pareja o individuo que desean tener un hijo biológico, ya sea por una compensación económica o de manera altruista. Sin embargo, esta práctica plantea profundas cuestiones éticas, especialmente en relación con la posible explotación de las mujeres que actúan como madres gestantes. Se argumenta que muchas de ellas se ven impulsadas por necesidades económicas. Además, se destaca la relevancia de proteger los derechos de los niños nacidos de maternidad subrogada, ya que pueden enfrentar desafíos como la separación de la madre biológica, la mercantilización o problemas de identidad.

Desde una perspectiva económica y legal, la maternidad subrogada se considera un medio para satisfacer los intereses mutuos de las partes involucradas. La pareja solicitante encuentra satisfacción en el aspecto reproductivo y filial, mientras que las madres gestantes obtienen un beneficio económico que puede mejorar su calidad de vida y contribuir a la realización de sus proyectos personales. No obstante, éticamente se critica la posibilidad de cosificar a los niños e incluso considerarlos como “productos imperfectos”. Por otro lado, se argumenta que la maternidad subrogada podría ser una opción valiosa para parejas infértiles que no desean adoptar, ya que el niño sería deseado y esperado, lo que reduciría la posibilidad de rechazo por parte de los padres biológicos.

La maternidad subrogada también tiene implicaciones en el ámbito laboral, ya que plantea dilemas relacionados con el reconocimiento de los derechos laborales de las mujeres gestantes y puede reforzar estructuras de dominación y subordinación, como señala Castellanos (2019), destacando la posición vulnerable en la que queda la mujer gestante (p. 75). Otra discusión se centra en cómo los controles de precios pueden afectar negativamente la maternidad subrogada, generando escasez y una disminución en la calidad del servicio. Además, algunos argumentan que solo la madre biológica debería tener derechos legales sobre el niño. En este contexto, Varsi-Rospigliosi y Mardini-Burgos (2021) subrayan la situación de la maternidad subrogada en nuestro país, señalando el vacío legal que genera inseguridad para las partes involucradas en este tipo de práctica médica (p. 176). Es importante regular la maternidad subrogada con leyes que permitan esta práctica, apoyadas por instituciones adecuadas que fomenten la reproducción asistida como un derecho legítimo de las personas.

#### **4.2. El interés superior del niño en la maternidad subrogada**

El principio del interés superior del niño representa la prioridad otorgada a los derechos de los niños y adolescentes por encima de los derechos de cualquier otra persona, particularmente en situaciones que les afecten. Este principio se fundamenta en la noción de que los niños son una población vulnerable y merecen protección por parte del Estado. Está consagrado en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, donde se establece que los niños tienen derecho a igualdad de trato y no deben ser discriminados por motivos como género, raza, religión u origen étnico. Se reconoce que en todas las acciones y decisiones que afectan a los niños, su interés superior debe ser una consideración primordial. Además, se destaca que los niños tienen derecho a vivir y desarrollarse de manera óptima, y se debe tomar en cuenta su opinión en los asuntos que les conciernen, según su edad y madurez.

En el contexto de la maternidad subrogada, se plantea un debate centrado en el interés superior del niño. La aceptación de esta práctica en países donde está prohibida o carece de reconocimiento legal puede presentar complicaciones al momento de registrar la filiación de los niños nacidos como resultado de contratos de maternidad subrogada en registros civiles. Valero (2019) identifica al menos tres problemas que afectan el interés superior del niño en relación con la maternidad subrogada: los desafíos para que los niños conozcan su origen y tengan acceso a información de filiación debido a problemas en los registros civiles; la falta de reconocimiento legal que podría dejar a los niños en una posición vulnerable, sin claridad en sus derechos y estatus; y la posible afectación emocional si enfrentan desafíos legales o incertidumbre sobre su estatus legal y de filiación

(p. 433). Por tanto, es necesario revisar y garantizar la protección de los derechos de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada.

Con relación a la evaluación del principio del interés superior del niño en los casos de maternidad subrogada, es crucial considerar el beneficio para el desarrollo integral del niño. Según Chaparro (véase Anexo 1), en su afirmación especializada en bioética y bioderecho, se debe comprender este principio en términos de lo que verdaderamente resulta beneficioso para el desarrollo completo de la persona. En la maternidad subrogada, el convenio se produce antes del nacimiento de la persona y puede carecer de asesoramiento sobre las consecuencias, ventajas o desventajas que puede generar en la persona que nace como resultado de esa gestación. Por otro lado, Chávez (véase Anexo 1), con una perspectiva especializada en derechos humanos, destaca la importancia de asegurar plenamente los derechos del niño en relación con su vida, calidad y entorno emocional seguro y saludable. La evaluación del interés superior del niño en casos de maternidad subrogada debe garantizar que sus derechos básicos estén completamente protegidos, asegurando su bienestar general y un entorno emocional saludable. Asimismo, Lydia Feito Grande, ofrece una perspectiva ética y reflexiva sobre la gestación subrogada en España y considera que la gestación subrogada debe ser excepcional y utilizada solo en situaciones extraordinarias, cuando todas las demás opciones de reproducción asistida han sido agotadas y solo en casos de infertilidad que impidan la gestación.

#### 4.2.1. *Protección de los derechos del niño nacido por subrogación*

El reconocimiento y protección de los derechos del no nacido desde su concepción es crucial en el marco legal para salvaguardar su bienestar y desarrollo, especialmente en situaciones de maternidad subrogada. Esta práctica plantea desafíos filiatorios, donde el principal conflicto se centra en la situación de los menores. En países donde no existe regulación, como en el caso de nuestro país, esta situación genera incertidumbre y requiere una atención prioritaria por parte de tribunales y legisladores. Reyes (2022) indica que la ausencia de regulación puede limitar al niño de conocer sus orígenes, lo que afecta su desarrollo pleno.

A nivel internacional, existen diversas posturas sobre la maternidad subrogada. Algunos países la prohíben por considerarla una práctica que atenta contra la dignidad de las personas y el derecho a la identidad de los niños. Otras posturas permiten la maternidad subrogada, con algunas diferencias. Una de ellas se basa en razones altruistas, resaltando que la maternidad subrogada no afecta los derechos de los niños. El problema surge cuando los niños son vistos como productos y no como personas con derechos. En cuanto a los factores que podrían influir en el bienestar psicológico y emocional de

los niños nacidos a través de maternidad subrogada, Chaparro (véase Anexo 1) destaca la importancia de conocer su origen genético para evitar desequilibrios en su desarrollo emocional. Por su parte, Chávez (véase Anexo 1) señala la necesidad de un entorno libre de violencia, cuidado y cariño, y la importancia de que se les informe sobre su concepción para contribuir a su historia de vida y su sentido de pertenencia. Lydia Feito (2018) argumenta que, a pesar de la prohibición de la gestación subrogada en España, los niños nacidos de este proceso en otros países deben ser protegidos y tener acceso a condiciones de vida adecuadas, lo que implica permitir su inscripción en el Registro Civil y garantizar su cuidado familiar.

En cuanto a nuestro país, la regulación de la maternidad subrogada debe ser cuidadosa para no dejar que los derechos de los niños sean considerados por debajo de esta práctica. Hinostroza (2021) sugiere que esta técnica sea incluida en el Libro de Familia para asegurar el respeto por los derechos fundamentales del nuevo ser, reconocer el derecho a conocer su identidad biológica, el derecho a la salud mental y garantizar el cuidado íntegro por parte de los padres (p. 95). Por lo tanto, se evidencia una necesidad de la doctrina por regular el procedimiento de la maternidad subrogada, ya sea el sector que considera que es parte de los derechos sexuales y reproductivos y que cualquier persona puede elegir libremente la técnica de reproducción asistida de su preferencia, o el sector que indica que el contenido económico de la maternidad subrogada afecta negativamente el interés superior del niño. Respecto de las medidas o regulaciones necesarias para proteger el bienestar de estos niños, Chaparro (véase Anexo 1) sugiere modificar la legislación para permitir la práctica de manera legal y regulada. Chávez (2023) destaca la importancia de garantizar su identidad, nacionalidad y reconocimiento pleno de sus derechos. Feito (2018) destaca la importancia de proteger a la mujer gestante contra cualquier forma de explotación o vulnerabilidad, independientemente de si la gestación es altruista o comercial.

### **4.3. Implicaciones de la maternidad subrogada**

Como se ha discutido en los subapartados previos, la maternidad subrogada se entrelaza con los derechos sexuales y reproductivos de las personas, y está vinculada al principio del interés superior del niño. Esta práctica conlleva implicaciones y repercusiones en múltiples esferas, que podemos categorizar en los ámbitos social, ético y jurídico. A pesar de la carencia de legislación específica al respecto en nuestro país, los juristas han buscado favorecer el interés superior del niño en los casos relacionados con la maternidad subrogada, lo que ha resultado en un predominio a favor de los comitentes. Este preámbulo anticipa las implicaciones que se abordarán en los próximos apartados.

#### 4.3.1. *Implicaciones legales*

Uno de los primeros problemas legales que surgen, anticipado en secciones anteriores, es la falta de regulación en el proceso de maternidad subrogada, lo que impacta en la filiación y la dignidad del menor. Esta carencia otorga a los jueces la autoridad y discreción para tomar decisiones, basándose en argumentos legales sólidos más que en arbitrariedades. En muchas instancias, recurren a principios generales del derecho para salvaguardar derechos fundamentales. Muñoz (2022) indica que existen casos problemáticos relacionados con la maternidad subrogada identificados por la Comisión Palacios, como enfermedades contraídas por la mujer subrogante, solicitudes de aborto por mujeres estériles, niños con malformaciones no aceptados por la pareja solicitante, renuncia del hijo por parte de la mujer gestante con daños psicológicos, y el deseo posterior de la madre subrogante de establecer contacto con el hijo (p. 261-262).

Por tanto, es crucial considerar diversos factores al establecer regulaciones sobre la maternidad subrogada. Ávila (2021) propone un enfoque equilibrado que siga tendencias internacionales, permitiendo esta práctica, pero manteniendo restricciones y regulaciones específicas (p. 161). Esto significaría establecer reglas y responsabilidades para las madres gestantes, verificar el consentimiento informado, poner límites a la gestación subrogada, y establecer requisitos de salud y edad. También se admitirá a parejas casadas, parejas en unión libre o personas solas para que accedan a la maternidad subrogada. Asimismo, se debe garantizar el interés superior del menor concebido por maternidad subrogada, asegurando la protección de sus derechos y bienestar. Se requiere especial atención a las normativas de filiación de los hijos nacidos mediante este proceso.

Con relación a los desafíos legales y éticos asociados con la maternidad subrogada en nuestro país, según Katia Chaparro (véase Anexo 1), el principal desafío legal radica en la prohibición total de esta práctica por la legislación vigente. Desde una perspectiva ética, plantea la complejidad de esta situación al cuestionar si la maternidad subrogada realmente beneficia a las personas involucradas, tanto a la pareja como al futuro niño. También evalúa si esta técnica puede causar daño a los agentes implicados, así como si es justa, considerando su alto costo y su inaccesibilidad para personas con recursos limitados. Además, destaca la cuestión de la autonomía, señalando que, si bien la pareja o el padre/madre pueden decidir participar en la maternidad subrogada, el niño resultante de esta técnica no tiene participación autónoma en ella.

#### 4.3.2. *Implicaciones éticas*

Las implicaciones éticas de la maternidad subrogada plantean el debate sobre si esta práctica representa solidaridad o explotación. Sasaguay et al. (2021) destacan varias posiciones bioéticas sobre el tema. Algunas están a favor, apoyadas en el utilitarismo y la ética contractualista. Otras están en contra, como la ética kantiana y posestructuralista. También hay posturas neutrales, como la ética hegeliana y el libertarismo (pp. 38-39). Este debate ético abarca tanto el ámbito ético como el médico, por lo que es crucial fomentar discusiones a nivel nacional e internacional para establecer regulaciones que protejan el bienestar de todas las partes involucradas.

Dentro del análisis ético de estas prácticas, Martínez (2021) señala que la cuestión ética en torno a la maternidad subrogada es intrínsecamente compleja y polarizante, con diversas opiniones al respecto (p. 36). En estas implicaciones éticas, se considera la preocupación de que la maternidad subrogada pueda derivar en la mercantilización del cuerpo de la mujer y la explotación de servicios reproductivos. Asimismo, se plantea la inquietud sobre la cosificación de los niños, temiendo que puedan ser tratados como productos o mercancías en lugar de seres humanos con derechos y dignidad. Además, se destaca la necesidad de regulaciones para proteger la salud de todas las personas involucradas en el proceso de maternidad subrogada.

Un tema debatido recientemente es el aborto en casos de anomalías fetales, lo que incluye consideraciones sobre el consentimiento de ambas partes y la definición de procedimientos para tales situaciones. Por último, otro asunto objeto de debate es el derecho del hijo a conocer su origen biológico, una implicación ética de suma importancia, ya que se plantea que las leyes deben abordar si el hijo nacido a través de maternidad subrogada tiene el derecho de conocer su origen biológico y cómo se protegerá este derecho.

#### 4.3.3. *Implicaciones sociales*

La maternidad subrogada, en el ámbito social, plantea la posibilidad de crear nuevas estructuras familiares, con padres biológicos que no son los padres gestantes, lo que puede generar interrogantes sobre la filiación y la identidad de los hijos nacidos a través de este proceso. Desde el punto de vista económico, la maternidad subrogada está a menudo relacionada con el dinero que tienen los comitentes, lo que genera preocupaciones sobre la justicia y el acceso igual para todos a la tecnología reproductiva. Muñoz Gómez (2022) sugiere que este proceso presenta transformaciones en los conceptos de filiación, maternidad y paternidad, así como la explotación potencial de mujeres gestantes, quienes

podrían ser económicamente vulnerables y sentirse presionadas a ser gestantes de alquiler debido a la compensación financiera ofrecida (p. 2305).

La maternidad subrogada demanda una labor educativa dirigida al público en general, que no necesariamente recurre a esta técnica, para comprender sus implicaciones y desafíos. Además, la diversidad cultural puede dar lugar a debates y conflictos cuando individuos de distintos países y culturas se involucran en acuerdos de maternidad subrogada. El debate social se conecta con el marco legal y temas éticos, porque la maternidad subrogada necesita un análisis desde diferentes disciplinas para entender su naturaleza y ofrecer recomendaciones adecuadas para una posible regulación en nuestro país.

La experta Chávez (véase Anexo 1) señala que los desafíos más significativos en torno a la maternidad subrogada se encuentran en las barreras sociales. Ella dice que no hay una regulación específica porque todavía se considera que la familia debe ser heteronormativa. Esto significa que hay una idea fija sobre la división de roles entre hombres y mujeres, que establece quién es el padre y quién es la madre. Opina que, una vez que se resuelvan estas cuestiones, es probable que se establezca una legislación más garantista.

## 5. La maternidad subrogada en el derecho comparado

### 5.1. Panorama internacional

#### 5.1.1. *Convención sobre los Derechos del Niño*

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) es un tratado internacional que establece los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños. Dicho documento se basa en la premisa de que los niños son individuos con derechos propios, no simplemente pertenencias de sus padres o futuros adultos en formación. Desde la perspectiva legal, podemos referir que todos los niños tienen derecho a todos los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y otros tratados internacionales, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Dentro de esta gran gama de derechos podemos identificar el Artículo 12, con el cual la Convención establece que los niños tienen el derecho a expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que les afecten y a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta. Este derecho es esencial para

que los niños participen en los procesos que buscan esclarecer la verdad sobre violaciones de sus derechos.

#### 5.1.2. *Comité de los Derechos del Niño*

- **Observación general N. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial**

El interés superior del niño es un concepto fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño, que se debe evaluar en cada contexto particular para asegurar que las decisiones y medidas que les afectan les beneficien de manera primordial. Este principio es un derecho, un principio fundamental y una norma de procedimiento que tiene como objetivo garantizar el pleno y efectivo disfrute de todos los derechos reconocidos por la Convención y promover el desarrollo integral del niño. La Observación General N. 14 del Comité de los Derechos del Niño destaca que el interés superior del niño debe ser evaluado y determinado individualmente en cada caso particular, así como colectivamente en decisiones que afecten a grupos de niños o a los niños en general. El concepto es flexible y adaptable, y debe ser interpretado de manera que se ajuste a la situación concreta del niño o los niños afectados, considerando el contexto, la situación y las necesidades personales.

Para aplicar este principio, la Observación General destaca que todas las acciones y decisiones de instituciones públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener en cuenta el interés superior del niño como prioridad. Esto incluye procedimientos judiciales y administrativos, políticas y legislaciones, y la participación de los niños en la toma de decisiones que les afectan. Además, el interés superior del niño está intrínsecamente vinculado a otros principios de la Convención, como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a ser escuchado. En resumen, la Observación General N. 14 proporciona una guía detallada para asegurar que el interés superior del niño sea aplicado de manera efectiva y uniforme, garantizando su bienestar y el respeto a todos sus derechos.

#### 5.1.3. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha abordado diversos casos de gestación subrogada, subrayando la importancia del derecho a la vida privada y el interés superior del menor. En particular, el TEDH ha establecido que los Estados deben garantizar el desarrollo adecuado de la identidad de los niños nacidos mediante esta técnica, como se refleja en su fallo sobre el caso *A.M. v. Noruega*, donde se reafirma la jurisprudencia que exige el reconocimiento del vínculo de filiación con al menos uno de los padres intencionales para proteger el derecho a la vida privada del menor. Este enfoque se alinea

con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que protege la vida privada y familiar, asegurando que los menores puedan desarrollar plenamente su identidad. Godoy Vázquez (2018) señala que la jurisprudencia del TEDH exige a los Estados que tomen en cuenta el interés superior del menor al resolver conflictos de filiación relacionados con la gestación subrogada, reafirmando así la protección de los derechos de los niños en un contexto legal y ético complicado. La posición del TEDH se observa en los casos *Mennesson vs. Francia* y *Labassee vs. Francia*, donde se determinó que la negativa de las autoridades francesas a reconocer la filiación establecida en el extranjero vulneraba el derecho de los menores a su vida privada. El TEDH destacó que el derecho a la identidad, incluida la filiación, es parte integral del derecho a la vida privada, y que los Estados deben equilibrar sus intereses con el respeto al interés superior del menor. Duran (2023) realiza precisiones adicionales al caso *A.M. v. Noruega*, señala que la solicitante argumentó una posible violación del artículo 8 del CEDH, que protege el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, el TEDH dijo que no era aceptable su petición de mantener contacto con el menor, porque no utilizó todas las opciones disponibles en su país, lo cual es un requisito importante para hacer una solicitud ante el TEDH. Además, el tribunal consideró que la prohibición de la gestación subrogada en Noruega estaba estrechamente relacionada con la negativa del país a reconocer la maternidad legal de la solicitante.

## 5.2. EE. UU.

La gestación subrogada en los Estados Unidos es un proceso legalmente complejo y altamente variable según el estado donde se desarrolle. En dicho país, esta práctica se ha convertido en un proceso ampliamente aceptado y regulado en varios estados. A diferencia de otros países, las regulaciones y leyes relativas a la gestación subrogada varían significativamente de un estado a otro en los Estados Unidos. Según Ramírez (2016), no existe una legislación unificada sobre este tema en el país (p. 26). Por ejemplo, algunos estados como Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada e Illinois permiten la gestación subrogada para cualquier tipo de familia, incluyendo parejas heterosexuales, homosexuales o personas solteras. Sin embargo, en estados como Nueva York, Arizona y Michigan, esta práctica es considerada un delito penal. Por otro lado, en Kansas, Louisiana, Nebraska e Indiana, la gestación subrogada está completamente prohibida y los contratos relacionados con ella se consideran nulos.

En otros estados, se imponen condiciones específicas, como la aprobación de un juez en Texas, la contribución de gametos de ambos miembros de la pareja en Tennessee, o la prohibición de la gestación comercial en Nueva Jersey. En Vermont, se requiere

una sentencia judicial posterior al parto. Los contratos de gestación subrogada se pueden clasificar en dos categorías: altruista y comercial. Los primeros implican que la madre subrogada no recibe un pago sustancial más allá de los gastos médicos relacionados con el embarazo, mientras que, en los contratos comerciales, se compensa a la madre subrogada de diversas formas, incluyendo una suma de dinero.

La gestación subrogada en los Estados Unidos es a menudo facilitada por agencias de gestación subrogada, que ayudan a las parejas o individuos a encontrar una gestante adecuada y guían a las partes a lo largo del proceso. Los acuerdos entre las partes suelen ser legales y se llevan a cabo con un alto grado de profesionalismo. Además, en muchos estados, la gestante puede recibir una compensación, lo que permite que más mujeres estén dispuestas a considerar esta opción.

En general, los Estados Unidos se han convertido en un destino atractivo para aquellos que buscan la gestación subrogada debido a su enfoque flexible y regulación en constante evolución que respeta las necesidades y deseos de las partes involucradas en este proceso de reproducción asistida. Estados Unidos se destaca por su enfoque ético y fiable en la gestación subrogada en comparación con otros países que han tenido problemas en este ámbito. Algunos estados permiten la gestación subrogada tanto gestacional como tradicional, donde la gestante puede o no estar genéticamente relacionada con el bebé.

### **5.3. Reino Unido**

En el Reino Unido, la gestación subrogada se rige por una legislación que permite la práctica únicamente en un contexto altruista, donde no se permiten pagos o compensaciones a la madre sustituta por sus servicios. Aunque la gestación subrogada es legal en el Reino Unido bajo la Surrogacy Arrangements Act de 1985, continúa siendo un proceso legalmente complicado debido a la falta de una legislación detallada. Según la ley británica, a pesar de permitir los acuerdos de gestación subrogada, es fundamental tener en cuenta que, tras el nacimiento, la gestante es considerada la madre legal del niño, incluso si no tiene una relación genética con él. Es importante destacar que los contratos de gestación subrogada no son vinculantes en el Reino Unido, lo que significa que, aunque se hayan formalizado y se hayan cubierto los gastos de la gestante, no tienen fuerza legal. Este enfoque legal tiene como objetivo principal proteger a todas las partes involucradas en el proceso y prevenir la explotación o la comercialización del cuerpo humano. Según Ávila (2017), “El Reino Unido permite a la gestante cambiar de opinión antes y durante un período después de dar a luz, examinando el consentimiento de las partes y evaluando el interés superior del niño tras su nacimiento” (p. 330).

Bajo esta legislación, la madre sustituta y, en caso de tenerlo, su esposo, son automáticamente reconocidos como los padres legales del bebé nacido a pesar de no tener ningún vínculo genético con el niño. Cualquier acuerdo o documento celebrado con la madre sustituta carece de fuerza legal, y los padres biológicos sólo pueden obtener la paternidad legal a través de un proceso judicial, que puede ser un proceso complejo y lleno de incertidumbre. Sin embargo, existe un procedimiento legal mediante el cual la paternidad puede ser transferida de la gestante y, en caso de que exista, su marido, a los padres intencionales. Esto se puede lograr a través de una solicitud de paternidad o por medio de un proceso de adopción. La Surrogacy Arrangements Act 1985 también establece que cualquier forma de negociación de acuerdos de gestación subrogada con fines comerciales es ilegal en el Reino Unido y está sujeta a sanciones penales. Además, se prohíben los anuncios que ofrezcan mujeres dispuestas a ser gestantes o padres que busquen gestantes en medios de comunicación publicados en el Reino Unido, y quienes los publiquen enfrentarán consecuencias legales. No obstante, esta prohibición no se aplica a entidades sin ánimo de lucro.

Para las parejas en el Reino Unido que desean recurrir a la gestación subrogada, este enfoque legal presenta desafíos y complicaciones, pero también garantiza una mayor seguridad y protección para todas las partes involucradas. Los padres en busca de la paternidad legal pueden hacerlo a través de dos vías: solicitando una Ordenanza de derechos de los padres en la corte o, en caso de que no exista un vínculo genético entre los padres y el bebé, optar por la adopción con el permiso por escrito de la madre sustituta. Alghrani & Griffiths (2017) señalan que a pesar de que la gestación subrogada es ahora más visible y socialmente aceptable, la legislación actual, centrada en la prohibición de la comercialización, está desactualizada. La evolución de la tecnología y la globalización han hecho que los acuerdos de gestación subrogada sean más accesibles, lo que ha generado confusión y falta de coherencia en la ley (p. 186). A pesar de los desafíos inherentes, cuando se siguen los procedimientos adecuados y se cumplen los requisitos, las audiencias judiciales generalmente se desarrollan de manera eficiente. Los abogados especializados, como los de Feskov Human Reproductive Group, brindan asistencia a los padres para garantizar un proceso legal exitoso, lo que está incluido en los paquetes completos de gestación subrogada que ofrecen.

La legislación de gestación subrogada en el Reino Unido refleja un enfoque ético y legal que pone un fuerte énfasis en el altruismo y la protección de las partes involucradas. Aunque el proceso puede ser complicado, se centra en garantizar que la gestación subrogada se realice en interés del bienestar de todos los implicados y no como un acto comercial. La regulación legal de esta práctica es fundamental para garantizar

la seguridad, los derechos y la protección de las personas involucradas en el proceso de gestación subrogada en el Reino Unido.

#### 5.4. España

La legislación vigente en España prohíbe de manera tajante la gestación subrogada, dejando claro que la madre biológica es la gestante. Esta prohibición se sustenta en la Ley 14/2006 y se reafirma en la reciente Ley Orgánica 1/2023, que además prohíbe la promoción comercial de estas técnicas. La normativa no deja lugar a ambigüedades, estableciendo la nulidad de pleno derecho de cualquier contrato de gestación subrogada, con consecuencias legales, tanto civiles como penales, según el artículo 221.1 del Código Penal.

En España, la gestación por sustitución, también conocida como gestación subrogada, ha generado gran controversia y ha sido categóricamente prohibida. Esta posición se fundamenta en consideraciones éticas, legales y sociales. Regalado (2016) indica que la gestación subrogada se encuentra prohibida debido a que se considera incompatible con los principios y valores esenciales que conforman nuestro sistema legal (p. 32). El principal argumento radica en que esta práctica podría llevar a la explotación de las mujeres gestantes y a la mercantilización del cuerpo humano, dado que implica acuerdos financieros entre las partes involucradas.

A pesar de la prohibición, en España existe una compleja realidad legal que contempla el reconocimiento de los derechos del menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero. La Ley 54/2007, de adopción internacional, permite adoptar niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, siempre que no vulnere el orden público español. Sin embargo, la Ley 26/2015 ha complicado aún más la situación al prohibir adopciones internacionales cuando se hayan obtenido mediante pago o compensación, afectando así los casos de gestación subrogada.

Desde una perspectiva legal, la prohibición de la gestación subrogada en España ha creado un escenario complejo y matizado, donde la interpretación de las leyes y la jurisprudencia desempeñan un papel crucial en la determinación de los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas. Esta cuestión se vuelve más compleja debido a los avances médicos y tecnológicos que permiten a las personas recurrir a la gestación subrogada en el extranjero, lo que plantea interrogantes sobre la nacionalidad y los derechos de los niños nacidos de esta manera en España. Emaldi (2018) aboga por la regulación de la maternidad subrogada en España, permitiéndose en casos específicos y bajo estrictas condiciones, abordando aspectos como la revocación del consentimiento,

el derecho del hijo a conocer su origen biológico y la protección de todas las partes involucradas en los contratos de maternidad subrogada. Esto se fundamenta en la búsqueda de un equilibrio entre la demanda social y la salvaguarda de los derechos y garantías de los implicados en este proceso de reproducción asistida (p. 132).

## 6. La maternidad subrogada en el Perú

### 6.1. Situación actual de la maternidad subrogada en el Perú

La maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada o vientre de alquiler, ha sido un tema de creciente interés y debate en el Perú. Esta práctica plantea interrogantes éticas, legales y sociales, generando profunda reflexión tanto en la sociedad como en las instancias gubernamentales. En el contexto peruano, la situación actual de la maternidad subrogada es objeto de análisis y discusión debido a la carencia de una regulación clara que defina los derechos y responsabilidades de las partes involucradas en este proceso. Esta situación hace fundamental examinar los diferentes puntos de vista y las implicaciones legales y éticas asociadas con esta práctica en el ámbito nacional.

#### 6.1.1. Aspectos culturales y sociales en torno a la maternidad subrogada en el Perú

La gestación subrogada en Perú se encuentra en un complejo limbo legal al no estar ni permitida ni prohibida, lo que genera incertidumbre y conflictos legales. En un contexto donde la mayoría conservadora del país muestra reticencia a legislar sobre este tema, la ausencia de regulación ha provocado problemas significativos en la práctica. La falta de normativas claras referentes a la gestación subrogada dificulta el registro de los bebés, ya que la madre biológica, quien da a luz, es automáticamente reconocida como la madre legal, generando incertidumbre sobre la identidad y el cuidado del niño.

Este fenómeno se enfrenta a una compleja problemática social y jurídica en Perú. Mientras que para Pastore (2018), la gestación subrogada socava la dignidad humana al considerar tanto al niño como a la madre subrogada como meros medios para satisfacer los deseos de terceros (p. 27), otras posturas, como la de Ávila (2021) argumenta que el niño concebido a través de gestación subrogada es resultado del anhelo de una pareja por la paternidad, lo que podría sugerir que el menor no se encuentra expuesto a los riesgos mencionados (p. 448). La ausencia de una postura definida en la doctrina, junto con la falta de regulación, transforma la maternidad subrogada en un simple debate en vez de considerarla como un tema legal que necesita una buena regulación para tratar problemas sociales.

El retraso en la maternidad, influenciado por factores económicos, laborales y personales, ha impulsado un aumento en la demanda de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, la falta de regulación ha dado lugar a problemas notables, como costos elevados en clínicas privadas y un mercado clandestino de gestación subrogada, llevando a algunas parejas a buscar este servicio fuera del país. Como menciona Rupay (2018), la carencia de marcos normativos adecuados ha provocado conflictos potenciales entre las mujeres gestantes y las parejas que buscan tener un hijo mediante gestación subrogada (p. 109). Los vínculos emocionales entre la gestante y el bebé pueden desencadenar conflictos si la gestante decide no entregar al bebé según lo acordado previamente o si busca beneficios económicos adicionales. Estos problemas sociales muestran la urgente necesidad de tener reglas claras y específicas en el país para tratar las diferentes cuestiones éticas, legales y sociales relacionadas con la maternidad subrogada.

#### 6.1.2. *Legislación vigente en torno a la maternidad subrogada en el Perú*

La ausencia de una regulación clara en Perú sobre la gestación subrogada ha generado una serie de complicaciones y preguntas legales significativas. La legislación actual, como el artículo 7 de la Ley General de Salud, que establece que la condición de madre genética y gestante debe ser la misma persona, plantea ambigüedades en cuanto a su aplicación en casos de gestación subrogada altruista. Esta disposición, al ser interpretada literalmente, podría considerarse como una prohibición de la gestación subrogada debido a la diferencia entre la madre genética y la gestante.

La interpretación de esta norma ha generado discrepancias en el sistema judicial peruano, reflejando la falta de consenso sobre su aplicación. La Corte Suprema ha emitido fallos que cuestionan la validez de la maternidad cuando la madre gestante no es la misma que la madre genética, lo que ha llevado a situaciones donde se niegan derechos maternos a quienes han gestado al bebé, pero no comparten el vínculo genético. Sin embargo, otras instancias judiciales han adoptado una postura diferente, argumentando que no existe una prohibición explícita de la gestación subrogada y que, por lo tanto, no se puede considerar como ilícita. Según Mora (2022), el sistema judicial ha emitido fallos específicos donde se han validado casos de ovodonación y gestación subrogada. Esta interpretación se fundamenta en la ausencia de una prohibición expresa en el artículo 7 de la Ley General de Salud, lo que ha llevado a la conclusión de que dichas prácticas podrían ser aplicables. (p. 17). Esta falta de consenso legal genera inseguridad jurídica y crea un ambiente de incertidumbre para aquellos que buscan este método de reproducción asistida en el país.

Estos desacuerdos legales reflejan la necesidad urgente de una regulación específica que aclare las ambigüedades y resuelva los dilemas legales asociados con la gestación

subrogada en Perú, proporcionando claridad y seguridad jurídica para todas las partes involucradas. Con relación a la falta de regulación clara, Llontop (2021) sostiene que la falta de regulación legislativa sobre la maternidad subrogada refleja una carencia de interés y compromiso por parte de los legisladores hacia los derechos fundamentales y los principios constitucionales que deberían considerarse como un conjunto unificado e indivisible (p. 50).

## 6.2. Debate en torno a la maternidad subrogada en el Perú

### 6.2.1. *Argumento a favor de esta práctica*

Los defensores de la maternidad subrogada en Perú resaltan su importancia como una alternativa valiosa para parejas con dificultades de concepción natural. Argumentan que una regulación legal específica es crucial para establecer condiciones y procedimientos que aseguren un proceso ético y seguro, protegiendo así los derechos de todas las partes involucradas. Sostienen que la falta de regulación impide asegurar la continuidad genética y el entorno familiar deseado, lo que resulta en la violación del derecho humano de formar una familia para los ciudadanos peruanos. En contraposición a las críticas sobre la maternidad subrogada, Valdés (2014) rebate un argumento contra esta práctica al indicar que se ha objetado desde el principio del interés del niño. Mientras se ha argumentado que el uso de la maternidad subrogada convierte al niño en un objeto contractual, afectando su dignidad, Valdés sostiene que los contratos de gestación por sustitución no tienen como objetivo al niño como tal, sino exclusivamente la prestación del servicio de gestación y parto, centrado en la capacidad de la madre sustituta (p. 480).

Además, se enfatiza que, aunque algunos aspectos podrían ser vulnerables sin una regulación adecuada, una legislación específica protegería las relaciones entre la madre con intención procreacional, la madre sustituta y el recién nacido. En este sentido, Tena (2022) concluye que la maternidad subrogada, particularmente en su modalidad comercial, es compatible con la Constitución peruana de 1993 (p. 129). Destaca que esta práctica está ligada al desarrollo personal de las personas que desean ser padres y que la ausencia de regulación no protege a quienes buscan acceder a ella, sino que los expone a la vulnerabilidad al no poder garantizar sus derechos ni los del futuro niño. Asimismo, resalta que la maternidad subrogada respeta la autonomía y el derecho al libre desarrollo, permitiendo a las parejas ejercer su derecho a la paternidad. Sin embargo, enfatiza que la falta de regulación no vulnera directamente el derecho a la identidad de los niños nacidos por esta vía, sino que genera incertidumbre debido a la carencia de normativas adecuadas en el registro de sus datos personales.

### 6.2.2. *Argumento en contra de esta práctica*

En Perú, los detractores de la maternidad subrogada plantean preocupaciones sobre la falta de regulación legal que rodea a esta práctica, señalando la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales, especialmente el derecho a formar una familia. Argumentan que la ausencia de leyes específicas podría propiciar situaciones explotadoras tanto para las mujeres gestantes como para los niños nacidos mediante este método. Existen temores sobre cómo la maternidad subrogada podría impactar la dignidad del niño, al ser tratado como un objeto dentro de un contrato, lo que podría generar problemas de identidad y dificultades para conocer sus raíces. Asimismo, preocupa que la falta de regulación adecuada pueda comprometer el principio del interés superior del niño, si el legislador no considera debidamente las implicaciones sociales de esta práctica en la sociedad peruana.

Autores críticos y diversas organizaciones expresan argumentos en contra de la maternidad subrogada, enfatizando que el cuerpo de la mujer se convierte en un objeto y planteando riesgos psicológicos para la madre gestante. Se mencionan posibles presiones contractuales que podrían llevar a la separación del hijo en situaciones complicadas, así como el peligro de mercantilizar el proceso con un precio. Según Garibo (2017), si bien la maternidad subrogada está regulada en favor de los comitentes y padres involucrados, carece de medidas que prevengan las dificultades que podrían enfrentar los hijos nacidos a través de este proceso. Parece no haber disposiciones legales que eviten que estos niños sufran separación de la madre gestante, su comercialización, problemas relacionados con su identidad y aspectos psicosociales, así como la falta de acceso, en algunos casos, a sus orígenes biológicos, lo que podría afectar su bienestar y la consideración de su interés superior (p. 258). Estos argumentos subrayan la preocupación por la ética y el bienestar emocional tanto de la madre gestante como del niño que participa en la maternidad subrogada.

### 6.2.3. *Problemas asociados con el interés superior del niño*

La práctica de la maternidad subrogada suscita inquietudes fundamentales en relación con el bienestar del niño. Aunque se reconoce el derecho de los niños nacidos bajo este método a recibir igual protección y consideración, persisten dilemas éticos y legales que generan serias preocupaciones. Entre estos desafíos, destaca la posibilidad de que se vulneren los derechos del menor a la identidad y a pertenecer a una familia legalmente reconocida.

La naturaleza misma de la gestación subrogada, donde un niño es gestado por una mujer que no será su madre legal, plantea incertidumbres sobre la formación y el reconocimiento de su identidad y relaciones familiares. Esta incertidumbre podría afectar significativamente su bienestar psicológico y emocional a largo plazo. Además, se plantea una inquietud crucial relacionada con la mercantilización del cuerpo humano y la posible violación de los derechos fundamentales de los niños nacidos a través de este método. En su análisis, Pérez y Cantoral (2014) subrayaron la importancia de preservar la dignidad del menor en situaciones de maternidad subrogada. Destacaron que el niño no solo es un titular de derechos legales, sino una persona en su dimensión más profunda y significativa. Enfatizaron que el niño representa una realidad humana en desarrollo, cuyo presente influye en la construcción de su futuro (p. 233). La complejidad ética y legal que rodea a la maternidad subrogada plantea desafíos significativos en la protección de los derechos y el bienestar emocional de los niños involucrados, destacando la necesidad de abordar estas preocupaciones para salvaguardar su dignidad y desarrollo integral.

Existe el riesgo de que los niños sean vistos y tratados como productos de un contrato, lo que socava su dignidad inherente como seres humanos. Esta práctica plantea la difícil pregunta ética sobre si es moralmente correcto tratar el proceso de gestación y el nacimiento como un servicio contratado, lo que podría deshumanizar la experiencia misma del nacimiento y la crianza. Además, la gestación subrogada comercial presenta un escenario propicio para el posible tráfico de niños. En ausencia de regulaciones estrictas, los acuerdos contractuales previos al nacimiento podrían convertirse en una forma encubierta de venta de niños. Este riesgo se ve exacerbado por la falta de transparencia en los acuerdos financieros, lo que sugiere que el proceso podría implicar transacciones más allá de la simple compensación por gastos relacionados con la gestación, llevando a situaciones que podrían ser equiparadas a la venta de seres humanos, lo cual contradice claramente los principios de derechos humanos. Por último, existe una preocupación adicional en torno a la posible apatridia de los niños nacidos por gestación subrogada, especialmente cuando los países de origen de los padres no reconocen este método. Este escenario pone en riesgo la nacionalidad y los derechos legales del niño, creando una situación de vulnerabilidad y falta de protección legal adecuada para su bienestar y desarrollo integral.

#### 6.2.4. *Perspectivas futuras y posibles cambios en torno a permitir la maternidad subrogada*

La maternidad subrogada se posiciona como una opción relevante y controvertida para quienes enfrentan dificultades para concebir. En la búsqueda de ser padres biológicos,

parejas o individuos recurren a este método después de haber agotado alternativas como la fecundación in vitro. Sin embargo, este proceso, marcado por desafíos éticos y jurídicos, plantea un dilema en comparación con la adopción.

Mientras que la adopción es percibida como un sistema protector para el menor, la maternidad subrogada permite conservar la herencia genética a pesar de los obstáculos naturales. No obstante, esta práctica suscita inquietudes éticas debido a su potencial para cosificar la gestación y genera debates sobre la protección del interés del niño, ya que, a menudo, no garantiza un respeto absoluto hacia él. Según Igareda (2018), la gestación por sustitución representa una evolución en el concepto de filiación, siendo considerada una modalidad novedosa. Este enfoque implica un acuerdo reproductivo colaborativo que faculta la formación de una familia a través del ejercicio del derecho a la reproducción. Es un proceso que involucra la participación de distintos actores en la concepción y gestación de un hijo, permitiendo la materialización de la filiación de manera distinta a los métodos convencionales (p. 58).

La maternidad subrogada y la adopción representan dos vías distintas para formar una familia. La primera implica la gestación de un niño con la asistencia de una tercera persona, mientras que la segunda involucra a un niño ya existente. Sin embargo, la maternidad subrogada plantea similitudes con la adopción ilegal al no asegurar la salvaguardia del interés del menor y al implicar una retribución que puede ser vista como una forma de comercio infantil. Esto lleva a dilemas éticos debido a la disociación entre la maternidad psicológica y el proceso obstétrico, lo que cuestiona la función reproductiva de la mujer gestante y sus implicaciones económicas.

El análisis legal y ético de la maternidad subrogada subraya la necesidad de un enfoque regulatorio más detallado. Los países enfrentan diferencias significativas en su legislación al respecto. Mientras algunos regulan estrictamente esta práctica, imponiendo restricciones a los contratos remunerados y exigiendo un control administrativo y judicial riguroso, otros la prohíben completamente. Esta disparidad legislativa puede generar situaciones desafiantes, como parejas viajando a otros países para acceder a la maternidad subrogada. Cervino et al. (2020) comparan la maternidad subrogada y la adopción, destacando que algunos defensores de la maternidad subrogada, a pesar de ser conscientes de sus implicaciones, argumentan a favor de esta técnica aludiendo a que la separación entre la madre gestante y el niño también se evidencia en el proceso de adopción (p. 13). Una posible vía para abordar estas complejidades sería establecer requisitos similares a los de la adopción en los contratos de maternidad subrogada, como un certificado de idoneidad de los comitentes, autorización judicial y la intervención de una entidad pública

para garantizar el consentimiento voluntario y las condiciones psicofísicas adecuadas para todas las partes involucradas.

El análisis revela la necesidad urgente de abordar la maternidad subrogada desde una perspectiva legal y ética que proteja tanto los derechos de los menores como las libertades reproductivas de las personas involucradas. Es esencial considerar las similitudes y diferencias con la adopción y establecer marcos regulatorios que equilibren los deseos de formar una familia biológica con el respeto a los derechos y el bienestar del niño. La regulación adecuada de la gestación por sustitución podría prevenir potenciales abusos, garantizando que todos los consentimientos sean informados, voluntarios y supervisados de manera justa y transparente. Katia Chaparro (véase Anexo 1), abogada y docente universitaria, con maestría en Bioética y Bioderecho, subraya la importancia de aplicar los principios de la bioética principialista de Beauchamp y Childress. Considera que los principios de Beneficencia, No maleficencia, Justicia y Autonomía deben guiar la evaluación de la maternidad subrogada. Para ello, propone cuestionamientos clave desde cada perspectiva ética, como la evaluación de los beneficios para la madre gestante, la madre donante y el niño por nacer, así como la consideración de posibles daños, la justicia para todas las partes involucradas y el respeto a la autonomía de las personas concernidas.

Chávez (véase Anexo 1) abogada y docente universitaria especializada en Derechos Humanos, expresa su opinión sobre la maternidad subrogada indicando que no logra identificar un conflicto ético relevante en esta práctica. Desde su perspectiva, no ve cómo podría constituir un problema ético, a excepción de las preocupaciones derivadas de posturas conservadoras. Desde la perspectiva de Chaparro (véase Anexo 1), la maternidad subrogada plantea problemas éticos inherentes. Destaca que los contratos pueden ser abusivos y conducir a la explotación de la madre gestante, lo que atenta contra su dignidad. Considera que esta técnica no respeta la dignidad del niño por nacer, tratándolo más como un objeto que como un ser humano. Además, señala que esta práctica no puede ser regulada de manera justa y respetuosa, abogando por otras alternativas como la adopción. Así mismo, sugiere que la adopción es una salida que cumple con los requisitos de respeto a la dignidad humana y el interés superior del niño. Plantea la flexibilización de los procesos de adopción como una alternativa sólida y ética frente a las técnicas de maternidad subrogada, en aras de garantizar el bienestar del menor y resguardar sus derechos fundamentales. Por su parte, Feito (2023) reconoce el derecho de las personas a buscar ayuda médica para cumplir su proyecto reproductivo, pero señala que la gestación subrogada tiene implicaciones éticas y legales distintas a otras técnicas de reproducción asistida. Chávez (2023) sugiere abordar las implicaciones legales de la maternidad subrogada a través del litigio estratégico, tal como se llevó a cabo en el caso Morán,

mismo que se citará con mayor énfasis en subcapítulos posteriores de esta investigación. Desde su perspectiva, considera que, debido a la complejidad y la falta de consenso en este tema, el camino legislativo a través del Congreso de la República o iniciativas ciudadanas podría enfrentar dificultades para implementar cambios significativos.

### **6.3. Implicaciones legales y éticos sobre el proceso de filiación**

#### *6.3.1. Consideración de los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas*

El análisis se centra en un conjunto de recomendaciones diseñadas para salvaguardar los derechos de los niños y niñas nacidos a través de acuerdos de gestación subrogada. Estas directrices tienen como objetivo principal proteger los intereses de todos los involucrados en este proceso, enfocándose especialmente en los derechos de los menores. Se subraya la importancia de incluir y mantener información específica en los registros civiles sobre la identidad de los niños nacidos por gestación subrogada, permitiendo su acceso conforme a su nivel de madurez y edad. Esto facilitaría que los niños conozcan sus orígenes y accedan a sus derechos de identidad, fortaleciendo así su bienestar y desarrollo emocional. Además, se enfatiza la prohibición de la venta y el tráfico de niños, extendiendo estas restricciones al ámbito de la gestación subrogada. Esta medida es fundamental para prevenir cualquier forma de explotación y asegurar que las decisiones se tomen considerando el interés superior del niño. Asimismo, se destaca la necesidad de proteger a los niños y niñas contra la discriminación por discapacidad y garantizar que reciban una nacionalidad desde su nacimiento para evitar situaciones de apatridia.

Estas recomendaciones buscan crear un entorno equilibrado que considere las responsabilidades y derechos de todas las partes involucradas en los acuerdos de gestación subrogada. El enfoque principal está en asegurar el bienestar y los derechos fundamentales de los niños, priorizando su identidad, seguridad y desarrollo por encima de cualquier otro interés.

#### *6.3.2. Registro de hijos en casos de maternidad subrogada*

El análisis sobre el Registro de Hijos en casos de Maternidad Subrogada se adentra en un terreno legal y ético complejo, dado que la legislación actual suele carecer de definiciones claras sobre este proceso reproductivo. La maternidad subrogada involucra a diversas partes: la madre gestante, los comitentes o padres intencionales, intermediarios como clínicas o entidades facilitadoras y posibles donantes de material genético. Este procedimiento, basado en el acuerdo entre las partes, implica que la madre gestante lleve

a término el embarazo y renuncie a la filiación legal en favor de los comitentes. Sin embargo, las leyes actuales no abordan detalladamente la determinación de la filiación en este contexto, generando debates sobre cómo salvaguardar los derechos del niño, asegurar su acceso a la información sobre sus orígenes y proteger su interés superior, especialmente cuando surgen acontecimientos imprevistos durante el proceso.

En el contexto de la gestación subrogada, la determinación de la filiación legal plantea desafíos éticos y jurídicos considerables. La protección de los derechos del niño se vuelve una prioridad, lo que implica la necesidad de normativas que garanticen su acceso a la información sobre sus orígenes y la evaluación constante de su interés superior. Sin embargo, surge un dilema importante en la legislación actual: ¿cómo establecer la filiación legal sin verse influida por aspectos económicos y presiones contractuales? Los debates éticos y legales que rodean a la maternidad subrogada son intensos, ya que algunos críticos la perciben como una vulneración de los derechos fundamentales, considerándola una especie de transacción comercial de niños. La discusión sobre si se debe reconocer la filiación legal basándose en el contrato o en presunciones biológicas y legales también está presente en este análisis.

En este escenario, han surgido propuestas que exploran la posibilidad de un enfoque legal diferenciado según la aportación genética, mientras se reflexiona sobre los posibles conflictos éticos y psicológicos para los niños nacidos bajo acuerdos de gestación subrogada, especialmente en lo referente a su identidad y la conexión emocional con sus progenitores biológicos y gestantes. Llontop (2021) expone que los procesos de maternidad subrogada, al involucrar múltiples sujetos, podrían aumentar potencialmente los conflictos si alguno de ellos decide no cumplir con lo acordado previamente. Por esta razón, propone una solución para la filiación en estos casos: sugiere que lo más conveniente y equitativo para el niño es que, desde su nacimiento, su filiación sea legalmente establecida basándose en la intención procreacional de ambos o uno de los padres comitentes, sin requerir la verificación de ningún vínculo genético y sin distinciones basadas en este aspecto. En otras palabras, los padres comitentes no podrían impugnar la filiación del niño nacido a través de la gestación subrogada si otorgaron su consentimiento y el acuerdo fue autorizado por vía judicial (p. 56). Esta propuesta busca salvaguardar el bienestar del menor evitando conflictos legales que podrían afectar su estabilidad emocional y su identidad.

- Filiación en casos de que el comitente sea un hombre solo

El caso de Ricardo Morán Vargas, quien solicitó la inscripción de sus hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los Estados Unidos, plantea un desafío en el ámbito de la filiación cuando el comitente es un hombre solo. La decisión del Tribunal Constitucional

peruano permitió inscribir a los hijos únicamente con los apellidos del padre, prescindiendo de la información de la madre, lo que generó un debate legal relevante en relación con los artículos 20 y 21 del Código Civil peruano. Estos artículos establecen que, en ausencia de revelación de la identidad de la madre, el padre no puede inscribir al hijo. El TC, al fallar a favor de Ricardo Morán, indicó la necesidad de legislar para casos en los que el padre no pueda o no quiera registrar a sus hijos con el apellido de la madre, abriendo una discusión sobre la filiación en este contexto de maternidad subrogada.

El caso de Ricardo Morán Vargas destaca la ausencia de un marco normativo claro en Perú que permita la inscripción de hijos solo con los apellidos del padre en situaciones de maternidad subrogada. El TC reconoció que los artículos 20 y 21 del Código Civil peruano están orientados a facilitar la inscripción de hijos de madres solteras, permitiéndoles poner sus apellidos sin la necesidad de revelar la identidad del padre. Sin embargo, en situaciones como la de Morán, donde se reconoce la filiación únicamente respecto al padre mediante una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada, se plantea un dilema legal sobre cómo conciliar la inscripción de los hijos en el país de origen con las normativas locales de filiación, especialmente cuando se trata de un hombre solo como comitente en este tipo de procedimientos.

El debate generado por el caso Ricardo Morán Vargas destaca la complejidad en la determinación de la filiación cuando el comitente es un hombre solo en casos de maternidad subrogada. La sentencia extranjera reconoció la filiación únicamente respecto al padre, lo que generó una situación conflictiva al intentar inscribir a los hijos en Perú. La discusión sobre la relación entre la legislación local, las decisiones judiciales extranjeras y la protección de los derechos del menor y de los demás involucrados en el proceso subraya la necesidad de una regulación más clara y específica para casos particulares de filiación en contextos de maternidad subrogada donde el comitente sea un hombre solo. Gallardo y Moreno (2020) sugieren la igualdad de derechos al proponer que tanto hombres como mujeres, sin ninguna discriminación, puedan registrar un nacimiento en cualquier circunstancia, asegurando así la no limitación de sus derechos (p. 44).

Chaparro (véase Anexo 1) aborda la posibilidad de permitir que un padre registre a sus hijos sin mencionar el nombre de la mujer involucrada en la maternidad subrogada desde una perspectiva legal. Ella sostiene que, por motivos de equidad, un hombre debería tener el derecho de registrar a un hijo sin necesariamente revelar la identidad de la madre, independientemente de la condición de gestación o procreación. Sin embargo, reconoce que el sistema actual de inscripción en el registro civil está vinculado al certificado de nacido vivo, el cual contiene la información de identificación de la madre, un aspecto que no puede ser eludido. Propone la posibilidad de mantener el certificado de nacido

vivo sin necesidad de declarar la información sobre la madre en el registro, manteniendo así una separación entre ambos aspectos. Desde su perspectiva, Chávez (2023) sostiene que un padre podría tener el derecho de registrar a sus hijos sin mencionar a la mujer que participó en la maternidad subrogada, siempre y cuando la madre haya renunciado explícitamente a la patria potestad del menor.

En cuanto al impacto en el bienestar emocional de los niños involucrados, Chaparro (véase Anexo 1) expresa preocupación por el posible efecto negativo en la identidad y desarrollo psicoemocional de los menores. Considera que la falta de información sobre sus padres biológicos y aspectos vinculados con la identidad familiar podría generar conflictos emocionales. Por otro lado, Chávez (véase Anexo 1) sugiere que el bienestar de los niños no se vería afectado si se les revela la verdad sin ocultar información o mentirles, sosteniendo que la transparencia en la revelación no causaría un impacto negativo en su bienestar emocional.

## **6.4. Análisis de las propuestas legislativas en torno a la maternidad subrogada**

### *6.4.1. Proyecto de Ley 2839/2013-CR*

El Proyecto de Ley 2839/2013-CR proponía regular la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista en el país. El objetivo principal de esta propuesta legislativa es la modificación del artículo 7 de la Ley 26842, conocida como Ley General de Salud. Este cambio estaría destinado a incorporar específicamente la maternidad sustituta parcial y altruista como una práctica reconocida y reglamentada en el ámbito de la reproducción asistida en el territorio nacional. Dentro de las disposiciones del proyecto, se establece la necesidad del consentimiento por escrito de los padres biológicos para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, con un enfoque en la gestación de un embrión utilizando el material genético tanto femenino como masculino. Esta técnica sería implantada en el útero de una mujer que, de manera altruista, consienta llevar a cabo la gestación del nuevo ser.

Además, la propuesta enfatiza la libertad de los adultos para ejercer sus derechos y prerrogativas en esta práctica, asegurando que no se perjudique a terceros involucrados en este proceso. Se basa en estudios científicos que indican la ausencia de las complicaciones o problemas psicológicos previstos por los críticos de esta modalidad de reproducción asistida, instando a considerar datos concretos en lugar de prejuicios infundados. La propuesta se orienta hacia una regulación restrictiva y responsable de la maternidad sustituta parcial, reconociendo su existencia en la sociedad y en la jurisprudencia, al tiempo que busca establecer marcos legales claros y éticos para su práctica.

#### 6.4.2. *Proyecto de Ley 3404/2018-CR*

El Proyecto de Ley 3404/2018-CR tenía como propósito regular la maternidad solidaria a través de técnicas de reproducción asistida. Enfocado en evitar lagunas legales y proporcionar un marco normativo claro para prevenir prácticas inapropiadas en instituciones médicas, busca establecer procedimientos y requisitos para la colaboración de terceras personas en la gestación.

Esta propuesta de modificación afectaría al artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, al introducir el artículo 7-A. Este nuevo apartado busca permitir que terceras personas puedan participar en la gestación mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Uno de los puntos fundamentales radica en garantizar que la gestante, aun contribuyendo al proceso, no sea automáticamente considerada como progenitora. Esto enfatiza la separación entre la gestante voluntaria y la filiación del niño. Se establece que la gestante no tendrá derechos ni obligaciones sobre el bebé, delimitando claramente su rol en el proceso.

Asimismo, el proyecto aborda la cuestión de la filiación, especificando que los padres de intención serán reconocidos como padres legales desde el momento de la transferencia del embrión al útero de la gestante. Para asegurar este reconocimiento legal, se requerirá un acuerdo previo entre los padres y la gestante, formalizado a través de un proceso notarial. Este acuerdo permitirá que los padres de intención sean declarados los padres legales en el certificado de nacimiento del niño al momento del parto. Adicionalmente, el proyecto prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en registros civiles y documentos de identidad. Estos aspectos resaltan la clara distinción entre la gestante voluntaria y la filiación del niño, asegurando que los padres de intención sean reconocidos como los padres legales desde el inicio del proceso de gestación. Además, establece condiciones precisas para que terceras personas puedan colaborar solidariamente, sin fines lucrativos, en la gestación mediante técnicas de reproducción asistida.

## 7. Conclusiones

Después de llevar a cabo un exhaustivo trabajo de investigación sobre la maternidad subrogada, se ha extraído una serie de conclusiones fundamentales que abarcan diversas áreas éticas, legales y sociales. Estas conclusiones emergen como resultado del análisis detallado de diferentes perspectivas, considerando la complejidad y las implicaciones inherentes a esta práctica.

- La complejidad ética, legal y social que rodea a la maternidad subrogada requiere un abordaje que integre diversas disciplinas, incluyendo la ética, el derecho, la psicología y la sociología, para comprender completamente sus implicaciones y proponer regulaciones sólidas.
- La ausencia de regulación específica en el Perú sobre la maternidad subrogada ha dejado a los niños nacidos por este método en una situación legal ambigua, afectando su identidad y derechos. Una legislación clara es esencial para garantizar la seguridad jurídica y proteger los derechos de los menores concebidos por gestación subrogada.
- El interés superior del niño debe ser la prioridad central en la regulación de la maternidad subrogada. Es fundamental asegurar la inclusión de información específica en registros civiles para preservar el acceso del niño a sus orígenes y derechos de identidad, así como prohibir la explotación infantil y garantizar un entorno seguro para su desarrollo.
- La determinación de la filiación en casos de gestación subrogada presenta dilemas éticos y legales complejos, como la necesidad de equilibrar la presunción biológica con los acuerdos entre las partes. Se requiere legislación clara que aborde estas cuestiones para salvaguardar los derechos de todos los involucrados.
- Los hombres solteros involucrados en la gestación subrogada enfrentan desafíos legales significativos debido a la falta de marcos normativos claros en el Perú para la inscripción de los hijos. La regulación específica para estos casos es crucial para garantizar sus derechos y el reconocimiento legal de la filiación.
- Existen similitudes y diferencias entre la maternidad subrogada y la adopción en términos de regulación, identidad y derechos del niño. Ambos métodos requieren un enfoque centrado en el bienestar del menor y la protección de sus derechos, pero la maternidad subrogada plantea desafíos adicionales en la determinación de la filiación.
- El impacto en el bienestar del menor nacido por maternidad subrogada depende en gran medida de la legislación y la cultura social. La práctica tiene aspectos tanto positivos como negativos, y su efecto en el menor puede variar según la protección legal, el entorno familiar y las consideraciones éticas y sociales que la rodean.
- El debate en el ámbito del derecho sobre la maternidad subrogada y el interés superior del niño se enriquece aún más con la perspectiva proporcionada por

Lydia Feito Grande, doctora de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid. Su entrevista ofrece una valiosa complementación a la investigación desde el punto de vista médico.

## 8. Recomendaciones

Basándonos en la premisa de que la maternidad subrogada puede ser una opción viable para aquellos que luchan por tener hijos, siempre y cuando esté respaldada por una legislación rigurosa y detallada, se pueden hacer varias recomendaciones.

En primer lugar, es crucial que cualquier legislación sobre maternidad subrogada priorice el interés superior del niño, garantizando su bienestar emocional, físico y psicológico en todo momento. Esto implica establecer normas claras sobre la filiación y los derechos de todas las partes involucradas, asegurando que los niños nacidos a través de este proceso tengan acceso a información sobre sus orígenes y puedan desarrollar una identidad sólida.

Además, es fundamental que la legislación aborde los desafíos culturales y legales que pueden surgir en el camino hacia la implementación de la maternidad subrogada. Esto incluye la necesidad de educar a la sociedad sobre esta práctica y desmitificar conceptos erróneos, así como garantizar la protección legal de todas las partes involucradas, evitando cualquier forma de explotación o discriminación.

Una propuesta legislativa debe incluir elementos como la necesidad de consentimiento informado por escrito de todas las partes, la prohibición de la comercialización de embriones y gametos, y la creación de un registro nacional de acuerdos de maternidad subrogada para garantizar la transparencia y la trazabilidad de los procesos.

Se precisa una propuesta de redacción sobre la definición de la maternidad subrogada:

Se reconoce el derecho de toda persona a recurrir al tratamiento de la infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida. Se establece que la maternidad subrogada, en la cual una mujer gesta un embrión utilizando material genético de los padres de intención, podrá ser llevada a cabo de manera altruista y solidaria, siempre y cuando se cumplan los requisitos y condiciones establecidos por la presente ley.

En última instancia, mientras se espera una regulación completa de la maternidad subrogada en el Perú, es importante reconocer que la adopción sigue siendo una opción

válida y necesaria para muchas personas que desean ser padres. Por lo tanto, cualquier legislación sobre maternidad subrogada debe complementarse con medidas de apoyo y promoción de la adopción como una forma alternativa de formar una familia.

### Referencias

- Alghrani, A. & Griffiths, D. (2017). The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform. *Child and Family Law Quarterly*, 29 (2), 1-32. <https://brilliantbeginnings.co.uk/wp-content/uploads/2020/10/Alghrani-and-Griffiths-final-1.pdf>
- Araujo-Cuauro, J. (2021). Implicaciones biomédicas, bioéticas y biojurídica de la esterilización femenina consentida. Entre la objeción de conciencia y el principio de autonomía. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, (41), 24-42. [https://www.uv.es/gicf/4A1\\_Araujo\\_GICF\\_41.pdf](https://www.uv.es/gicf/4A1_Araujo_GICF_41.pdf)
- Ávila Hernández, C. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de Dereito Actual*, (6), 313-344. [https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/40825/2/La\\_maternidad\\_subrogada.pdf](https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/40825/2/La_maternidad_subrogada.pdf)
- Balaguer Brit, C. (2022). *Autonomía reproductiva de las mujeres: el caso de las cesáreas* [Trabajo de grado, Universidad de la República]. [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/35156/1/tfg\\_camila\\_balaguer\\_version\\_final.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/35156/1/tfg_camila_balaguer_version_final.pdf)
- Blanco, M. A. y Blanco, M. E. (2021). Bienestar emocional y aprendizaje significativo a través de las TIC en tiempos de pandemia. *Revista Ciencia UNEMI*, 14(36), 21-33. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8375193>
- Bolatti, B. y Gómez, P. (2021). La participación de varones y mujeres jóvenes en la toma de decisiones sobre salud sexual y reproductiva en Argentina: género y asimetrías socioeconómicas. *Población y Salud en Mesoamérica*, 18(2). <https://www.scielo.sa.cr/pdf/psm/v18n2/1659-0201-psm-18-02-1.pdf>
- Cajigal Canepa, I. (2022). Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a la luz de los principios bioéticos. *Bios Papers*, 1(2). <https://revistas.unbosque.edu.co/index.php/Bios-Papers/article/view/3972>
- Castellanos Claramunt, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, (17), 62-80. <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933>

- Cervino Fontán, A., Calderón García, L., Berdoy Vargas-Machuca, M. y Ortega Nieto, M. (2020). *Maternidad Subrogada* [Trabajo de investigación, Universidad de Navarra]. [https://www.unav.edu/documents/4889803/23506220/45\\_Fuenllana\\_Maternidad+subrogada.pdf](https://www.unav.edu/documents/4889803/23506220/45_Fuenllana_Maternidad+subrogada.pdf)
- Duran Trigós, A. (2023). La gestación subrogada y los desafíos de establecer la filiación: jurisprudencia y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Salud*, 7(8), 205-215. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)14)
- Emaldi Cirión, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (28), 123-135. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798>
- Gallardo Esquerre, S. y Moreno Vargas, M. (2020). *El impedimento de inscripción del nacimiento y la afectación del derecho de igualdad del padre que procrea mediante técnicas de reproducción asistida, 2019* [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50692/Gallardo\\_ESN-Moreno\\_VMA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50692/Gallardo_ESN-Moreno_VMA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Garibo Peyró, A. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, (28), 245-259. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>
- García Álvarez, D., Hernández-Lalinde, J., Espinosa-Castro, J. y Soler, M. (2020). Salud mental en la adolescencia montevideana: una mirada desde el bienestar psicológico. *Archivos Venezolanos de Farmacología y Terapéutica*, 39(2), 182-190. <https://www.redalyc.org/journal/559/55969799007/html/>
- Godoy Vázquez, M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, (34), 111-131. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7044337.pdf>
- Hinostroza Bermudez, Y. (2021). *Maternidad subrogada: ¿a favor o en contra del principio del interés superior del niño?* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. <https://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13080/7428/TDr.D00090H56.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Igareda, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, (44), 57-72. [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872018000300005](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300005)

- Llontop Fiestas, J. (2021). *La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano* [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/5304/DER\\_2120.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/5304/DER_2120.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Martínez Suárez, M. (2021). *Cuestiones relativas a la gestación subrogada. Prestación por maternidad e implicaciones éticas* [Trabajo de grado, Universidad da Coruña]. [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/32897/MartinezSuarez\\_MariaSabela\\_TFG\\_2022.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/32897/MartinezSuarez_MariaSabela_TFG_2022.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Mora Bernilla, L. (2022). *La filiación y maternidad subrogada en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. [https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/11135/Mora\\_Bernilla\\_Luis\\_Larcery.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/11135/Mora_Bernilla_Luis_Larcery.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Muñoz Gómez, D. (2020). *La persona: On – off. Desafíos de la familia en la cuarta revolución industrial, 5-6 de septiembre de 2019*. Universidad de La Sabana. [https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/39735/Memorias\\_IX\\_Congreso\\_Internacional\\_sobre\\_La\\_Familia\\_Unisabana.pdf?sequence=2&isAllowed=y#page=256](https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/39735/Memorias_IX_Congreso_Internacional_sobre_La_Familia_Unisabana.pdf?sequence=2&isAllowed=y#page=256)
- Muñoz Gómez, D. (2022). Movimiento de fronteras en el derecho de familia: los desafíos de la maternidad subrogada. *Actualidad jurídica iberoamericana* 17,2, 2282-2309. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8737331>
- Pastore, A. (2018, 15 de junio). *Maternidad subrogada: análisis jurídico de una problemática actual*. Conferencia pronunciada en el Seminario “Maternidad subrogada: Enfoque interdisciplinario de una problemática actual”. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11241/1/maternidad-subrogada-analisis-juridico.pdf>
- Pérez, G. y Cantoral, K. (2014). La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. *Revista Boliviana de Derecho*, (17), 230-250. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539932012>
- Regalado Torres, M. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, 2(2), 10-34. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/3756>
- Ramírez Martínez, A. (2016). *La problemática actual de la Maternidad Subrogada* [Trabajo de fin de grado, Universidad de Almería]. [https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763\\_LA%20PROBLEMA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763_LA%20PROBLEMA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Reyes Reyes, Y. (2022). *La Maternidad Subrogada y la vulneración al derecho de Identidad e Interés Superior del Niño* [Tesis de pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego]. [https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/9764/1/REP\\_YEYMI.REYES\\_LA.MATERNIDAD.SUBROGADA.pdf](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/9764/1/REP_YEYMI.REYES_LA.MATERNIDAD.SUBROGADA.pdf)
- Rupay Allica, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad*, (51), 103-117. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/20862/20574/>
- Sasaguay Parapi, A. y Singh Oleas, S. (2021). *Dilemas bioéticos que supone la gestación subrogada* [Trabajo de grado, Universidad del Azuay]. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11381/1/16915.pdf>
- Távora Orozco, L. (2021). Derechos sexuales y reproductivos en Perú, más allá del Bicentenario. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 67(3), 1-13. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rgo/v67n3/2304-5132-rgo-67-03-00003.pdf>
- Tena Mucha, M. (2022). Análisis de constitucionalidad de la práctica de la maternidad subrogada comercial. *Revista de Derecho YACHAQ*, (14), 111-132. <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/1064/1273>
- Triviño Caballero, R. (2018). Entrevista a Lydia Feito Grande. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (28), 163-169. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000257/614>
- Valdés Díaz, C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (31), 459-482. [https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11170/1/0213-988X\\_31\\_459.pdf](https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11170/1/0213-988X_31_459.pdf)
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6933158>
- Varsi-Rospigliosi, E. y Mardini-Burgos, J. (2021). Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Revista de Bioética y Derecho*, (53), 159-180. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n53/1886-5887-bioetica-53-159.pdf>
- Zurriarain, R. G. (2019). La maternidad subrogada: ¿"solidaridad" o "explotación"? *Medicina y Ética*, 30(4), 1231-1253. <https://revistas.anahuac.mx/bioetica/article/view/121>

## Anexo

### Entrevista para la investigación titulada **Implicaciones legales, éticas y sociales de la maternidad subrogada y su relación con el interés superior del niño: Un análisis interdisciplinario**

#### a) **Reseña de las personas entrevistadas**

**Katia Denisse Chaparro Gamarra.** Abogada por la Universidad Nacional José F. Sánchez Carrión con maestría en Bioética y Bioderecho, con línea de especialización en decisiones y cuidados al final de la vida. Docente universitario con más de siete años de experiencia, en pregrado y postgrado.

**Tatiana Myrelenko Chávez Filinich.** Abogada por la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con más de 15 años de experiencia en docencia universitaria en las asignaturas de: Filosofía del Derecho, Derechos Humanos y Derecho Civil.

#### b) **Desarrollo de la entrevista<sup>1</sup>**

1. ¿Podría compartir su experiencia y/o conocimiento en relación con la maternidad subrogada?

Chaparro: Respecto a la experiencia, indicó que no he sido sujeto en prácticas de este tipo, no me he visto en la posición de requerir esta práctica. Tampoco he asesorado ni recomendado la realización de esta. Respecto al conocimiento de esta técnica, consiste en la gestación realizada por una mujer por encargo de otra. Generalmente, se realiza a solicitud de parejas con problemas procreativos, o en personas solteras. Se puede presentar en dos casos:

- Cuando el espermatozoide pertenece al varón, se fecunda con el óvulo de la mujer, se implanta el embrión y la mujer lleva adelante la gestación.
- Cuando el óvulo y el espermatozoide corresponden a la pareja solicitante, pero el embrión es implantado en la madre gestante.

Chávez: Mi conocimiento sobre el tema es limitado. Tengo entendido que se busca una madre sustituta a efecto que porte al embrión y este pueda desarrollarse en el vientre de dicha mujer con quien no hay necesariamente un vínculo de parentesco e incluso sí podría constituir un vínculo contractual.

2. ¿Cuáles cree que son los principales factores que podrían influir en el bienestar psicológico y emocional de los niños nacidos a través de maternidad subrogada?

3.

<sup>1</sup> La presente entrevista se desarrolló en la ciudad de Lima, Perú, en el año 2023.

Chaparro: Considero que, en el caso de personas nacidas por maternidad subrogada, es importante conocer su origen genético.

El desconocimiento de la realidad respecto a su origen puede generar un constante desequilibrio en su desarrollo emocional.

Chávez: Como cualquier niño o niña que viene al mundo, considero que requiere de un espacio libre de violencia y que se prodigue cuidado y cariño. Las personas que se hacen cargo o cumplen ese rol podrían ser sus familiares o terceros. Con relación a su desarrollo, sí creo necesario que se les diga de qué manera fueron concebidos, ya que ello podría contribuir a su historia de vida y ver que fueron niños muy deseados, muy esperados.

4. ¿En su opinión, cómo se debe evaluar el principio del «interés superior del niño» en los casos de maternidad subrogada?

Chaparro: Hay que entender el principio de interés superior del niño como aquello que verdaderamente resulta beneficioso para el desarrollo integral del niño.

En el caso de la maternidad subrogada, hay que tener presente que el convenio se produce antes del nacimiento de la persona y, lógicamente, no hay un asesoramiento que enfoque cuáles serían las consecuencias, ventajas o desventajas que puede generar esta práctica en la persona que nazca producto de esta gestación.

Chávez Se debe evaluar en el sentido de que queden garantizados plenamente sus derechos respecto a su vida, calidad de esta en un entorno seguro y saludable a nivel emocional.

5. ¿Qué medidas o regulaciones podrían ser necesarias para proteger el bienestar de los niños involucrados en procesos de maternidad subrogada?

Chaparro Considero que, partiendo del hecho de que la práctica se encuentra prohibida por la legislación nacional, si se quisiera evaluar su viabilidad, en primer lugar, debería modificarse la Ley General de Salud, permitiendo su empleo dentro del marco de legalidad, pues las que se producen en la actualidad, todas ellas, están dentro del marco de la ilicitud.

Chávez: Garantizar como mínimo que tenga derecho a una identidad, es decir, que se den las condiciones para que adquiera una nacionalidad y sea parte de un país donde sus derechos sean plenamente reconocidos, en particular el vínculo de parentesco.

6. ¿Podría proporcionar información sobre la situación actual de la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país?

Chaparro: La Ley General de Salud, en su artículo 7 señala que toda persona tiene derecho a recibir tratamiento para su infertilidad, pero expresamente indica que la calidad

de madre gestante y madre genética recaen en la misma persona. En ese sentido, toda práctica que contravenga esta disposición debe ser considerada como un ilícito y, el convenio que lo origina, como acto jurídico, será nulo por contener un fin ilícito.

Chávez: No, no cuento con esa información. Solo tengo entendido que no hay una legislación específica sobre el tema y que el Código Civil vigente no es suficiente para cubrir los vacíos que ello genera.

7. ¿Cuáles son los principales desafíos legales y éticos asociados con la maternidad subrogada en nuestro país?

Chaparro: El desafío legal es que se encuentra totalmente prohibido por la legislación.

En el caso de las cuestiones éticas, es una situación compleja. En el caso de parejas que optan por esta técnica, podríamos preguntarnos si, en realidad, esto genera un beneficio para la persona, tanto en el caso de la pareja como para el del niño por nacer. Asimismo, tendríamos que preguntarnos si esta técnica no causa daño, tanto en los agentes involucrados como en el caso del niño por nacer. Evaluar también, si esta práctica enfocada al tratamiento de la infertilidad es justa, teniendo en cuenta que esta práctica resulta siendo onerosa, no es una alternativa para personas de escasos recursos. Finalmente, respecto a la autonomía, en este sentido la pareja o el padre o madre, son autónomos de decidir si acceden o no a esta técnica, sin embargo, el niño producto de esta técnica no tiene participación autónoma en ella.

Chávez: Creo que las barreras sociales son lo más desafiante, siempre. Si no existe una regulación específica es porque aún se parte de la premisa de la familia hetero normativa, donde necesariamente debe haber una distribución de roles masculinos y femeninos, quién ejerce la paternidad y quién la maternidad. Una vez que se resuelva eso, seguramente habrá una legislación lo suficientemente garantista.

8. ¿Qué diferencias legales o éticas observa entre la maternidad subrogada comercial y altruista?

Chaparro: En nuestro sistema, las prácticas de maternidad subrogada no están permitidas. En el caso de la maternidad subrogada comercial, se entiende que existe una contraprestación en la realización de la técnica. Generándose una relación jurídica entre los padres genéticos y la madre gestante.

En el caso de la maternidad subrogada altruista, se entiende que ella surge de una intención benéfica entre las partes involucradas. Algunas veces, existe un vínculo de parentesco o amical entre ellos.

Si bien en nuestro país no se permite, esta práctica se encuentra legalizada en otros países, en los que se verifica que el contrato de maternidad subrogada se convierte en un

verdadero contrato abusivo en la que se cosifica a la madre gestante, impidiendo, incluso que esta decida el lugar en donde vive, incluso en el supuesto de que la madre gestante pusiera en riesgo su vida, se hace primar la vida del niño antes que la de ella, incluso si la madre gestante cayera en estado vegetativo, se le conservaría con vida hasta la viabilidad del nacimiento

Chávez: Desconozco si hay diferencias legales. En cuanto a las diferencias éticas considero que, como señalaba en el punto anterior, es algo que tiene como origen prejuicios y estereotipos que al día de hoy deberían ya resolverse. No debería importar cómo se concibe o quien lo porta, debe importar que en todo el proceso de gestación y alumbramiento se garanticen los derechos del concebido y una vez que nazca haya un adulto o adultos responsables que hagan efectivas esas garantías dentro de un marco estatal y legal suficiente.

9. ¿Cuál es su opinión sobre la posibilidad de permitir que un padre registre a sus hijos sin mencionar el nombre de la mujer que participó en el proceso de maternidad subrogada?

Chaparro: Por cuestión de igualdad, si una mujer puede inscribir en el Registro de Identidad y Estado Civil sin revelar el nombre del padre, el varón debería estar en el mismo derecho, independiente de la condición de la gestación, o de la procreación.

En nuestro sistema, la inscripción está vinculada al certificado de nacido vivo, el mismo que se otorga en el hospital y contiene los datos de identificación de la madre. Esto es muy importante, el mismo no podría generar sin consignar la información de la madre.

La cuestión de la inscripción podría realizarse de sin necesidad de vinculación, es decir, que se podría conservar el certificado de nacido vivo, pero omitir en la declaración la información respecto a la madre.

Chávez: Me parece que está en su derecho en la medida que la madre haya renunciado expresamente a la patria potestad del menor.

10. ¿Cómo cree que este enfoque podría afectar el bienestar psicológico y emocional de los niños involucrados?

Chaparro: El desconocer el origen puede significar un elemento que genere daño en la identidad del niño. Esta situación claro que presentara una afectación al bienestar psicológico y emocional. El no saber quién es su padre o madre, si tiene más hermanos, por qué no comparte los mismos padres que sus otros hermanos o, por último, a quién se parece, se vuelve una constante en su vida y generará una serie de conflictos emocionales que, de todas maneras, influirá en su desarrollo psico emocional.

Chávez: No creo que los afecte, a menos que se les oculte la verdad o se les mienta.

11. ¿Cómo podrían los expertos legales trabajar en la creación de un marco regulatorio sólido que proteja los derechos de los niños nacidos de la subrogación y garantice la integridad legal de todos los involucrados?

Chaparro: Considero que, al haber otros medios para satisfacer el deseo procreativo de una pareja, la maternidad subrogada no representa una medida apropiada para garantizar los derechos de todos los involucrados, los contratos suelen ser abusivos, sobre todo para la madre gestante.

Esto sin tener en cuenta los conflictos que se pueden generar en el niño nacido de estos procedimientos.

Chávez: De forma conjunta e interdisciplinaria, de la mano de abogados, psicólogos, científicos sociales, médicos, etc. A la par, que se cuente con un enfoque basado en derechos que comprenda aspectos interculturales y de género especialmente.

12. ¿Qué medidas específicas podrían adoptarse para abordar los desafíos legales relacionados con la ciudadanía, la filiación y la responsabilidad parental en el contexto de la maternidad subrogada?

Chaparro: Considero que, mientras la práctica se encuentre prohibida en el país, cualquier intento al respecto deviene en una situación ilícita.

Ahora, como las personas finalmente son autónomas de tomar sus propias decisiones, el ejercicio de esa autonomía puede significar, en algunas situaciones, en la toma de decisiones que no sean las más adecuadas.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la adecuación de estos contratos o convenios a la legislación nacional no podrá realizarse por colisión con el derecho interno y por ser contrario al orden público, pues todos estos actos devienen en una comercialización del cuerpo.

Chávez: No sabría señalar algo tan específico.

13. ¿Cuáles serían los principios éticos fundamentales que deberían guiar la práctica de la maternidad subrogada y cómo podrían los expertos en ética colaborar en la formulación de directrices éticas claras?

Chaparro: Se deberían de tener en cuenta los principios de la bioética principialista de Beauchamp y Childress. Beneficencia, No maleficencia, Justicia y Autonomía.

Para legislar en bioética, se debe realizar la pregunta clave destinada a enfocarla desde cada uno de estos puntos, así:

- Es beneficioso el uso de la técnica de maternidad subrogada para la madre gestante, la madre donante y el niño por nacer.

- Es dañino para las personas involucradas el uso de la técnica de maternidad subrogada para la madre gestante, la madre donante y el niño por nacer.
- Es justo para las personas involucradas el uso de la técnica de maternidad subrogada para la madre gestante, la madre donante y el niño por nacer.
- Es autónomo el uso de la técnica de maternidad subrogada para la madre gestante, la madre donante y el niño por nacer.

Chávez: Que todo se haga con pleno conocimiento, transparencia y no se preste a un tráfico ilícito. Se deben firmar protocolos respecto al desarrollo del embarazo que garanticen la vida, la salud e integridad del concebido y de la madre en todo momento. Asimismo, la renuncia a la patria potestad o filiación con el recién nacido o derechos sobre este.

14. ¿Cómo podrían abordarse los dilemas éticos relacionados con la explotación, la justicia distributiva y la dignidad humana en el contexto de la subrogación?

Chaparro: Esta técnica no resulta justa en ninguna de sus aristas. Los contratos son abusivos, significan una explotación de la madre gestante por encargo de una parte que tiene el poder económico y obtiene ventajas sobre la otra. Atenta directamente contra la dignidad de la madre gestante y, aunque no se quiera, también del niño por nacer, a quien se le trata como un objeto y no como un ser humano.

No considero que exista una manera de poder regular de manera más justa y respetuosa esta situación, existen otras formas de lograr el fin de formar una familia, como la adopción.

Chávez: Lamento no poder contestar la pregunta, es que para mí no hay conflicto ético, no entiendo por qué podría constituir un problema salvo por el conservadurismo ya indicado en las respuestas anteriores.

15. ¿Tiene alguna recomendación o sugerencia específica para abordar las implicaciones legales, éticas y sociales de la maternidad subrogada en el contexto de nuestro país, con un enfoque en el interés superior del niño?

Chaparro: La adopción es una salida altruista y que sí cumple con todos los requisitos que garantizan el respeto de la dignidad humana y el interés superior del niño. Flexibilizar las adopciones puede ser la salida y un fuerte contrincante para estas técnicas.

Chávez: Que se haga a través del litigio estratégico como en el caso Morán ya que no será posible a través del Congreso de la República ni de iniciativas legislativas ciudadanas.



# LA TENSION ENTRE LOS JUECES Y LAS REDES SOCIALES EN CHILE. UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS

*Patricio Rondini Fernández-Dávila\**

*Universidad San Sebastián, Sede Patagonia, Chile*

patriciorondini@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-3166-7830>

*Tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado.*

Piero Calamandrei, **Elogio de los jueces**  
(2006, p. 138)

**Resumen:** Los jueces, como toda persona, tienen derecho a la libertad de expresión, de creencia, de empresa, de asociación y de reunión, entre otros. Ello les permite ser usuarios de internet, participar en las redes sociales y tener cuentas personales desde las cuales reciben y comparten contenido de manera pública o limitada, lo cual lleva a preguntarse si la calidad de juez coloca a quienes cumplen esta función algunos límites en su interacción a través de las redes sociales que no tienen otras personas. En particular, deben relacionarse esos derechos y libertades con los deberes que impone a los jueces la función jurisdiccional, específicamente con relación a la imparcialidad judicial. En caso de que se establezcan límites, surge la interrogante de cuáles son esos límites y cómo se resuelven. Este es el asunto que será tratado en el presente trabajo y respecto del cual se propone una fórmula propia de solución y apunta a las condiciones necesarias de la jurisdicción.

**Palabras clave:** Jueces, redes sociales, internet, imparcialidad.

---

\* Patricio Rondini Fernández-Dávila es doctor en derecho por la Universidad Austral de Chile, docente de pre y postgrado de la Universidad San Sebastián, Sede Patagonia de Chile. Además, es ministro en la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

## THE TENSION BETWEEN JUDGES AND SOCIAL NETWORKS IN CHILE. A PROPOSAL FOR ANALYSIS

**Abstract:** Judges, like everyone else, have the right to freedom of expression, belief, enterprise, association and assembly, among others. This allows them to be internet users, participate in social networks and have personal accounts from which they receive and share content in a public or limited manner, which leads to the question of whether the quality of judge places some limits on those who fulfill this function in their interaction through social networks that other people do not have. In particular, these rights and freedoms must be related to the duties imposed on judges by the jurisdictional function, specifically in relation to judicial impartiality. In the event that limits are established, the question arises as to what those limits are and how they are resolved. This is the issue that will be dealt with in this paper and for which a formula of its own solution is proposed and points to the necessary conditions of jurisdiction.

**Keywords:** Judges, Social networks, Internet, Impartiality.

### 1. Introducción

En la actualidad las formas de interacción social han cambiado con la irrupción de internet, lo cual ha significado dar un paso desde la radio, televisión y medios escritos a los canales digitales y a las redes sociales. Esta transformación implica una masividad e instantaneidad en la comunicación nunca vista, pero también la aparición de nuevas formas de negocios y de categorías de personas, como son los *influencers*. Es algo común que las personas tengan una cuenta en Facebook, Tik Tok, Instagram, X [Twitter] o YouTube, entre otras, y desde ahí compartan contenido con cientos, miles o millones de personas, ya sea de manera privada o pública.

Los jueces, como toda persona, suelen utilizar los medios digitales y las redes sociales. Es algo frecuente que estos tengan sus propias cuentas y desde ahí interactúen con otras personas, de lo cual surge una primera pregunta: ¿Pueden los jueces tener cuentas en las redes sociales? Luego aparece una segunda cuestión a partir de un involucramiento más profundo en el mundo digital, esto es: ¿pueden usar esos canales con fines lucrativos y/o ser *influencers*? Estas preguntas son el llamado a cuestionar si la calidad de juez coloca a quienes cumplen esta función algún límite en su interacción a través de internet y, de ser así, cuáles son esos límites. Desde ya hacer notar que la interacción que aquí se analiza no es la institucional del juez y las redes sociales, sino la de tipo personal.

La temática recién planteada será el objeto del presente texto para que de su estudio teórico se den pautas de análisis. Con esa finalidad se inicia con el estudio de qué significa ser juez, como una forma de entender qué se espera de este y así, más adelante, determinar si su función le genera límites o no a su interacción en las redes sociales. Luego, se explicará brevemente el funcionamiento de las redes sociales. Una vez comprendida la función judicial y la forma de operar de los medios digitales, se hará una revisión de la normativa existente en Chile en torno de los jueces y las redes sociales. Después, se abordará la tensión entre el juez y las redes sociales para brindar herramientas jurídicas y una propuesta que permita resolver el problema en estudio. Todo lo cual finalizará con las conclusiones que sean del caso.

## 2. ¿Qué significa ser juez?<sup>1</sup>

Muchas veces el ejercicio de un cargo por largo tiempo hace olvidar por qué se realiza este y, por lo mismo, es útil volver a preguntarse qué es lo que transforma a una persona en juez. La respuesta a esa interrogante es la jurisdicción, esto es, la aplicación autoritativa del derecho con carácter de imparcial e independiente a un caso. Con fines explicativos la idea del pacto social tiene rendimiento aquí, en el sentido que se sale del estado de naturaleza y, como se renuncia a la autotutela, es necesario que un tercero, por medio de la heterocomposición, resuelva los conflictos<sup>2</sup>, pero no cualquier tercero, sino uno independiente e imparcial. A través de la historia ha acompañado al ser humano la idea que un tercero está en mejor posición de resolver los conflictos porque no está involucrado en los mismos, bajo la premisa que nadie puede ser juez y parte [*nemo iudex in causa propria*]<sup>3</sup>.

Aquí la jurisdicción es la aplicación autoritativa del derecho a un caso de manera imparcial e independiente. Esto significa que la imparcialidad y la independencia judicial son dos condiciones necesarias de la jurisdicción, de modo que sin ellas esta no existe y

<sup>1</sup> En este punto se brinda lo que para el autor significa la jurisdicción, pero el cómo este llega a ese concepto en profundidad está en su obra *Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional* (2021). También se recomienda consultar el excelente trabajo de Andrés Ibáñez titulado *Tercero en Discordia* (2015).

<sup>2</sup> En el siglo XVII, Hobbes planteaba esta noción, expresando que se sale del estado de naturaleza entregando al Estado la jurisdicción, como mecanismo a través del cual se resuelven los conflictos, protegiendo a las personas y evitando la guerra. Sostiene el autor: “es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos. En efecto, sin decisión de las controversias no existe protección para un súbdito contra las injurias de otro ... y a cada hombre compete, por el apetito natural y necesario de su propia conservación, el derecho de protegerse a sí mismo con su fuerza particular, que es condición de la guerra, contraria al fin para el cual se ha instituido todo Estado (2005, p. 147).

<sup>3</sup> Ya en el derecho romano, el Código de Justiniano establecía, como ley general, que nadie debe ser juez de sí mismo o declarar derecho para sí, porque es injusto conceder a cualquiera la facultad para proferir sentencia sobre cosa propia. Véase el Código de Justiniano, L. III, T. V, 1.

solo habrá una simulación de tal. Se sigue a Aguiló cuando señala que el juez al ejercer jurisdicción debe aplicar el derecho por las razones que este le suministra, por lo que el juez no tiene más motivos para resolver que el cumplimiento del deber, lo cual significa que imparcialidad e independencia se construyen especialmente como deberes de los jueces (Aguiló, 2012, pp. 10-11). En este sentido, existe un amplio consenso en orden a que no hay jurisdicción sin imparcialidad e independencia judicial, lo que además se ve refrendado por diversos instrumentos y tribunales internacionales.

En torno a la imparcialidad e independencia judicial las dificultades surgen al momento de preguntarse en qué consisten ambas propiedades, y de cómo influyen en la organización de la jurisdicción. En este sentido, Troper señala que existe “un acuerdo general sobre el principio de independencia de la magistratura, aunque persisten diferencias sensibles sobre el contenido de ese principio y sobre las reglas que implica respecto a la organización de la magistratura” (2001, p. 74). El desarrollo de ambos principios excede con creces al presente texto en cuanto a dotarlos de contenido y de sus enfoques, ya sea como deber o como garantía, pero se darán sus conceptos funcionales al análisis que se desarrolla.

Se ha de tener presente que tanto la imparcialidad como la independencia judicial precaven que el juez se aleja de las razones del derecho, pero vías distintas porque la primera mira al interior del proceso, mientras que la segunda apunta al exterior de este. La imparcialidad, para concretar el principio de igualdad, supone que el juez no presente un compromiso personal con las partes o el objeto del proceso, en tanto que la independencia judicial exige que el juez no puede recibir órdenes en la forma de resolver desde el mismo poder judicial o bien desde otro poder estatal<sup>4</sup>.

La imparcialidad, conforme a lo dicho, ha de ser entendida como la falta de compromiso personal del juzgador, ya sea con relación a las partes o al objeto del proceso<sup>5</sup>, lo que es distinto de la neutralidad, aplicación no valorativa del derecho, porque puede ocurrir que el mismo derecho cumpla una función protectora que el juzgador debe considerar, como es el caso del resguardo del trabajador en materia laboral o el interés superior del niño en materia de familia. Le está vetado al juez ejercer jurisdicción si tiene

---

<sup>4</sup> Desde un punto de vista externo podría decirse que no solo los poderes públicos podrían decirles a los jueces la manera en qué debe resolver al margen del derecho. Piénsese en grupos económicos, organizaciones religiosas, medios de comunicación o movimientos sociales que tienen gran nivel de influencia en la comunidad. En estos casos no es un problema de independencia judicial porque estas organizaciones de orden civil no tienen una posición institucional para influir sobre el juez, si ello llegará a ocurrir no es por el ejercicio de una potestad pública sino porque fueron capaces de generar en el juez un interés con el objeto del proceso y ello es un problema de imparcialidad judicial.

<sup>5</sup> Perfecto Andrés manifiesta que la imparcialidad “ha generado desde antiguo notable preocupación. Al extremo de que, en algunas experiencias históricas, se llega a considerar que en nadie se daría de manera tan genuina esa condición como en el sujeto reclutado fuera de las propias fronteras ... En los municipios medievales italianos esta fue una práctica regular (2015, p. 212).

un interés personal al interior del proceso, porque ello implicaría desviar la decisión a razones ajenas al derecho, de modo que el juez no hubiera resuelto de la misma forma de no haber mediado a su respecto dicho interés.

El único interés del juez es con el derecho, y en la medida en que se aleja de él, por un compromiso al interior del proceso, pasa a ser parcial, haciendo colapsar la jurisdicción por la ausencia de una de sus propiedades necesarias. En este sentido, Aguiló manifiesta que “la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso. De este modo, la imparcialidad podría definirse como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso” (2003, p. 52).

La exigencia de independencia judicial es condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción, ya que no puede servir de freno al poder un poder dependiente. El juez, al momento de resolver, no puede estar subordinado jurídicamente a nada ni nadie, sino solo al imperio del derecho, concretándose así la independencia del juzgador. Esto se produce porque la independencia integra el concepto de jurisdicción y, por lo mismo, si aquella desaparece no corresponde hablar propiamente de jurisdicción, lo cual redundaría en una afectación del Estado de derecho que supone jueces aplicando el derecho por las razones que este mismo le suministra.

Corresponde precisar qué se entenderá por independencia judicial y, al efecto, consiste en el deber del juez de aplicar el derecho libre de cualquier presión, entendida esta última como aquella que busca introducir en la decisión judicial razones ajenas al derecho. A diferencia de la imparcialidad, aquí lo que aparta al juez de las razones del derecho no es un compromiso con las partes o con el objeto del proceso, sino que es una presión interna o externa. Esto significa que, en la labor de concretización del derecho por parte del juez, resultan inadmisibles injerencias orientadas a desviarlo de las razones del derecho con base a las cuales debe realizar dicha actividad. Si no existe independencia judicial, se corre el riesgo de reemplazar las razones del derecho por otras razones espurias.

Se puede distinguir una independencia judicial externa y una interna, correspondiendo la primera a la interdicción de cualquier otro poder estatal para inmiscuirse en asuntos judiciales; en tanto que la segunda, no mira al exterior, sino que, al interior del poder judicial, proscribiendo cualquier intervención de un juez respecto de un asunto cuyo conocimiento corresponda a otro magistrado. En esta distinción, la independencia judicial opera como una prohibición institucional de intervención, dirigida al interior del poder judicial como también hacia los otros poderes estatales.

Conforme a lo expuesto, puede darse respuesta a la pregunta de este apartado, es decir, ser juez significa que el diseño institucional del poder del Estado lo colocó en

posición de aplicar autoritativamente el derecho de una manera esencialmente imparcial e independiente. De ahí que los jueces no pueden tener dos soberanos, su único soberano es el derecho. Si no lo entiende así, desconoce la función que está llamado a ejercer en el Estado constitucional de derecho.

### 3. ¿Qué son las redes sociales?

Este apartado no pretende ser un análisis exhaustivo sobre las redes sociales porque, por una parte, está fuera de la *expertis* del autor y, por otra parte, es innecesario para el objeto del presente trabajo, en tanto para ello basta con una mínima comprensión de las redes sociales. Aquí se busca poner de relieve una nueva forma de interactuar entre las personas que está caracterizada por el internet y un cambio en los líderes de opinión hacia lo digital<sup>6</sup>.

El internet, que en términos generales es una red mundial de ordenadores, ha permitido una globalización de la interacción social en todos los ámbitos por su masividad, bajo costo e instantaneidad. En ese escenario, las redes sociales son estructuras al interior de internet por medio de las cuales las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, se conectan a partir de intereses comunes para transmitir y recibir contenido. Esto ha significado que una persona consiga comunicarse en forma inmediata con otra en cualquier punto del planeta y que, a la vez, pueda compartir contenido con millones de personas<sup>7</sup>. En parte, el éxito de las redes sociales obedece a que para su ingreso generalmente basta con ser mayor de edad y llenar un formulario, sin que existan cobros de por medio, sin perjuicio que ya dentro de la plataforma se quiera acceder a contenido exclusivo, se desee eliminar publicidad o bien quitar alguna restricción.

Las redes sociales satisfacen diversas necesidades y de ahí su proliferación y éxito, según cuan bien logren el objetivo de los usuarios, ya sea de comunicación, información o entretenimiento. Se pueden clasificar en horizontales o genéricas y verticales, siendo las primeras aquellas que no apuntan a un contenido específico, sino que sus destinatarios son todo tipo de personas, como es el caso de Facebook o Twitter. Las de tipo vertical reúnen a sus usuarios en función de intereses determinados que le son comunes, tales como; la música (SoundCloud); actividades laborales (LinkedIn); la fotografía (Flickr); y, sentimentales (Tinder), entre otros.

Las cinco redes sociales más grandes, en tanto tienen miles de millones de usuarios activos, son las siguientes: a) Facebook, una red social genérica en la cual se puede

<sup>6</sup> Quien desee profundizar en el estudio de internet, redes sociales y los *influencers* existe profusa literatura, entre la cual se puede consultar los aportes de Torrealba (2018) o Durango (2014).

<sup>7</sup> Para dimensionar el fenómeno, cabe señalar que se estima que más de la mitad de la población mundial cuenta con una red social, lo cual equivale a más de 4, 000 0000 0000 de personas.

compartir contenido de texto y audiovisual; b) YouTube, de tipo genérico y centrado en el formato de video; c) WhatsApp, también genérica y su objetivo es la mensajería con soporte de texto y audiovisual; d) Facebook Messenger, cumple las mismas funciones que la anterior y está integrada con la mensajería de Facebook e Instagram; y, e) Instagram, una red social genérica y que está fuertemente vinculada a los *influencers* por ser una plataforma utilizada para la promoción de productos o servicios de consumo.

Un *influencer* es aquella persona que en una red social a través de su cuenta comparte contenido a un número considerable de seguidores que, por diversas razones, lo consideran un referente y, por lo mismo, está en condiciones de influir en las decisiones que estos toman. Es precisamente por esa capacidad de influencia que las marcas los buscan para hacer publicidad o para que les promocionen sus productos, pero también puede ocurrir que el mismo *influencer* venda productos o servicios propios<sup>8</sup>.

Algo que no debe perderse de vista en las redes sociales es la masificación del contenido compartido y de la información del usuario porque, por esta vía, se puede obtener información personal, tomar contacto directo con él por parte de extraños, comentar o descargar contenidos, entre otras situaciones que se pueden presentar. También las plataformas saben nuestros hábitos e intereses, según el uso de estas, y emplearlos para regular la publicidad que recibimos o bien comercializar esa información. Es por esto la utilidad que el usuario regule en el carácter abierto o cerrado de su cuenta y, a la vez, configure las opciones de privacidad que le proporciona la plataforma. Esto porque muchas veces los usuarios sin saberlo aceptan las *cookies* (galletas informáticas), por medio de las cuales se rastrea información del usuario, tal como su actividad de navegación, datos de acceso, búsquedas, entre otras<sup>9</sup>. A lo cual se suma que también puede haber hackeos o ingresos no autorizados a las cuentas del usuario, de modo que es una sana práctica que el usuario considere que toda la información en las redes sociales es pública<sup>10</sup>.

Esta nueva forma de interactuar socialmente no solo tiene aspectos favorables, sino que también presenta aspectos negativos frente a los cuales es necesario que los usuarios

<sup>8</sup> Según el número de seguidores los influencers se les califica en *mega-influencers* (más de 1, 000 000 de seguidores); *macro-influencers* (entre 500, 000 y 1, 000 000 de seguidores); *mid-tier* (entre 100, 000 y 500, 000 seguidores); *micro-influencers* (entre 10, 000 y 100, 000 seguidores); y, *nano-influencers* (entre 1, 000 y 10, 000 seguidores). Debe tenerse en cuenta que el grado de influencia e interés en los influencers no solo está dado por el número de seguidores sino también por el grado de fidelidad y especificidad de estos.

<sup>9</sup> Como ejemplo, Facebook señala que usa cookies para personalizar el contenido, adaptar los anuncios y medir su rendimiento, ofrecer una experiencia más segura y analizar el uso de nuestros sistemas. Véase el enlace: <https://www.facebook.com/help/336858938174917>

<sup>10</sup> En este sentido, las Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces de la Red Mundial de Integridad Judicial en su punto 33 señalan: “Independientemente de las opciones de configuración, es aconsejable que los jueces no hagan ningún comentario ni participen en ninguna conducta en las redes sociales que pueda ser vergonzosa o inadecuada si llegara a ser de conocimiento público”.

tengan cuidado. En este sentido, encontramos, entre otros, el ciberacoso representado por el hostigamiento hacia una persona a través de las redes sociales; el *grooming*, que es un delito y representa una forma de ciberacoso de parte de un adulto a un menor de edad con fines de tipo sexual; y las *fake news* que son noticias falsas o sin corroboración.

En su gran mayoría los jueces, debido a la edad, no son nativos digitales y desconocen el uso y alcance de las redes sociales, lo cual puede llevarlos a cometer errores que traigan aparejados un cuestionamiento a su labor de juez, como por ejemplo si emite un comentario en la creencia que es privado, pero al ser la configuración de la cuenta de acceso público, se masifica el contenido que se creía restringido. Esto pone de relieve la necesidad de capacitar a los jueces en el correcto uso de internet y de las plataformas digitales, para evitar que por impericia incurran en errores que puedan comprometer su ministerio. A lo menos, un juez debe tener conocimientos básicos de internet, del manejo de las redes sociales, su configuración de privacidad y los potenciales riesgos a los que se expone.

A esta altura del texto, en que hemos analizado la función jurisdiccional y brindado nociones sobre las redes sociales, es necesario dar cuenta de la regulación que existe en Chile en torno de los jueces y las redes sociales, lo cual se hará a continuación.

#### 4. Regulación en Chile de los jueces y las redes sociales

Las redes sociales son un fenómeno relativamente reciente si se toma en cuenta que la primera de ellas (SixDegrees) es de 1997 y las más populares como Facebook, WhatsApp o Instagram comenzaron a operar en los años 2004, 2009 y 2010, respectivamente. De ahí que la relación de los jueces con estas plataformas, en términos generales, es abordada por los instrumentos tradicionales para garantizar su imparcialidad e independencia judiciales, lo cual significa la búsqueda de alguna causal de inhabilidad, especialmente con base a la emisión de un pronunciamiento previo, a alguna amistad o enemistad con las partes, o de un interés con el resultado del proceso<sup>11</sup>. Asimismo, se recurre a la normativa sobre comportamiento ético de los jueces para analizar su interacción en las plataformas digitales, aunque estas no hagan una referencia específica a las redes sociales porque son de fechas anteriores a estas<sup>12</sup>. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Chile ha visto lo problemático que puede ser el uso que los jueces den a sus redes sociales e impartió orientaciones al respecto e incluso le ha tocado pronunciarse sobre el tema en sede jurisdiccional.

<sup>11</sup> En Chile los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales contemplan un catálogo de las implicancias y recusaciones que pueden inhabilitar a un juez.

<sup>12</sup> Aquí cabe mencionar el Código Iberoamericano de Ética Judicial y Principios de Bangalore sobre la conducta judicial.

El año 2019, mediante el auto acordado AD 1873-2017, la Corte Suprema aprobó las recomendaciones para el uso de redes sociales por parte de los integrantes del Poder Judicial que fueron elaboradas por el Comité de Modernización de la misma Corte. En este sentido, aplica a los jueces y su interacción con las redes sociales los principios contenidos en el Código Iberoamericano de Ética Judicial<sup>13</sup>, adoptado por la Corte Suprema en el Acta 262-2007, a saber: independencia; imparcialidad; responsabilidad individual; cortesía; integridad; transparencia; secreto profesional y, prudencia. Directamente en cuanto a uso de las redes sociales se da una serie de recomendaciones a los jueces<sup>14</sup>, las que pese a su extensión se transcriben porque no están en el auto acordado, al hacer este un reenvío al informe del Comité que no es de fácil acceso:

1. Antes de adherir a una red social, los miembros del Poder Judicial procurarán compenetrarse de las características y alcance de la red y de los términos del convenio con el proveedor que consiente.
2. Asimismo, cuidarán evaluar la significación del propósito que persiguen al ingresar y su posibilidad de mantener las comunicaciones dentro de las recomendaciones éticas dispuestas precedentemente.
3. Todos los miembros del Poder Judicial procurarán evaluar el significado que tiene admitir o no admitir a una persona a su universo de contactos en el marco de una red social, tratando de evitar cualquier comunicación con aquellas personas que como partes, abogados u otros profesionales de la justicia intervengan en algún asunto del que en ese momento esté participando.
4. En caso de abrir perfiles en redes sociales, los integrantes del Poder Judicial evaluarán las potenciales consecuencias de identificarse como miembro del Poder Judicial, y en el caso de que sucediera por causas ajenas a su voluntad, tener siempre presente la responsabilidad que impone el cargo.

<sup>13</sup> Como referencia del actuar de los jueces también están los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito del año 2019. Así también los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura del año 1985.

<sup>14</sup> En este mismo sentido están las Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces de la Red Mundial de Integridad Judicial. Esta Red, creada en el año 2018, forma parte del Programa Global para la Implementación de la Declaración de Doha de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para dar asistencia a los Estados miembros en la implementación de la Declaración de Doha, adoptada por el decimotercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, en el año 2015. También son de interés los dictámenes que ha emitido la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.a) del Código Iberoamericano de Ética Judicial que le permite responder consultas. En específico, están referidos al actuar de los jueces en las redes sociales los dictámenes del 09 de diciembre de 2015 y del 16 de octubre de 2020, donde es de gran interés el estudio preparatorio del primero de ellos porque este contiene un análisis de derecho comparado sobre cómo se ha abordado el tema en diversos sistemas judiciales.

5. Los integrantes del Poder Judicial procurarán asegurarse de que conocen a quienes comparten su red, a menos que su uso no dé signos de familiaridad entre las personas conectadas.
6. Asimismo, estas personas deberán tener presente que toda comunicación, especialmente la escueta o fuera de contexto, puede dar lugar a una desinteligencia impensada para el emisor.
7. Tendrán especial cuidado en evitar la exposición de cualquier contenido que no pueda ser expuesto públicamente.
8. Asimismo, procurarán tomar en cuenta que cualquier actuación, imagen o manifestación, puede ser documentada y hecha de conocimiento público por medio de las redes sociales sin límite de temporalidad.
9. Por último, los integrantes del Poder Judicial cuidarán hacer uso de medidas de seguridad informática de alta calidad (contraseñas, antivirus, *antimalware*, prevención contra la suplantación de la identidad —*antiphishing*—, entre otros).

La Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad penal, Rol N. 80.876-2022, tuvo ocasión de analizar el uso de las redes sociales por parte de uno de los jueces de un tribunal oral en lo penal que llevaba el caso y determinó la infracción al deber de imparcialidad del juez, lo que significó la nulidad de la sentencia y del juicio. Se señala que el juez emitió:

comentarios en redes sociales que dan cuenta de un prejujuamiento del imputado antes de la conclusión del juicio (“vengador implacable...pero de buenos argumentos”); y compartiendo descalificaciones realizadas en contra del encartado, que si bien fueron proferidas por terceros, hizo suyas al aceptar publicarlas en su cuenta de Instagram, la que por demás es pública; todos antecedentes de los que se desprende el especial ánimo del Juez ... con el que se enfrentó al juicio, apartándose de su deber de objetividad y con ello, careciendo de imparcialidad objetiva y subjetiva con la que debía aproximarse a los hechos de la causa. (2022)

Con base a lo expuesto puede afirmarse que en Chile el uso de las redes sociales por parte de los jueces, se rige por las reglas generales sobre la conducta judicial y, en particular, por recomendaciones sobre el uso de dichas redes. El buen o mal uso de esas redes, a efectos procesales, se determina según exista o no afectación de la imparcialidad judicial y, en menor medida, de la independencia judicial.

## 5. La tensión entre el juez y las redes sociales<sup>15</sup>

Los jueces, como toda persona, tienen derecho a la libertad de expresión, de creencia, de empresa, de asociación y de reunión. En particular, el Capítulo III, artículo 19, n. 12, de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas la libertad de expresión, lo cual permite a estos participar en las redes sociales en ejercicio de ese derecho constitucional. También en la medida que el juez, especialmente si es un *influencer*, recibe algún rédito económico, cabría además colocarlo, para justificar su participación en redes sociales, bajo el alero de la libertad de empresa contenida en el artículo 19, n. 21, de la Carta fundamental. El contacto del juez con la sociedad de la cual forma parte es deseable para conocer la realidad sobre la cual le toca juzgar, siendo una cuestión distinta la forma y límites de esa interacción. Pero ello no puede significar tener jueces ascetas.

La imparcialidad e independencia del juez no significa un aislamiento social que impida el diálogo entre el sistema judicial y el sistema social del que forma parte. En este sentido, Bergalli plantea que

... la independencia del poder judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular. (1984, p. 101)

Esto supone romper con el juez ascético y pasar al juez informado, donde precisamente esa información lo deja en una mejor condición para la aplicación del derecho. Bien dice Lipari, “un juez que no sigue las vicisitudes de la realidad, que no lee periódicos, no está en situación de comprender la experiencia a la que también se dirige su pronunciamiento concreto” (1975, p. 11).

Tiene razón Calamandrei cuando sostiene que el juez al conocer de un juicio llega con un equipaje privado, pero debe apartarlo y dejar de ser un particular para cumplir con el ideal que el proceso sea una hoja en blanco, lo cual es representado por la peluca y la toga de los jueces en aquellos países en que tienen esa tradición (1960, pp. 89-90). El proceso como una hoja en blanco debe ser armonizado con lo que se ha dicho en orden a que ser juez no es una desconexión con la sociedad de que forma parte, y, por lo mismo, si bien existe una hoja en blanco no se debe olvidar el libro del cual forma parte esa hoja. En este sentido, cómo podría un juez aséptico entender las máximas de la experiencia si

<sup>15</sup> Sobre el poder judicial y su relación con la sociedad en Chile puede consultarse el artículo de Rondini (2022).

no tiene interacción con su sociedad. De ahí una muestra de la necesaria interacción del juez con la sociedad, pero con el límite del derecho.

Si se hace una revisión de la prensa a nivel mundial puede verse que la sociedad pareciera esperar algo más de los jueces que el solo dictar buenas sentencias, sino que también pone atención en el comportamiento personal de estos. Así se da cuenta de un juez español que durante la pandemia realizó una fiesta en su domicilio sin respetar el aforo permitido (Montero, 2021); una jueza argentina que tras condenar a un imputado lo visitó en la cárcel para compartir mates, *selfies* y arrumacos (Battaglino, 2022); en Chile jueces que han sido sorprendidos comprando droga para su uso personal (Rivera, 2019); que han agredido a otro funcionario judicial o que han conducido un vehículo tras haber consumido alcohol (Chaparro, 2014); una jueza en Bosnia cuestionada por tomar sol desnuda en su despacho (Destituida una jueza bosnia, 2014); una jueza colombiana que sube sus fotos sensuales a Instragram (Ramos, 2020); una jueza de la Corte Suprema de México que habría plagiado su tesis de licenciatura (Barragán, 2023); y unos de los casos más llamativos, el de una jueza española que sería stripper, tarotista y busca pareja por televisión (Martínez, 2019). Ello lleva a preguntarse si la demanda de un mayor estándar de comportamiento personal que exige la sociedad a sus jueces tiene un correlato jurídico, lo cual se comienza a desarrollar en el apartado que sigue.

El ser juez no es un trabajo de oficina en el que después de cierta jornada se deja de ser tal, como en cualquier otra actividad profesional, sino que esa investidura lo acompaña siempre. En este sentido, Andruet reafirma lo dicho al sostener que el juez

... tiene una función de tiempo completo con su cargo y una gestión jurisdiccional acordada en una determinada franja horaria; mas por fuera de dicha temporalidad horaria, su estatus judicial no sufre ninguna merma en su densidad pública y exigencia moral; con independencia de que no tenga momentáneamente el ejercicio de la *iurisdictio*. (2020, p. 535)

Ello es así porque la calidad de juez involucra jurídicamente una integridad y corrección<sup>16</sup>, entendidas como un comportamiento recto o intachable, que lo persigue en sus actividades extrajudiciales, en tanto estas pueden comprometer la confianza de las personas en la judicatura y, por lo mismo, es necesario cuidar hasta las simples apariencias.

<sup>16</sup> El Código Iberoamericano de Ética Judicial en sus artículos 53 a 55 regula la integridad judicial en los términos indicados. Mientras que los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial contemplan la integridad y corrección judicial en los artículos 3.1 al 4.16.

Debido a lo expuesto, los jueces tienen limitaciones de sus derechos y restricciones en sus relaciones personales que no le son exigibles a otras personas. A este respecto, Malem refiere una interesante sentencia del Tribunal Supremo español (STS), de 23 de enero de 2006 —RJ/2006/4321— en la cual señala “que no es lícito al juez o magistrado quitarse la toga a su antojo y tratar de convertirse en ‘ciudadano’ para llevar a cabo conductas que supuestamente solo le estarían prohibidas con ella puesta” (2017, p. 55). Luego de establecer que la calidad de juez es un estatuto personal que persigue a este a cualquier hora y lugar, cabe ahondar en su delimitación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>17</sup>, en adelante CIDH, en sentencia de 27 de agosto de 2020 en el caso *Urrutia Laubreaux vs. Chile* —considerando 78—, ha señalado que la libertad de expresión

... comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios ... una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

En este sentido, el derecho en comento habilita el acceso a las redes sociales, por su masividad como canal de comunicación, y cualquier limitación a ese acceso es una vulneración a la libertad de expresión. El mismo fallo de la CIDH, en sus motivos 82 y 84, señala que la libertad de expresión no es absoluta porque no está garantizado un uso abusivo de ese derecho, pero además

... en la administración de justicia, la libertad de expresión de los jueces y juezas pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos ... El objetivo general de garantizar la independencia e imparcialidad es, en principio, un fin legítimo para restringir ciertos derechos de los jueces.

El juez es un profesional cualificado que puede aportar conocimiento a la sociedad que integra, lo cual ya no solo debe ser entendido solo a través de los canales de comunicación clásicos, sino que también ha de incluir a las redes sociales. En esta idea,

<sup>17</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas sentencias ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la libertad de expresión de los jueces y sus límites, como en los casos *Wille c. Liechtenstein* de 28 de octubre de 1999; *Buscemi c. Italia* del 16 de septiembre de 1999; *Kudeshkina c. Rusia* del 26 de febrero de 2009; y, *Baka contra Hungría* del 27 de mayo de 2014, entre otros.

las Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por los jueces, en su punto 1, señalan que

Es importante que los jueces, tanto como ciudadanos, como en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, se involucren en las comunidades en las que sirven. En una era en que dicha participación incluye cada vez más actividades en línea, no se debe prohibir la participación adecuada de los jueces en las redes sociales.

No obstante, el mismo instrumento se encarga de precisar que esa actividad necesaria del juez tiene límites, en tanto

el beneficio público de dicho involucramiento y participación virtual debe estar en equilibrio con la necesidad de mantener la confianza de la población en el Poder Judicial, el derecho a un juicio justo, así como la imparcialidad, integridad e independencia del sistema judicial en su conjunto.

En este punto en que se sabe que los jueces no pierden sus derechos por el cargo que desempeñan, pero que pueden ser restringidos con base a la imparcialidad e independencia judicial, cabe desarrollar en torno a la manera de enfrentar la tensión que se genera entre un juez por participación en las redes sociales y, al mismo tiempo, por ejercer jurisdicción con base a los principios referidos. Una forma de abordar la problemática expuesta es la de plantear una colisión de derechos fundamentales entre la libertad de expresión del juez y el debido proceso de los justiciables en su dimensión de imparcialidad e independencia judicial<sup>18</sup>. Con lo cual la respuesta obvia sería aplicar un razonamiento ponderativo en la línea de Robert Alexy y plantear que, según las circunstancias del caso, primara uno u otro derecho por aplicación del principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>19</sup>.

Sobre la forma de resolución de conflictos de Alexy, bien podrían seguirse las críticas de García Amado, especialmente en lo que dice respecto de la falta de seguridad

---

<sup>18</sup> Aquí no es un problema de regulación porque, como se dijo, no existe una normativa específica de las causales de abstención con ocasión de la participación de los jueces en las redes sociales, como si podría haber con aquellas que establecen deberes de abstención con relación a pertenecer el juez a una sociedad de cuyo caso debe conocer. Lo que ocurre es que la regulación estableció la regla para resolver entre la libertad de empresa del juez y la imparcialidad judicial, tomando partido por la segunda. En el caso de los jueces y las redes sociales no hay reglas específicas y debe tomarse mano a causales generales, como la amistad o enemistad, o interés personal con el asunto sometido a su conocimiento, pero ocurre que son causales abiertas que demandan una regla para optar entre los principios en conflicto.

<sup>19</sup> Véase el razonamiento ponderativo de Alexy (1997) y (2016).

jurídica y la discrecionalidad del juez<sup>20</sup>, pero aquí se planteará algo distinto, esto es, que un razonamiento ponderativo, del tipo señalado, no es procedente en la tensión que se presenta entre libertad de expresión e imparcialidad judicial. Se propone que se pondera para identificar la colisión, pero determinado el conflicto siempre prima la imparcialidad judicial y no es procedente un test de proporcionalidad alexyano en que las circunstancias del caso puedan hacer primar la libertad de expresión por sobre la imparcialidad judicial.

Antes de avanzar debe precisarse que normalmente la colisión de principios se va a dar entre libertad de expresión e imparcialidad judicial porque el juez a través de sus redes sociales, directa o indirectamente, va dejando huella de su forma de pensar. Luego, de esa interacción pueden generarse indicios para configurar una imparcialidad objetiva en que se presenta un aparente interés del juez que lo deslegitima. A duras penas es un problema con la independencia judicial porque no es una actividad de un tercero sino del propio juez, y es difícil que terceros den instrucciones a los jueces por las redes sociales y mucho menos que tengan una posición institucional para hacerlo.

Un razonamiento ponderativo alexyano operaría de la siguiente forma: el problema sería si un juez puede conocer de una causa sobre la cual emitió una opinión previa a través de las redes sociales, dado que esa opinión la formuló en ejercicio de su libertad de expresión. No obstante, una de las partes plantea la parcialidad del juez porque presenta un interés en la resolución del juicio. La respuesta consistiría en que según la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del caso en concreto deberá tomarse partido por hacer primar o no la libertad de expresión por sobre la imparcialidad y, según esto, el juez podrá o no conocer y resolver el asunto. Por las razones que se dirán la respuesta es categórica: nunca podría primar la libertad de expresión y que un juez parcial conozca de la causa.

En el ejercicio propuesto se puede refutar que no hay colisión de principios porque ya se ejerció la libertad de expresión. Si bien ello es cierto, no puede desconocerse que si no se hubiera manifestado estaría en el fuero interno del juez y jamás sabríamos de su pensamiento, de modo que es necesario que se exprese para poder evidenciar la colisión, siendo esto lo que precisamente se busca controlar con la imparcialidad objetiva. La colisión se mantiene vigente porque el juez alegará que la presencia de su libertad de expresión lo ampara para mantener sus dichos y entrar al conocimiento de la causa, en tanto que alguna de las partes sostendrá que incumple con su deber de imparcialidad y de ahí que se deba resolver la colisión. Siendo inadmisibles las tesis que no existe colisión porque ya se manifestó la libertad de expresión y nada tiene que hacer la imparcialidad judicial, puesto que precisamente esa manifestación es necesaria para generar la colisión.

<sup>20</sup> Al respecto, consultar la crítica de García Amado (2009, pp. 207 y ss.).

Esto no es nada nuevo sino la particular forma en que colisiona la libertad de expresión con otros derechos, piénsese en las clásicas confrontaciones entre libertad de expresión y el derecho al honor, actualmente bajo las redes sociales están las llamadas “funas”, que son abordadas tradicionalmente como conflictos de derechos fundamentales.

En este punto se puede expresar que problemas de imparcialidad e independencia judicial se encuadran dentro del contexto del descubrimiento, y representan un caso en el cual este es relevante, incluso ante un contexto de justificación inobjetable, dado que la comprensión del concepto jurídico de jurisdicción que aquí se sostiene, integra estructuralmente la imparcialidad y la independencia judicial, de lo cual resulta que su ausencia niega el concepto jurídico, en la medida en que resulta imposible el cumplimiento de la función. Entonces, si se aceptará que un juez pierda su imparcialidad o independencia judicial en aras de su libertad de expresión, al mismo tiempo deja de ser juez y se disuelve el conflicto, de modo que este es más aparente que real. Así las cosas, la forma de resolver la tensión consiste en preguntarse si la actividad del juez en las redes sociales o su calidad de *influencer* genera un compromiso o un interés para fallar al margen del derecho desde la perspectiva de un observador razonable<sup>21</sup>.

Aquí el observador razonable efectivamente pondera para identificar la existencia de la colisión de principios, pero no para hacer primar la libertad de expresión por sobre la imparcialidad judicial, dado que siempre que se produzca la colisión prevalecerá esta última a menos que se acepte que un juez parcial conozca de una causa, lo cual va en contra de la calidad de juez por ser una condición necesaria del ejercicio jurisdiccional, además de ser ineludibles para la legitimidad y confianza en la administración de justicia.

En cada caso deberá analizarse bajo la lupa de un observador razonable si la actividad desplegada por el juez en las redes sociales compromete su imparcialidad e independencia judicial y, según ello, establecer si esa actividad está dentro del legítimo ejercicio del derecho de expresión o bien afecta la actividad jurisdiccional. Incluso actividades que en apariencia son inocuas, como dar un “me gusta” a una publicación o compartir la publicación de un tercero, puede potencialmente llegar a comprometer a un juez<sup>22</sup>. Son

<sup>21</sup> La Corte Suprema cuando, en antecedentes AD 1873-2017, aprobó las recomendaciones para el uso de redes sociales por parte de los integrantes del Poder Judicial que fueron elaboradas por el Comité de Modernización. Con ello, hace propio el estándar del observador razonable contenido en el punto 5.2 de la propuesta del Comité, la que no hace otra cosa que seguir el criterio del artículo 54 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

<sup>22</sup> Las Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces de la Red Mundial de Integridad Judicial en su punto 6 señalan: “Los jueces deben tomar en consideración y ser conscientes de los aspectos prácticos que implican las formas de expresión y asociación que se utilizan en las redes. Estos aspectos incluyen un alcance potencialmente mayor en términos de publicidad o su amplificación a grupos virtuales más extensos, así como una mayor permanencia de las declaraciones, y las implicaciones potencialmente significativas de acciones relativamente pequeñas e informales (como dar un ‘me gusta’) o, de otra manera, difundiendo información publicada por otros”.

innumerables las situaciones que se pueden plantear en cada caso, sin perjuicio de lo cual se darán una serie de consideraciones que un observador razonable debiera reflexionar para arribar a un juicio de parcialidad, a saber, ente otras:

- a) El contenido de la intervención. No es lo mismo transmitir una información que emitir una opinión porque en la segunda, a diferencia de la primera, va envuelta una opción personal. En general, no habría inconveniente en una mera información, salvo que sea reservada, como por ejemplo el señalar la fecha en que se realizará un juicio. Distinto es el caso de una opinión porque esta conlleva una valoración que puede comprometer la imparcialidad del juez, como por ejemplo si opinara que está en contra del divorcio por razones religiosas<sup>23</sup>. Una opinión *per se* no inhabilita al juez, pero es un terreno sospechoso y deberá hacerse un análisis profundo de su contenido, además de relacionarlo con los otros criterios que se indicarán;
- b) La competencia o ámbito de competencia del juez. No es lo mismo que el juez interactúe en las redes sociales sobre asuntos de los que conoce, o potencialmente puede conocer, de aquellos que no. No se ve inconveniente que un juez comparta opiniones de sus viajes al extranjero, mientras que, siguiendo con el caso propuesto, sí lo habría en caso de que un juez de familia se manifeste en contra del divorcio por razones religiosas al ser una materia sobre la que debe resolver y el derecho dice una cosa distinta. Las materias que la ley ha colocado de conocimiento del juez deben ser una luz de alerta al momento que este intervenga en las redes sociales porque pueden significar comprometer su imparcialidad o la legitimidad social de sus resoluciones judiciales;
- c) El grado de compromiso del juez con las redes sociales. No debemos olvidar que las redes sociales pueden ser fuente de ingresos por publicidad o bien el generar contenido y ser *influencer* puede producir algún grado de dependencia, lo cual supone un análisis de dichas circunstancias para determinar si inhabilita o no al juez para conocer de alguna causa. Así, un juez que recibe ingresos por publicidad en sus redes sociales de una determinada marca o que comparte contenido pagado con abogados, pudiera comprometer su imparcialidad si después le toca conocer una causa en que es parte esa marca o bien interviene alguno de esos abogados;

<sup>23</sup> Malem refiere el caso del juez español de Pozoblanco, Pedro Yun Díaz, “que rechazó una demanda de divorcio por mutuo acuerdo invocando el derecho natural de origen divino, en contra de la normativa positiva aplicable. De firmes convicciones católicas y ferviente practicante se negó a disolver el matrimonio porque este era un vínculo que Dios había unido. Dispuesto a obedecer la autoridad de Dios antes que la de los hombres dejaba sin resolver todos los casos de divorcio que conocía en virtud de su competencia” (2017, pp. 37 y 38).

- d) La calidad en que se interviene. Si el juez interactúa como un particular tiene un mayor grado de libertad para expresar opiniones, pero esta disminuye en la medida que puedan ser reconducidas a su actividad jurisdiccional. Distinto es cuando el juez interviene como tal, o bien hace presente esa calidad de algún modo, porque esto genera una responsabilidad mayor en la medida que le da una credibilidad mayor frente a la comunidad por la confianza que se deposita en los jueces. El juez tiene un reconocimiento social que no puede ser usado para reafirmar sus posiciones en las redes sociales;
- e) La privacidad de la red. Las cuentas en las distintas plataformas pueden ser de acceso público o restringido, donde es distinto opinar en un grupo familiar restringido a hacerlo en forma pública. Entre mayor sea el acceso a la opinión más cuidadoso se debe ser con esta, pero no debe perderse de vista que nunca las plataformas son totalmente restringidas y además siempre están expuestas a vulneraciones, de modo que es preferible interactuar en el entendido que la información puede llegar a ser pública siempre. Basta que de un mensaje privado el destinatario tome una captura de pantalla y haga circular el mensaje para que esa información privada pase a ser pública; y,
- f) El grado de interacción con los usuarios. Muchas de las plataformas, según el grado de publicidad de la cuenta, permite la generación de debates a partir de las publicaciones y es ahí donde el juez debe ser prudente en sus participaciones, en tanto no implique imponer el cargo que ostenta o bien emitir una opinión que comprometa su imparcialidad. Esta prudencia no solo implica la relación con sus propias opiniones sino también la interacción en foros en que los demás integrantes puedan emitir opiniones que impliquen al juez por el solo hecho de formar parte del grupo. Este sería el caso de un juez que forma parte de un grupo supremacista en que, si bien no emite opiniones, su sola presencia y/o las opiniones de los otros miembros permiten un cuestionamiento sobre su idoneidad para desempeñarse como juez.
- g) El contexto de la participación en la red social. Dentro de las redes sociales existen diversos espacios para compartir contenidos, pero no es lo mismo hacerlo en un entorno de divertimento que hacerlo en un hilo universitario, en tanto en este último caso la libertad de expresión se refuerza con la libertad académica. Lo mismo ocurre en un ámbito político partidista en que las opiniones tienen un peso distinto del que pudiera hacerse en otros contextos precisamente por la finalidad del foro. Esto lleva a que un observador razonable considere el entorno de la red social en la que intervino el juez.

Los criterios antes expuestos, los que no tienen una pretensión de exhaustividad, son útiles para que el mismo juez o terceros satisfagan el estándar de un observador razonable al momento de determinar los límites de la participación de los jueces al intervenir en redes sociales o cumplir el rol de un *influencer*.

## 6. Conclusiones

A través del presente trabajo se explicó que la imparcialidad y la independencia judicial integran el concepto de jurisdicción y, por lo mismo, al ser condiciones necesarias su ausencia hace colapsar el concepto mismo. Ambos principios son, por sobre otras alternativas, deberes para los jueces e internacionalmente los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son contestes en ello.

Los jueces, en atención a su edad, no son nativos digitales porque las redes sociales actuales no superan los 20 años de antigüedad y difícilmente podemos encontrar un juez con esa edad. Debido a ello es necesario que se capaciten en el uso de internet y de las redes sociales, a efectos de conocer los pros y contras a los que se verán expuestos en sus interacciones a través de dichas redes. Esto para disminuir las posibilidades de comprometer su imparcialidad judicial y la confianza social en la magistratura.

Se explicó que los jueces, como toda persona, tienen derecho a la libertad de expresión, de creencia, de empresa, de asociación y de reunión. En particular, el artículo 19, N. 12 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas la libertad de expresión, lo cual permite a los jueces participar en las redes sociales en ejercicio de ese derecho constitucional. El contacto del juez con la sociedad de la cual forma parte es deseable para conocer la realidad sobre la cual le toca juzgar, siendo una cuestión distinta la forma y límites de esa interacción, de ahí que se debe abandonar la idea que los jueces solo hablan por sus resoluciones.

También se estableció que la libertad de expresión no es absoluta porque no tolera un uso abusivo, pero en el caso de los jueces además tiene como límite la imparcialidad e independencia judicial, lo cual repercute directamente en la legitimidad del ejercicio jurisdiccional. De ahí que cuando los jueces ejercen su libertad de expresión en las redes sociales y/o en su calidad de *influencers* deben tener el cuidado de no comprometer su ministerio al generar un interés con las partes o el objeto del proceso.

En cuanto a la regulación normativa de la participación de los jueces en las redes sociales se expuso que, en términos generales, se recurre a los instrumentos internacionales e internos que establecen los deberes de imparcialidad e independencia judicial, además

de la exigencia de integridad y corrección, sin que exista una regulación obligatoria específica con respecto a las plataformas digitales, pues lo que concurre son directrices o recomendaciones de comportamiento. Luego, dichos deberes y las recomendaciones son reconducidas a las causales de inhabilidades de los jueces para determinar si está o no en condiciones de conocer un determinado asunto.

Con respecto al uso de las redes sociales por parte de los jueces, se señaló que la tensión entre libertad de expresión y los deberes de imparcialidad e independencia judicial no puede ser resuelta por un razonamiento ponderativo alexyano, en el sentido del test de proporcionalidad, porque nunca podría primar la libertad de expresión por sobre los referidos deberes, dado que si se hace primar aquella por sobre estos no habría jurisdicción por la ausencia de sus condiciones necesarias. El ejercicio jurídico ponderativo debe ser determinar cuándo la libertad de expresión colisiona con la imparcialidad e independencia judicial, porque cuando se produce dicha colisión deben primar esos deberes por sobre aquella libertad.

El determinar la colisión de derechos y la afectación a la imparcialidad e independencia judicial debe hacerse bajo la óptica de un observador razonable, para lo cual se brindaron una serie de criterios que pueden servir de orientación, a saber: el contenido de la intervención; la competencia o ámbito de competencia del juez; el grado de compromiso del juez con las redes; la calidad en que se interviene; la privacidad de la red; y el grado de interacción con los usuarios.

De esta forma, concluimos el presente trabajo esperando haber cumplido su propósito de dar herramientas jurídicas en torno a un debate necesario hoy en día, la interacción de los jueces y las redes sociales, así como sus límites.

### Referencias

- Acosta Gallo, P. (2005). *La Responsabilidad del Estado-Juez*. Montecorvo.
- Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Jueces para la democracia*, (46), 47-56.
- Aguiló, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (10), 5-32.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Alexy, R. (2016). The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 1-17.
- Andrés Ibañez, P. (2015). *Tercero en discordia*. Trotta.
- Andruet, A. (2020). La existencia de la posverdad judicial: una defección ética de los jueces. *Revista Jurídica Unicuritiba*, 4(61), 511-551.
- Barragán, A. (2023, 14 de enero). *El escándalo de la tesis de Yasmín Esquivel pone en duda su idoneidad como ministra de la Suprema Corte*. El País. <https://elpais.com/mexico/2023-01-14/el-escandalo-de-la-tesis-de-yasmin-esquivel-abre-un-nuevo-frente-sobre-su-idoneidad-como-ministra-de-la-suprema-corte.html>
- Battaglini, R. (2022, 14 de enero). *Armando Andruet: Hay una desintegración moral del Poder Judicial*. La Voz. <https://www.lavoz.com.ar/politica/armando-andruet-hay-una-desintegracion-moral-del-poder-judicial/>
- Bergalli, R. (1984). *Estado democrático y cuestión judicial*. Depalma.
- Calamandrei, P. (.1960). *Proceso y democracia* (H. Fix Zamudio, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Calamandrei, P. (2006). *Elogio de los jueces*. ARA Ediciones.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano. (1892). Código de Justiniano, L. III, T. V, 1. (Hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Trans.) (I. L. García del Corral, N.) (Segunda Parte, T. I). Ed. Jaime Molinas.
- Chaparro, A. (2014, 03 de febrero). *Los sumarios a jueces y las sanciones que les aplicó la Corte Suprema en 2013*. El Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902742&Path=/0D/C6/>
- Destituída una jueza bosnia por tomar el sol desnuda en su despacho*. (2014, 11 de febrero). El Periódico. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20140211/destituída-jueza-bosnia-sol-desnuda-despacho-3091970>
- Durango, A. (2014). *Las redes sociales*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- García Amado, J. A. (2009). *El derecho y sus circunstancias. Nuevos Ensayos de filosofía jurídica*. Universidad Externado.
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (M. Sánchez Sarto, Trad.) (5.ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- Lipari, N. (1975). *Introduzione a Giustizia e informazione*. Laterza.
- Malem Seña, J. (2017). *Los jueces: ideología, política y vida privada*. Tirant lo Blanch.
- Martínez, M. (2019, 25 de agosto). *Dos juezas en la picota*. La Opinión A Coruña. <https://www.laopinioncoruna.es/galicia/2019/08/25/juezas-picota-23714846.html>

- Montero, M. (2021, 03 de agosto). *El magistrado Ricardo Fiestras Gil se pasó de frenada con la Guardia Civil*. Confilegal. <https://confilegal.com/20210803-opinion-el-magistrado-ricardo-fiestras-gil-se-paso-de-frenada-con-la-guardia-civil/>
- Müller, I. (2007). *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás* (C. A. Figueredo, Trad.) (2.<sup>a</sup> reimp.). ACTUM.
- Ramos, F. (2020, 14 de octubre). *La jueza colombiana que es toda una celebridad en Instagram por sus fotos sensuales*. CNN Español. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/10/14/la-jueza-colombiana-que-es-toda-una-celebridad-en-instagram-por-sus-fotos-sensuales/>
- Rivera, V. (2019, 27 de agosto). *Carabineros detiene a juez de garantía que portaba cocaína y Corte abre sumario*. La Tercera. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/carabineros-detiene-juez-garantia-portaba-cocaina-corte-abre-sumario/799277/>
- Rondini, P. (2021). *Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional*. Tirant lo Blanch.
- Rondini, P. (2022). Poder Judicial chileno y diálogo social en una nueva Constitución. *Revista de Estudios Judiciales. Estudios monográficos para una nueva Constitución. Edición especial* (7), 85-120.
- Sosa, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* La Esfera de los Libros.
- Torrealba, A. (2018). *Construyendo a un influencer*. Escarpia Producciones Editoriales.
- Troper, M. (2001). *Por una Teoría Jurídica del Estado* (M. Venegas Grau, Trad.). Dykinson.



# EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y SU RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN EL PERÚ

*Keyla Noemi Regalado Araujo\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
2018200531@ucss.pe  
<https://orcid.org/0009-0004-0267-6132>

**Resumen:** El presente artículo se enfoca en explorar de qué manera la implementación del Acuerdo de Escazú podría minimizar los conflictos socioambientales en el contexto peruano. A través del análisis de su relevancia y efectos potenciales, se pretende ofrecer una visión integral de cómo esta iniciativa internacional puede contribuir a la gestión sostenible de los recursos naturales y al fortalecimiento de la democracia ambiental en Perú.

**Palabras clave:** Derechos Humanos ambientales, acuerdo de Escazú, recursos naturales, conflictos socioambientales, democracia ambiental.

## THE ESCAZÚ AGREEMENT AND ITS RELATIONSHIP WITH SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN PERU

**Abstract:** This article focuses on exploring how the implementation of the Escazú Agreement could minimize socio-environmental conflicts in the Peruvian context. Through the analysis of its relevance and potential effects, it is intended to offer a comprehensive vision of how this international initiative can contribute to the sustainable management of natural resources and the strengthening of environmental democracy in Peru.

**Keywords:** Environmental Human Rights, Escazú Agreement, Natural Resources, Socio-Environmental Conflicts, Environmental Democracy.

---

\* Estudiante del XI ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

## 1. Introducción

En el contexto global, el cambio climático y los crecientes conflictos socioambientales han suscitado una urgencia ineludible por abordar la relación entre la preservación del medioambiente y la protección de los derechos humanos. En este contexto, destaca el Acuerdo de Escazú, un hito histórico al ser el primer tratado vinculante de su tipo en América Latina y el Caribe. Este acuerdo, establecido en 2018, busca fortalecer la gobernanza ambiental y la salvaguardia de los derechos humanos en la región. En particular, en el caso de Perú, donde los conflictos socioambientales ocupan un lugar significativo, el Acuerdo de Escazú se presenta como una herramienta fundamental para minimizar estas tensiones. A través de sus pilares, que incluyen el acceso a la información ambiental, la participación ciudadana, el acceso a la justicia y la protección de los defensores ambientales, este acuerdo ofrece un marco legal que podría transformar la gestión de recursos naturales, promoviendo la transparencia, la inclusión y la sostenibilidad.

Por ende, se hará un análisis del Acuerdo de Escazú, aprobado en 2018 por 24 países latinoamericanos. Se trata de un hito al ser el primer tratado regional que establece reglas para el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Su objetivo es garantizar acceso a la información, participación pública y justicia en asuntos ambientales. Aunque ratificado por 15 países, la no ratificación de Perú, en julio de 2022, destaca desafíos.

Este acuerdo surge de antecedentes como la Declaración de Estocolmo (1972) y la Cumbre de Río (1992). Su estructura comprende un preámbulo y 26 artículos, enfocándose en promover la transparencia y participación. En vigor desde abril de 2021, busca abordar desafíos ambientales y proteger los derechos de las generaciones presentes y futuras en América Latina.

Asimismo, se desarrollarán los cuatro pilares esenciales del acuerdo de Escazú para fortalecer la gobernanza ambiental y salvaguardar los derechos humanos en América Latina y el Caribe. Estos pilares incluyen el derecho al acceso de información ambiental, la participación ciudadana en asuntos ambientales, el acceso a la justicia en materia ambiental y la protección de los defensores ambientales. Aunque el acuerdo representa un avance normativo significativo, la aplicación práctica en Perú enfrenta desafíos, especialmente en la protección efectiva de los defensores ambientales, resaltando la necesidad de medidas concretas para garantizar la seguridad y los derechos fundamentales de aquellos que trabajan en la defensa del medioambiente.

Los conflictos socioambientales, en aumento globalmente, se manifiestan en América Latina, particularmente en Perú, debido al crecimiento de las industrias extractivas. Estos enfrentamientos, vinculados a disputas sobre recursos naturales,

reflejan intereses divergentes y pueden resultar en conflictos violentos. Pese a que la minería ha experimentado una expansión significativa en Perú desde la década de 1990, contribuyendo a grandes utilidades, los conflictos socioambientales ocupan el 63.6% de los conflictos registrados, según la Defensoría del Pueblo en 2022. Estos conflictos, centrados en la gestión de recursos y la conciencia ambiental, revelan la importancia creciente de la sostenibilidad y la preservación de los recursos naturales. La mayoría de estos conflictos se relacionan con la actividad minera, destacando la competencia por recursos escasos y la necesidad de evaluar el marco legal e institucional para abordar las demandas ciudadanas y renovar la confianza en el Estado de Derecho.

## 2. El Acuerdo de Escazú

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, fue aprobado en el distrito de Escazú, ubicado en la ciudad de San José (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 a cargo de 24 países de América Latina con participación de la sociedad civil y el público en general (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).

Cabe resaltar que este acuerdo se origina a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2012, conocida como Río+20. Su principal propósito es garantizar la plena y efectiva aplicación de los derechos relacionados con la participación pública en decisiones ambientales, el acceso a información sobre el medioambiente y la justicia en cuestiones medioambientales. Una característica sobresaliente es que este tratado tiene carácter legalmente vinculante para la región de América Latina y el Caribe. Además, es relevante destacar que el Acuerdo de Escazú pone en acción el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 al proporcionar a los Estados una plataforma para fortalecer la protección del derecho de todas las personas, tanto las actuales como las futuras, a vivir en un entorno saludable.

Jiménez (2019) señala que el Acuerdo de Escazú es una herramienta integral que unifica décadas de esfuerzos a nivel internacional y nacional para abordar la interacción entre el medioambiente y los derechos humanos. Además, busca la protección de los defensores del medioambiente. En consecuencia, contribuye a la consolidación del conjunto de leyes y normativas en América Latina y el Caribe relacionadas con el medioambiente y los derechos humanos.

El Acuerdo en cuestión posee la capacidad de impulsar transformaciones fundamentales y abordar algunos de los desafíos más significativos de la actualidad. Constituye una herramienta poderosa para prevenir conflictos, garantizar la toma de

decisiones fundamentadas, inclusivas y participativas, y fomentar la responsabilidad, transparencia y una gobernanza efectiva (Castro, 2020).

Así, se destaca como un logro histórico al ser el primer tratado regional en definir reglas específicas para la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Este importante acuerdo marcó un avance significativo en la búsqueda de un entorno saludable para las futuras generaciones. Cabe mencionar que Perú no ha rectificado este acuerdo.

## 2.1. Antecedentes del Acuerdo de Escazú

El desarrollo del derecho ambiental global ha sido un proceso lento y a veces frustrante, con muchos intentos fallidos de crear reglas internacionales. No obstante, dentro de los documentos legales más destacados están la Declaración de Estocolmo (1972), que enfatiza la responsabilidad de los Estados en la protección del medioambiente como un principio internacional y el Informe “Nuestro Futuro Común” o “Informe Brundtland” de las Naciones Unidas (1987), que introduce el concepto de desarrollo sostenible.

Posteriormente, en el año 1992, la Cumbre de Río convocó a un variado grupo de miembros de las Naciones Unidas con el objetivo de establecer una colaboración destinada a proponer iniciativas para la preservación del entorno global. Durante esta reunión, se produjo el Acuerdo de Río en torno al Medio Ambiente y Desarrollo, el cual comprendió 27 principios destinados a fomentar la formulación de políticas y regulaciones alineadas con el concepto de desarrollo sostenible.

Esta Declaración de Río no solo incorpora los fundamentos del derecho internacional ambiental, sino que también establece el medioambiente como un derecho humano. Esto influye en la creación de leyes y regulaciones ambientales a nivel nacional. En consecuencia, se puede decir que el Acuerdo de Escazú se origina en el Principio 10 de la Declaración de Río, que aboga por la participación ciudadana en asuntos ambientales, acceso a información y procesos de toma de decisiones.

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación

de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Declaración de Río de Janeiro, 1992)

### 2.1.1. *Negociación del Acuerdo de Escazú*

El proceso de negociación del Acuerdo de Escazú se dividió en dos etapas: la primera etapa preparatoria, que abarca desde 2012 hasta 2014, donde se establecieron las condiciones de negociación a través de reuniones preparatorias, dando inicio con la Declaración sobre la aplicación del Principio 10. En esta etapa, se sumaron países a este compromiso y se lograron hitos como la Reunión de Santiago (2012), la Reunión de Guadalajara (2013) y el “Documento de Santiago” (2014). La segunda etapa, que comenzó en 2015, se enfoca en la negociación del acuerdo regional y reemplaza las reuniones de los puntos focales y grupos de trabajo. Esta etapa está liderada por el Comité de Negociación, compuesto por veinticuatro países y con la participación activa de la sociedad civil, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 y que entró en vigor el 22 de abril de 2021 (Gamboa, 2021, p 10).

Con respecto a Perú, su papel en las negociaciones del Acuerdo de Escazú fue significativo y evolucionó durante el proceso. Durante las etapas preparatorias, Perú desempeñó un papel clave al organizar la tercera reunión preparatoria en 2013, lo que contribuyó a la creación de la declaración “Visión de Lima”, fortaleciendo los principios del acuerdo en relación a los derechos de acceso ambiental. Conforme avanzaba el proceso, la posición de Perú se volvía más marcada. Inicialmente, abogó por la inclusión de la participación indígena según el Convenio 169 de la OIT y se centró en temas relacionados con estos derechos, aunque algunas de sus propuestas no fueron adoptadas. Además, Perú defendió de manera enérgica los derechos de acceso ambiental, especialmente cuando se proponían disposiciones que podrían limitarlos, argumentando que su legislación ambiental ya los abarcaba, además La posición de Perú se fortaleció con el cambio de gobierno en 2016, volviéndose más activo en las negociaciones.

Pero el 11 de julio del 2022, con diez votos a favor, dos en contra y una abstención, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República archivó definitivamente la ratificación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como el Acuerdo de Escazú (Mora, 2022, p. 1).

### 2.1.2. *Estructura y características del acuerdo de Escazú*

El Acuerdo de Escazú, oficialmente conocido como el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, sigue una estructura típica de tratados internacionales. Este tratado regional está compuesto por un preámbulo y 26 artículos, donde se destaca el artículo 1 que establece el objetivo:

Garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018)

Además, se destaca que cuenta con dos partes que se denomina “dogmática” y “orgánica y de procedimiento”. Podemos decir que la estructura del Acuerdo de Escazú busca establecer un marco jurídico que promueva la transparencia, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Cada país que se convierte en parte del acuerdo se compromete a aplicar sus disposiciones de acuerdo con sus propias leyes y regulaciones nacionales.

### 2.1.3. *Características del Acuerdo de Escazú*

El Acuerdo de Escazú es un instrumento importante para promover la protección del medioambiente y los derechos humanos en América Latina y el Caribe, y ha sido ratificado por 15 países de la región y entró en vigor el 22 de abril del 2021. Este acuerdo se caracteriza por lo siguiente:

- Por brindar fortalecimiento en la relación entre medioambiente y derechos humanos, ya que este Acuerdo presenta una relación directa entre medioambiente y derechos humanos y su objetivo final es fortalecer la democracia y desarrollo sostenible, asimismo se resalta un componente más visible de protección de los derechos humanos.
- Gómez expresa que el Acuerdo de Escazú agrega un nuevo pilar al concepto de democracia ambiental: la protección a defensores ambientales (2018, p. 38).

En la siguiente tabla se presentan las características fundamentales del Acuerdo de Escazú proporcionando una base para su análisis y comprensión:

**Tabla 1**

*Características del acuerdo de Escazú*

<p>Estructura legal del Acuerdo de Escazú.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Principios</li> <li>• Áreas legales</li> </ul>	<p>Conceptos clave de este tratado internacional.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Desarrollo sostenible</li> <li>• Constitución Ecológica</li> <li>• Principios de buen gobierno</li> </ul>
--	--

*Nota.* Tomado de “Origen y debate del Acuerdo de Escazú en el Perú”, por Gamboa, 2021. En *Revista Kawsaypacha: Sociedad Y Medio Ambiente*, (8), 2.

### 3. Los cuatro pilares del Acuerdo de Escazú

Como ya se mencionó, el 4 de marzo de 2018, con el respaldo de la Cepal, se estableció en Escazú (Costa Rica) el Acuerdo Regional que aborda cuestiones ambientales y de derechos humanos en América Latina y el Caribe, marcando un hito como fue el primer tratado vinculante de su tipo en la región. Dentro de este acuerdo se destaca 4 pilares de gran importancia que buscan fortalecer la gobernanza ambiental y la protección de los derechos humanos en cuestiones relacionadas con el medioambiente en América Latina y el Caribe, que se desarrollará continuación.

#### 3.1. Derecho al acceso de información ambiental

Es de suma importancia abordar los efectos que tendría el Acuerdo de Escazú en los derechos ambientales en Perú y cerrar la brecha entre la creación de leyes y su aplicación, debido a que podría mejorar la gestión del medioambiente y reducir los impactos negativos de las actividades económicas, lo que, a su vez, fortalecerá el marco regulador y mejorará la calidad de estas normativas. También es crucial prevenir la corrupción, resolver conflictos socioambientales derivados de la falta de acceso a la información sobre proyectos económicos y promover una participación activa de la ciudadanía en las decisiones relacionadas con el medioambiente, ya que a través de este derecho las personas podrán acceder a información sobre la gestión de los recursos naturales.

Zabarburu (2015) menciona que este derecho resulta ser un instrumento esencial para la consecución de otros objetivos, como la transparencia, la participación y la vigilancia. Es por ello que se garantiza su ejecución a través de la Declaración Universal

de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los que se señala que cualquier individuo presenta el derecho a recibir información por distintos medios. En este caso, la información en relación a los temas ambientales busca, como objetivo principal, el cuidado del ambiente.

**Tabla 2**

*El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental*

FOMENTA LA TRANSPARENCIA	Gracias a los detalles ofrecidos, se asegura que cualquier individuo pueda tener acceso a las acciones y políticas medioambientales implementadas por las autoridades gubernamentales, lo que promueve la transparencia en la gestión ambiental.
PROMUEVE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	La disponibilidad de información completa y oportuna en asuntos ambientales fomenta la participación ciudadana y contribuye a una gestión ambiental más democrática, permitiendo a la población ejercer su derecho a la participación mediante acciones como la vigilancia y el control en cuestiones ambientales. La efectividad de la participación ciudadana depende de la accesibilidad a la información.
ES UN DERECHO INSTRUMENTAL	El ejercicio del derecho al acceso a la información impulsa la toma de decisiones que favorecen la protección de otros derechos, como el derecho a la vida, a la salud y a un entorno sano y equilibrado.

*Nota:* Tomado de “El derecho de acceso a la información ambiental”, por Zabarburu, 2015, p. 15. Editorial Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

### **3.2. Derecho a la participación ciudadana en el ámbito ambiental**

Uno de los desafíos que enfrenta la democracia moderna radica en la carencia de autenticidad en su representación y en sus restricciones para involucrar a los ciudadanos peruanos en la esfera pública. Esto demanda la fortificación de los métodos de participación para lograr una intermediación más efectiva entre el Estado, la sociedad y el mercado.

Cuando se trata de la participación de los ciudadanos en asuntos ambientales, el Acuerdo de Escazú se plantea como un marco legal general que respalda este derecho. Es fundamental tener en cuenta que la participación de la ciudadanía en cuestiones medioambientales implica un proceso en el cual se involucra al ciudadano, ya sea de manera individual o en grupos, en la toma de decisiones, la supervisión, el control y la implementación de acciones relacionadas con la gestión ambiental (Becerra, 2022).

**Tabla 3**

*Análisis del artículo 7 del Acuerdo de Escazú donde se resalta la Participación Ciudadana en materia ambiental*

Obligación de dar información clara, oportuna y comprensible, que sea necesaria para hacer efectivo el derecho a participar en la toma de decisiones.
Información de forma efectiva comprensible y oportuna, a través de medios apropiados (electrónicos, escritos u orales)
Informar oportunamente la decisión ambiental incluye los motivos, fundamentos y observaciones.

Es importante destacar que el artículo 5 del Acuerdo de Escazú aborda el derecho de acceso a la información ambiental, especialmente en lo que respecta al apoyo a grupos vulnerables, como comunidades indígenas y grupos étnicos. El propósito principal de este acuerdo es reducir la desigualdad que experimentan estos grupos al buscar información de calidad y participar activamente en la formulación de políticas ambientales. Es relevante destacar que el acuerdo no establece un modelo de participación único, ya que este puede variar según las circunstancias y la ubicación.

### 3.3. Derecho al acceso de justicia en materia ambiental

Garzón (2020) aduce que, debido a la expansión del capitalismo y sus prácticas económicas insostenibles, se producen numerosas injusticias ambientales que afectan principalmente a comunidades desfavorecidas en términos socioeconómicos, étnicos y geográficos. Estas comunidades son expuestas de manera negligente a niveles elevados de contaminantes a través del aire, el agua y el suelo, resultado de una planificación deficiente en actividades que emiten y vierten sustancias sin ningún tipo de regulación.

De acuerdo con el apartado 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, se garantiza el derecho de todas las personas a experimentar un entorno equilibrado y apropiado, sin exclusiones. Sin embargo, no todos los individuos pueden acceder a este derecho en las mismas circunstancias. Dado que tanto las acciones humanas como

los fenómenos naturales pueden tener impactos tanto positivos como negativos en el medioambiente, se producen efectos diversos en una sociedad dada.

Asimismo, las acciones humanas causan efectos ambientales que afectan de manera desigual a los miembros de una sociedad, lo que da lugar a lo que se conoce como “discriminación ambiental”. Esto se refiere a las situaciones en las que minorías y grupos vulnerables están expuestos a niveles elevados de contaminación ambiental debido a impactos desproporcionados provocados por políticas gubernamentales, regulaciones, programas estatales o proyectos de inversión. Para abordar esta injusticia ambiental, es esencial implementar los mecanismos necesarios.

Sin embargo, es posible encontrar una definición de este término dentro de otros conceptos, como el principio de equidad que se establece en la Ley 28611, la Ley General del Ambiente LGA). Según el artículo X del Título Preliminar de la LGA, se establece que las políticas ambientales deben contribuir a reducir las disparidades sociales y económicas, así como a promover el desarrollo de minorías y grupos sociales. En este sentido, el Estado tiene la autoridad para implementar políticas, regulaciones o programas con el fin de corregir o remediar situaciones de injusticia ambiental (Gamboa, 2021).

Asimismo, el artículo 8 del Acuerdo de Escazú se centra en el acceso a la justicia en asuntos ambientales. Establece que las partes deben garantizar que cualquier persona tenga acceso efectivo y adecuado a procedimientos judiciales y recursos administrativos en cuestiones ambientales. Esto incluye el derecho a ser parte de un proceso, recibir información relevante y ser notificado de decisiones ambientales. Además, promueve la participación de personas y grupos en la toma de decisiones y la posibilidad de impugnar decisiones ambientales ante un tribunal competente. El artículo 8 busca fortalecer la democracia ambiental y la protección de los derechos humanos en el contexto ambiental.

### **3.4. Protección de los defensores ambientales**

En las últimas décadas, el desarrollo urbano, industrial y económico ha dejado una huella ambiental con impactos notables, especialmente debido a la sobreexplotación de recursos naturales en la industria extractiva latinoamericana. Este crecimiento ha generado conflictos sociales, siendo la minería y la tala ilegal de árboles, junto con el narcotráfico, actividades que amenazan a defensores ambientales. Casos trágicos, como los asesinatos de Edwin Chota en Ucayali y Roberto Pacheco en Madre de Dios, así como las amenazas a Víctor Zambrano (presidente del comité de gestión de la Reserva Nacional Tambopata), resaltan la vulnerabilidad de estos defensores. Existe consenso en la necesidad de

involucrar a las entidades estatales para protegerlos, lo que ha generado debates sobre la efectividad de las medidas para garantizar la seguridad de estos ciudadanos peruanos.

El 3 de febrero de 2020, Michel Forst, el relator especial de la ONU sobre la situación de los defensores y defensoras de derechos humanos, presentó un informe preliminar después de recopilar testimonios de 475 defensores ambientales en las zonas de Perú con mayores conflictos. Según dicho informe, los grupos más expuestos en el país son las comunidades indígenas, campesinos y personas que defienden los derechos a la tierra y al medioambiente. A pesar de los esfuerzos locales para proteger a estos defensores, el informe indica que todavía enfrentan desafíos considerables, incluida la criminalización, estigmatización, acoso judicial, amenazas, ataques e intimidación. Además, se destaca la falta de acceso a la justicia, la titulación de territorios de comunidades nativas, y la insuficiente protección de la Policía y el sistema judicial (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2023).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) mostró su preocupación por el incremento de muertes que afectan a los grupos de defensores de derechos humanos que protegen causas relacionadas con derechos ambientales y de la tierra. En el 2014, la ONG Global Witness encontró que entre el 2002 y el 2013 al menos 908 personas habían sido asesinadas por resguardar sus derechos a la tierra y el medioambiente. Los asesinatos que ocurrieron en Latinoamérica y el sudeste asiático (Brasil, Honduras, Camboya, Colombia, Guatemala, México, Perú y Tailandia) alcanzaron un 90 % (Lazo y Mamani, 2023).

Los defensores ambientales se ven expuestos a peligros como amenazas a su seguridad personal, agresiones, ataques contra su reputación, estigmatización y homicidios, siendo los pueblos indígenas asháninka y kakataibo los más afectados. En este contexto, el Acuerdo de Escazú juega un papel crucial, ya que plantea cómo podría reducir el impacto negativo que están experimentando estos defensores del medioambiente.

El Acuerdo de Escazú tiene un alcance significativo al resaltar la relevancia de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, detallando estas consideraciones en los artículos 6 y 9 de sus disposiciones generales. El artículo 9, en particular, subraya la importancia de proporcionar un entorno seguro y propicio para que las personas, grupos y organizaciones que abogan por los derechos humanos en temas ambientales puedan llevar a cabo sus actividades sin enfrentar amenazas, restricciones o inseguridades.

El 22 de abril de 2021, coincidiendo con el Día Internacional de la Tierra, el Acuerdo de Escazú entró en vigor, y en Perú se publicó el Decreto Supremo N. 004-2021-JUS. Este decreto creó el Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras

de derechos humanos, una respuesta de la normativa peruana ante la no ratificación del mencionado acuerdo. Este mecanismo, dirigido a la protección de defensores de derechos humanos, incluyendo a los ambientales, representa un avance significativo en la base normativa peruana. En años recientes, se han desarrollado herramientas que refuerzan los puntos establecidos en el artículo 9 del Acuerdo de Escazú. Entidades como el Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional (2020) respaldaron el acuerdo por fortalecer la participación ciudadana, el acceso a la información y la justicia ambiental. Sin embargo, aquellos que se opusieron, como la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República (2020), argumentaron que la legislación peruana ya estaba alineada con Escazú, considerando que no aportaba novedades sustanciales (Lazo y Mamani, 2023).

En resumen, los defensores ambientales desempeñan un papel crucial en la protección del derecho a un entorno sano y sostenible, enfrentándose a problemas como el tráfico de tierras, la minería ilegal y la deforestación. En el contexto peruano, su labor se ve afectada por la estigmatización, amenazas y ataques, lo que socava sus derechos fundamentales. Al examinar la legislación peruana y el artículo 9 del Acuerdo de Escazú en relación con los defensores ambientales, se observa que Perú ha avanzado en la elaboración de normativas que abordan aspectos clave del acuerdo. No obstante, muchas de estas normativas carecen del respaldo de leyes, lo que afecta su estabilidad y, hasta la fecha, no se han observado avances significativos en su aplicación práctica.

#### 4. Conflictos socioambientales

El cambio climático, impulsado principalmente por la emisión de dióxido de carbono de origen humano, afecta de manera intensa y rápida a nivel global, según la Organización Meteorológica Mundial de las Naciones Unidas (2021). En paralelo, durante las últimas cuatro décadas, los conflictos sociales vinculados al medioambiente han aumentado globalmente, involucrando a diversos actores, desde poblaciones locales hasta Estados y Organismos No Gubernamentales. En América Latina, estos conflictos, también influenciados por factores económicos, sociales, culturales y políticos, han surgido en gran medida debido al crecimiento de las industrias extractivas, generando tensiones entre comunidades y proyectos mineros. Estos enfrentamientos no solo defienden el medioambiente, sino que también reflejan interpretaciones divergentes e intereses incompatibles que pueden desembocar en conflictos violentos (Garzón, 2021).

Los conflictos socioambientales se originan cuando surge desacuerdo en relación con aspectos vinculados al medioambiente o a los recursos naturales. Estas disputas involucran a actores con desigualdades en la competencia por el acceso a dichos recursos. Tales

conflictos se manifiestan como enfrentamientos en la gestión de los recursos naturales, tanto a nivel local como global, teniendo un impacto directo en su aprovechamiento comercial y desatendiendo otros modelos de producción y los servicios ecosistémicos.

Estas disputas abarcan diversas dimensiones, dependiendo de factores como los actores involucrados, el volumen de inversión, la presencia estatal y los mecanismos legales. Aunque los conflictos derivados de las actividades mineras son los más notorios, existen conflictos menos visibles a nivel local que poseen el potencial de afectar negativamente las oportunidades de desarrollo de las comunidades. Ejemplos de estos conflictos incluyen disputas sobre la tenencia de la tierra, los bosques, los ríos y lagunas, entre otros aspectos (Soria, 2014).

Es fundamental reconocer que estos conflictos, más allá de su visibilidad, tienen el potencial de impactar adversamente en las perspectivas de desarrollo de las comunidades involucradas, ya que cuando se mira detrás de cada conflicto se encuentra un procedimiento administrativo de otorgamiento de recursos naturales que eludió la participación ciudadana o que fraguó la que utilizó, burlando los derechos de unos y otros. De ahí la necesidad de evaluar el marco legal e institucional a la luz de la experiencia de los conflictos socioambientales para renovar la confianza en las posibilidades del Estado de Derecho de procesar oportuna y eficazmente las demandas ciudadanas.

#### **4.1. Análisis de los conflictos socioambientales en Perú**

Aunque tenemos una larga historia de actividades extractivas, las inversiones en el sector aumentaron rápidamente a partir de principios de la década de 1990, donde la minería ha logrado su mayor expansión en el territorio, con presencia no solo en la costa y sierra, sino también en la selva, lo que ha contribuido posteriormente a grandes utilidades. Sin embargo, hay una limitada evidencia de que la minería haya contribuido al desarrollo local sostenible en el Perú, siendo otra causa que ha generado creciente conflictividad socioambiental (Parillo, 2020).

Con respecto a los conflictos sociales que se han dado en los últimos años en el Perú, la Defensoría del Pueblo en el 2022 resaltó que los conflictos socioambientales ocuparon el 63.6% (133 casos) del total de conflictos registrados. Le siguen los conflictos de tipo comunal con 10.5% (22 casos).

Esto quiere decir que los conflictos relacionados con el medioambiente tienden a tener mayor predominancia, debido a la creciente conciencia sobre la importancia de la sostenibilidad y la preservación de los recursos naturales, ya que a medida que la sociedad reconoce los impactos negativos de las actividades humanas en el medioambiente, las

disputas sobre la gestión de recursos, la contaminación y el cambio climático, más vuelven más prominentes. Además, la competencia por recursos escasos, como el agua y la tierra, también contribuye a la intensificación de estos conflictos.

Según el informe del mes de agosto de 2022 de la defensoría del pueblo e los 133 conflictos socioambientales activos y latentes registrados durante este mes, el 66.9% (89 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera; esta actividad se caracteriza por llevarse a cabo en áreas restringidas, como las riberas de ríos, lagunas, cabeceras de cuencas y zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas. Además, se incluyen dentro de esta categoría aquellos que utilizan equipo y maquinaria pesada que no se ajusta a la definición de pequeña minería o minería artesanal. Según el Decreto Legislativo N. 1105, se considera como mineros ilegales a aquellos que no cumplen con los requisitos administrativos, técnicos, sociales y ambientales establecidos por la ley, o que llevan a cabo la actividad en áreas donde está expresamente prohibida. Le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas con 18.8% (25 casos). A continuación, la Tabla 4 de distribución de conflictos socioambientales de acuerdo a cada actividad:

**Tabla 4**

*Situación de los conflictos socioambientales*

Actividad	Conteo	Porcentaje
Total	133	100%
Minería	89	66.9%
Hidrocarburos	25	18.8%
Residuos y saneamiento	8	6.0%
Otros	6	4.5%
Energía	2	1.5%
Agroindustrial	2	1.5%
Forestales	1	0.8%

*Nota.* Toma de “Reporte de conflictos sociales N. 226.”, por Defensoría del Pueblo, 2022.

Asimismo, cabe mencionar que el Perú ocupa la décima posición en la lista de países con la mayor cantidad de bosques, abarcando alrededor de 673,109 km<sup>2</sup>. Se calcula que aproximadamente 300,000 personas dependen de los recursos y servicios ecosistémicos proporcionados por estos bosques, ya que desempeñan funciones cruciales, como la regulación climática, el almacenamiento de carbono, la purificación del aire, la gestión del recurso hídrico, la prevención de la erosión del suelo y el suministro de hábitats para personas y animales, además de proveer recursos maderables y no maderables. En Perú, los bosques abarcan el 56,09% del territorio, subrayando la importancia crítica

de su protección y monitoreo para la conservación del ecosistema y el bienestar de las personas. La deforestación no es solo una problemática a nivel nacional sino también a nivel mundial ya que es un fenómeno que afecta a los bosques de diferentes países del mundo. Entre las principales causas de la deforestación a nivel nacional están los procesos migratorios en el país que generan un cambio de uso de suelo importante en el que la agricultura informal va reemplazando los bosques naturales del país. Por otro lado, la presencia de incendios forestales también logra deforestar grandes zonas como ocurre con la Amazonía (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).

La tercera entrega de la serie *Amazonía y crimen*, creada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en colaboración con el Proyecto Prevenir de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, valida que la deforestación y la comercialización ilícita de productos de madera están en aumento, con métodos operativos cada vez más elaborados y complicados.

Los bosques, que abarcan aproximadamente el 60% del territorio nacional, desempeñan un papel crucial al proporcionar servicios ecosistémicos esenciales como la producción de oxígeno, la absorción de dióxido de carbono, la regulación del ciclo del agua, la mejora de la calidad del suelo, la prevención de la erosión y la influencia en la temperatura del planeta. Estos servicios son fundamentales para el bienestar, la seguridad alimentaria y la salud humana.

Sin embargo, enfrentan una seria amenaza debido a la creciente expansión de la tala y el tráfico ilegal de madera, un fenómeno delictivo que contribuye a la pérdida progresiva de los bosques. Este problema coexiste con otras actividades criminales como el lavado de activos, la falsificación de documentos, la trata de personas y diversas formas de explotación, así como el crimen organizado y la corrupción. Dada la complejidad y los impactos de estos fenómenos, es crucial desarrollar una estrategia integral que no solo se enfoque en la represión y sanción, sino que también dé prioridad a la prevención y fomente la reparación de los daños causados. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2022).

Es importante resaltar el papel de los defensores ambientales que se dedican a salvaguardar el medioambiente. Lamentablemente, estas personas enfrentan una grave violación de sus derechos, siendo blanco frecuente de amenazas y, en algunos casos, asesinados. Un ejemplo reciente ocurrió el 29 de noviembre de 2023 en la región de San Martín, donde Quinto Inuma Alvarado, líder de la comunidad Kechwa Santa Rosillo de Yanayacu y destacado defensor ambiental, fue asesinado. A pesar de contar con medidas de protección desde febrero de 2021, otorgadas por el Ministerio de Justicia y Derechos

Humanos, Quinto Inuma Alvarado fue atacado por madereros ilegales en julio del mismo año y dos años después perdió la vida.

Además, mafias de madereros ilegales han desencadenado una deforestación masiva en la Amazonía peruana. Solo en 2021, se perdieron 17,500 hectáreas de bosque primario en la región San Martín, habitada por comunidades indígenas kechwas. La falta de control por parte de las autoridades para frenar el tráfico de esta mercancía ilícita, la depredación de los bosques y el constante riesgo para los líderes ambientales son aspectos destacados.

## **5. Argumentos en contra y a favor de la ratificación del Acuerdo de Escazú en Perú**

En 2020, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República decidió archivar de manera definitiva la ratificación del Acuerdo de Escazú, un importante instrumento de derechos humanos en América Latina y el Caribe. A pesar de que Perú desempeñó un papel proactivo y promotor en las fases iniciales de negociación, la postura evolucionó hacia un bloqueo, desinformación y polarización, frustrando la posibilidad de avanzar y sumergiéndose en la resignación. Además, los legisladores reafirmaron la decisión negativa tomada en octubre de 2020, respaldando el archivo del Proyecto de Resolución Legislativa que buscaba ratificar el tratado internacional. Argumentaron que dicho acuerdo era considerado “innecesario” y que tendría un impacto negativo en la soberanía del país en cuanto a la administración de justicia.

El argumento de pérdida de soberanía sobre recursos naturales y territorio, utilizado tanto por el actual Congreso como por el anterior, carece de justificación sólida. Ni en legislaturas pasadas ni en la actual se ha logrado demostrar cómo alguna disposición del Acuerdo de Escazú podría contravenir la soberanía nacional en temas de gestión de recursos o territorio. Este tratado, centrado en derechos humanos, no aborda la disposición de recursos naturales ni la gestión territorial. Su enfoque principal es facilitar la participación ciudadana directa y democratizar las decisiones nacionales, aspectos que podrían generar inquietud en el Estado actual y el anterior (Mora, 2022).

Ernesto Bustamante, destacó la existencia de herramientas jurídicas ambientales en el Perú, como regulaciones sobre el derecho a la información presentes en la Constitución, Ley de Transparencia, Ley de Participación y Control Ciudadano, Ley de Consulta Previa, hábeas data, entre otras. Sin embargo, esta afirmación resalta la limitada comprensión del Congreso sobre la brecha en la implementación de los derechos de participación ciudadana en procesos de inversión privada. La debilidad de los mecanismos de participación pública a menudo contribuye a conflictos socioambientales. La legitimación

de decisiones gubernamentales se ve cuestionada y la democracia directa emerge como una opción valiosa para complementar una democracia representativa considerada frágil.

Pero el Congreso pasó por alto el creciente daño a defensores ambientales y la vulnerabilidad que enfrentan. No ha considerado las amenazas a la institucionalidad y democracia al impulsar proyectos de inversión a expensas de estándares ambientales. La justicia actual carece de especialización, como lo evidenciado en casos como el derrame de Repsol. Además, ignora la impunidad ambiental ligada a la minería ilegal y deforestación, las brechas en transparencia y los intentos legislativos de flexibilizar la gobernanza. Ante estas amenazas, la democracia directa en asuntos ambientales es crucial para generar intervenciones significativas y reguladas. La resistencia del Congreso a ampliar la democracia choca con la necesidad de afrontar estos desafíos (Mora, 2022).

Las posturas críticas hacia el Acuerdo de Escazú han omitido considerar una perspectiva histórica del reconocimiento de los derechos de acceso ambiental como complemento al derecho a disfrutar de un entorno saludable y equilibrado. En realidad, el acuerdo refleja de manera evidente la evolución normativa y jurisprudencial de estos derechos a lo largo de los últimos treinta años en la región, reconociéndose de manera gradual, pero con similitudes sustanciales en cada país.

### **5.1. La supuesta pérdida de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales**

De acuerdo con Gamboa (2021), en Perú, el debate público en torno al Acuerdo de Escazú se ha centrado principalmente en la presunta pérdida de control sobre los recursos naturales, especialmente en la Amazonía. Es crucial señalar las inconsistencias de los opositores al acuerdo y cómo difieren las narrativas de estos detractores con respecto al propio texto del acuerdo. Inicialmente, la crítica a una supuesta injerencia externa derivada del Acuerdo de Escazú podría sugerir que las élites empresariales, gremios profesionales y autoridades regionales abogan por un ambientalismo “nacionalista populista”, aparentemente reclamando el control de los recursos naturales para un aprovechamiento sostenible y autónomo, en cumplimiento de la legislación ambiental nacional. Sin embargo, esto no es cierto, ya que los principales opositores al acuerdo son élites vinculadas a la extracción de recursos naturales, cuyas principales preocupaciones se centran en promover la inversión para el crecimiento económico, especialmente atrayendo inversión privada, y en flexibilizar estándares ambientales y sociales para reducir los costos de operaciones extractivas. En el contexto actual de la crisis por el COVID-19, su crítica no está relacionada con la protección ambiental o mejorar los

derechos ambientales, sino con la posibilidad de continuar extrayendo recursos naturales bajo el mismo marco de políticas.

Efectivamente, al realizar una lectura sistemática del acuerdo, se destaca el celo por el respeto de la soberanía de los Estados en prácticamente todo el texto, particularmente en la aplicación de los derechos de acceso ambiental. Tomando como ejemplo el derecho a la participación ciudadana, se establecen cláusulas de interpretación específicas de ese derecho en el artículo 7 del acuerdo:

- Respeto a los estándares internacionales y nacionales de la participación ciudadana, anteriores al acuerdo de Escazú.
- Concordancia con la legislación nacional al aplicar el acuerdo de Escazú.
- Adecuación al contexto social político de cada país.

## **5.2. Existencia de normativa peruana que abarca los pilares del Acuerdo de Escazú**

La normativa peruana ha evolucionado en los últimos años para cumplir con los requisitos del Acuerdo de Escazú, según el respaldo de entidades como el Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional (2020). Para esta entidad, dicho acuerdo respalda, fortalece y consolida los mecanismos de participación ciudadana, acceso a la información y justicia ambiental. A pesar de ello, quienes se oponen, como la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso (2020), argumentan que la legislación actual del Perú ya está alineada con el acuerdo, por lo que su ratificación no aportaría nada significativo. En relación con la objeción de irrelevancia hacia el Acuerdo de Escazú, basada en la percepción de no aportar novedades a la legislación ambiental actual, se puede afirmar, teniendo como respaldo los principios de no regresión y progresividad del artículo 3 del acuerdo, que este no menoscabará los logros normativos existentes. Al contrario, asegurará su primacía y estimulará su desarrollo constante, beneficiando tanto al medioambiente como a los derechos humanos. Este principio constituye una contribución significativa a la legislación ambiental nacional, abarcando la protección de los defensores ambientales y otros aspectos, ya que la legislación actual carece de un principio similar, según la Ley General del Ambiente y normativa relacionada (Lazo y Mamani, 2023).

## 6. Conclusiones

Luego del presente análisis, podemos decir que la necesidad de rectificar el Acuerdo de Escazú en Perú emerge como una medida esencial para minimizar los conflictos socioambientales, asegurando no solo una mayor protección de los derechos de acceso ambiental, sino también fortaleciendo los derechos de los defensores ambientales. Esta adaptación facilita un marco legal más robusto que facilita la interferencia legislativa y administrativa, sino que también promueve la participación activa y segura de los defensores ambientales en los procesos de evaluación ambiental. Al reconocer y salvaguardar estos derechos, se allana el camino para una gestión más equitativa y sostenible de los recursos naturales, contribuyendo así a la reducción de tensiones y conflictos en la interfaz entre desarrollo y conservación ambiental en el país.

Además, la alineación de la legislación ambiental peruana con el Acuerdo de Escazú proporcionará una mayor protección, tanto constitucional como convencional, a los derechos de acceso al medioambiente. Esto implica limitar la capacidad del legislador y del poder reglamentario de la administración para alterar la naturaleza jurídica de estos derechos, enfocándose en el desarrollo de contenidos basados en la idoneidad de las normas ambientales, la transparencia y participación en los procedimientos administrativos de evaluación ambiental, la rendición de cuentas y la eficacia de la administración en el ámbito de la fiscalización ambiental. En esencia, se busca lograr una legislación más coherente desde la perspectiva de los principios de buen gobierno.

Asimismo, es crucial examinar las discrepancias entre lo acordado y la práctica de los derechos ambientales en el contexto peruano. El Acuerdo de Escazú, concebido por los Estados latinoamericanos, impone responsabilidades a los Estados hacia sus sociedades, instando a establecer una alianza entre el Estado y la sociedad para impulsar y ejercer los derechos de acceso ambiental. Esto subraya la necesidad de fortalecer la participación ciudadana en el entorno, facilitar el acceso a información ambiental, garantizar la justicia y proteger a los defensores del medioambiente.

## Referencias

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2022). Nuevo estudio sobre la tala ilegal en la Amazonía peruana. <https://preveniramazonia.pe/nuevo-estudio-tala-ilegal-amazonia-peruana/>

- Becerra Urbina, R. E. (2022). Acuerdo de Escazú y derechos ambientales en el Perú: acceso a la información, participación pública y justicia ambiental. *Justicia Ambiental. Revista del Poder Judicial del Perú Especializada en la Protección del Ambiente*, 2(2), 43-77. <https://doi.org/10.35292/justiciaambiental.v2i2.632>
- Castro, A. (2020). El Estado, el diálogo y la transformación de los conflictos socioambientales. *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente*, (5), 165-192. <https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.202001.006>
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. (2023). *Análisis de la deforestación y pérdida de vegetación a nivel nacional y el impacto a nivel regional*. [https://geo.ceplan.gob.pe/uploads/Analisis\\_deforestacion.pdf](https://geo.ceplan.gob.pe/uploads/Analisis_deforestacion.pdf)
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 14 de junio de 1992. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Defensoría del Pueblo. (2022). Reporte de conflictos sociales N. 226. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/01/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-n.%C2%B0-226-diciembre-2022.pdf>
- Gamboa Balbín, C. (2021). Origen y debate del Acuerdo de Escazú en el Perú. *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente*, (8), 139-160. <https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.202102.007>
- Gamboa Balbín, C. (2022). *El Derecho Ambiental Peruano y su adecuación al Acuerdo de Escazú y los principios del Buen Gobierno* [Tesis para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/9b543e38-2d00-44da-9952-cdeba80a0416>
- Gómez, N. (2018). *Colombia y el Acuerdo de Escazú. Democracia ambiental en el derecho Internacional*. Una presentación sobre el Acuerdo Regional de América Latina y el Caribe que regula el acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales. Asociación Ambiente y Sociedad. <https://www.ambienteysociedad.org.co/colombia-y-el-acuerdo-de-escazu/>
- Garzón Muñoz, L. (2020). *Justicia ambiental. GRAIUSTA*. <http://hdl.handle.net/11634/31877>
- Jiménez Guanipa, H. (2019). El Acuerdo de Escazú y el derecho de acceso a la información dan luz a una nueva jurisprudencia. Análisis jurisprudencial. Sentencia

- Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) c/ YPF SA s/ varios. *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, (44), 385-396. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.14>
- Lazo Oscanoa, C. A. y Mamani Sinche, M. S. (2023). Defensores ambientales: análisis del Acuerdo de Escazú frente a la legislación peruana y las implicancias de su ratificación. *Justicia Ambiental. Revista del Poder Judicial del Perú Especializada en la Protección del Ambiente*, 3(3), 51-70. <https://doi.org/10.35292/justiciaambiental.v3i3.780>
- Mercado García, Y. (2021). *Conflicto y violencia: Intervención del estado en los conflictos socioambientales* [Tesis para optar el grado de maestro en solución de conflictos, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio académico USMP. [https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/10086/mercado\\_gyc.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/10086/mercado_gyc.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Ministerio del Ambiente. (2005, 13 de octubre). Ley 28611. Ley General del Ambiente. <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-28611.pdf>
- Ministerio de Justicia. (2021, 22 de abril). Decreto Supremo N. 004-2021-JUS. que crea el Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras de derechos humanos. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1946184-4>
- Mora Paniagua, C. (2022, 29 de agosto). *El Acuerdo de Escazú, un tratado esencial para elevar la democracia participativa nacional*. IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-acuerdo-de-escazu-un-tratado-esencial-para-elevar-la-democracia-participativa-nacional/>
- Parillo Sosa, E. (2020). Causas de los conflictos socioambientales en el Perú 2018. *ÑAWPARISUM. Revista de Investigación Científica*, 3(1), 65-70. <https://unaj.edu.pe/revista/index.php/vpin/article/view/128/87>
- Robles Núñez, B. (2021). *¿Escazú Ahora?: El rechazo del Perú a la ratificación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2020)* [Tesis para optar el título de Bachiller en Ciencias Sociales con mención en Ciencia Política y Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/23370>
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. (2023). *¿Cuánto se ha avanzado en la protección de los defensores ambientales en el Perú y qué está pendiente?* <https://www.>

[actualidadambiental.pe/cuanto-se-ha-avanzado-en-la-proteccion-de-los-defensores-ambientales-en-el-peru/](http://actualidadambiental.pe/cuanto-se-ha-avanzado-en-la-proteccion-de-los-defensores-ambientales-en-el-peru/)

- Soria Dall'Orso, C. (2014). ¿Cómo Superar los Conflictos Socioambientales?: El Enfoque de los Derechos Humanos y el Aporte de la Ley de Consulta Previa en la Participación Normativa y Administrativa de los Ciudadanos/Pueblos Indígenas en la Gestión de los Recursos Naturales. *Derecho & sociedad*, (42), 25-43. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12465/13025>
- Zabarburu, S. (2015). *El derecho de acceso a la información ambiental* (1.ª ed.). Editorial Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. [https://spda.org.pe/?wpfb\\_dl=1025](https://spda.org.pe/?wpfb_dl=1025)



# JUSTICIA BÍBLICA Y FRATERNIDAD. PRÁCTICAS ANTIGUAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PARA UNA JUSTICIA NUEVA

*Giampiero Gambaro\**

*Istituto Storico dei Cappuccini*

*GRA km 65,050 – Roma, Italia*

*gpgambaro@ofmcap.org*

<https://orcid.org/0000-0002-8864-4075>

**Resumen:** En las democracias modernas la idea de justicia inscrita en las constituciones es como el vigía en la cubierta de mando de un barco para evaluar la calidad y la vida de la propia democracia. El sistema penal clásico y las últimas reformas de la justicia que se basan en el modelo de “justicia retributiva” responden a las siguientes preguntas: ¿Qué ley se violó? ¿Quién la rompió? ¿Qué pena hay que ejecutar? En cambio, la “justicia reparativa, restaurativa o reconciliadora” —una posible integración al modelo clásico— entiende la justicia y la pena a partir de las siguientes preguntas: ¿Quién es el que sufre? ¿Cuál es el sufrimiento? ¿Quién necesita ser sanado? Este modelo tiene la ventaja de permitir a las víctimas desempeñar un papel activo en la búsqueda de justicia y devolver a la sociedad la responsabilidad de la reeducación.

La justicia restaurativa se fundamenta en tres perspectivas: la recuperación de la antropología en el derecho; la limitación del derecho penal a delitos “objetivamente graves”; y el redescubrimiento del papel activo de las víctimas. Es una especie de nuevo humanismo en el ámbito penal. La tradición bíblica ha elevado la dignidad humana a su máximo nivel porque nos enseña que el hombre y la mujer son creados “a imagen y semejanza de Dios” y comparten el mismo destino, y que la justicia de Dios es el derecho que levanta a los oprimidos y, poniéndolos de pie, resucita a los necesitados, el huérfano y la viuda, el extranjero y el prisionero, el hambriento y el enfermo. En la tradición bíblica hay dos formas de reconstruir la justicia perdida: el *mishpat* y el *rîb*. *Mishpat* es el procedimiento que se lleva a cabo contra el culpable, una acción muy similar a los procedimientos que conocemos. El punto de partida es la notificación del delito, realizada por quien denuncia o acusa; el caso se presenta ante un juez, quien, después de haber

---

\* El autor es doctor en derecho canónico por la Pontificia Universidad Católica Argentina, licenciado en derecho canónico por la Pontificia Universidad Gregoriana, vicerrector de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

verificado los hechos y escuchado los testimonios de la acusación y de la defensa, dicta sentencia condenatoria, cuya ejecución se confía a un ejecutor de justicia.

En relación al *rîb*, término que se encuentra en los libros de los profetas Isaías, Oseas y Jeremías, la Biblia lo presenta como alternativa al sistema penal y sus sanciones; sirve para comprender la reeducación del culpable. El *rîb* tiene el objetivo de promover la vida y la dignidad del culpable. La condición principal es aquella en la que el acusador y el acusado se encuentran cara a cara, sin la intervención de un tercero —el juez—, y reconstruyen la verdad del mal cometido y sufrido.

**Palabras clave:** Justicia restaurativa, *tzedaká*, *mishpat*, *rîb*.

### BIBLICAL JUSTICE AND FRATERNITY. OLD WAYS TO CONFLICT SOLVING TOWARDS A NEW JUSTICE

**Abstract:** In modern democracies the idea of justice inscribed in the Constitutions is like the lookout on the command deck of a ship to assess the quality and life of democracy itself. The classical penal system and the latest justice reforms based on the model of “retributive justice” answer the following questions: What law was broken? Who broke it? What penalty should be executed? “Reparative, restorative or reconciliatory justice” - a possible integration to the classical model - understands justice and punishment based on the following questions: Who is the one who suffers? What is the suffering? Who needs to be healed? This model has the advantage of allowing victims to play an active role in the search for justice and to return to society the responsibility of re-education.

Restorative justice is based on three perspectives: the recovery of anthropology in law; the limitation of criminal law to “objectively serious” crimes; and the rediscovery of the active role of victims. It is a kind of new humanism in the criminal field. The biblical tradition has elevated human dignity to its maximum because it teaches us that man and woman are created “in the image and likeness of God” and share the same destiny, and that God’s justice is the right that lifts up the oppressed and, setting them on their feet, resurrects the needy, the orphan and the widow, the stranger and the prisoner, the hungry and the sick. In the biblical tradition there are two modes of reconstructing lost justice: *mishpat* and *rîb*. *Mishpat* is the procedure that is carried out against the guilty party very similar to the procedures we are familiar with. The starting point is the notification of the crime made by the complainant or accuser; the case is brought before a judge, who, after having verified the facts and heard the testimonies of the prosecution and the defense, passes a sentence of conviction, the execution of which is entrusted to an executor of justice.

The *rîb*, found in the books of the prophets Isaiah, Hosea and Jeremiah, which the Bible presents as an alternative to the penal system and its sanctions, serves to understand the re

education of the guilty. The *rib* aims to promote the life and dignity of the offender. The main condition is that in which the accuser and the accused meet face to face, without the intervention of a third party —the judge— and reconstruct the truth of the evil committed and suffered.

**Keywords:** Restorative justice, *tzedakah*, *mishpat*, *rib*.

## 1. Introducción

La justicia es como la raíz de un gran árbol que nutre las relaciones personales y sociales, internacionales y políticas. Ya lo escribió Dante en un soneto de 1307, “sin la virtud de la justicia no puede darse la paz”<sup>1</sup>, y Cervantes hace eco de esta idea en un célebre capítulo del *Quijote*<sup>2</sup>. Cuando la justicia queda como eclipsada en una cultura y no logramos salvaguardarla, entonces emergen los fantasmas del pasado. Un texto de Martin Niemöller da estas conmovedoras palabras:

Primero vinieron por los socialistas, y guardé silencio porque no era socialista.  
Luego vinieron por los sindicalistas, y no hablé porque no era sindicalista.  
Luego vinieron por los judíos, y no dije nada porque no era judío.  
Luego vinieron por mí, y para entonces ya no quedaba nadie que hablara en mi nombre. (Martin Niemöller: “Primero vinieron por...”, s. f.)

Siempre es demasiado tarde cuando los efectos de la injusticia cambian repentinamente el curso de la historia. En las democracias modernas la idea de justicia inscrita en las constituciones es como el vigía en la cubierta de mando de un barco para evaluar la calidad y la vida de la propia democracia.

En los ordenamientos jurídicos, el sistema penal clásico y las últimas reformas de la justicia que se basan en el modelo de “justicia retributiva” se responde a las siguientes preguntas: ¿Qué ley se violó? ¿Quién la vulneró? ¿Qué pena hay que ejecutar? En este sistema, la víctima y la comunidad civil no tienen voz ni voto, mientras que al sistema penitenciario se le delega la reeducación o resocialización de los presos. Sin embargo, la crisis de este modelo está llevando al derecho penal y a la doctrina de la ejecución penal a estudiar el camino de la “justicia reparativa, restaurativa o reconciliadora” como

<sup>1</sup> Véase el soneto de Dante Alighieri “Se vedi li occhi miei di pianger vaghi”: “... questa virtù [giustizia] che nuda e fredda giace, levala su vestita del tuo velo, ché sanza lei non è in terra pace”. Para la relación entre el ejercicio de la virtud y el sentido de gradual interdependencia entre los hombres, véase también la lectura aristotélica de Nussbaum (2010).

<sup>2</sup> Véase el capítulo XLII de la Segunda parte.

integración al modelo clásico (Occheta, 2008). En cambio, esta forma de concebir la justicia y la pena parte de las siguientes preguntas: ¿Quién es el que sufre? ¿Cuál es el sufrimiento? ¿Quién necesita ser sanado? Por lo tanto, este modelo tiene la ventaja de permitir a las víctimas desempeñar un papel activo en la búsqueda de justicia y de devolver a la sociedad la responsabilidad de la reeducación<sup>3</sup>.

Se trata de sustituir la espada por la aguja y el hilo, para que la justicia repare relaciones rotas, tanto personales como sociales. De lo contrario, permaneceremos en el patrón de venganza y de ejemplaridad del castigo, que es lo que la política fomenta en todas partes del mundo. La justicia retributiva de los códigos penales mantiene a las víctimas y su dolor en el margen del ordinamiento jurídico, en cambio el modelo de justicia restaurativa –que nació en los años setenta del siglo pasado– derriba el concepto clásico de justicia y sitúa en su enfoque el dolor de la víctima, la pena a expiar humanamente por el autor del delito, el encuentro de las partes, la reconstrucción de las razones de lo ocurrido y la responsabilidad de la sociedad de dar un futuro a quienes de repente se lo vieron negado. El padre de la justicia restaurativa, Howard Zehr, la define como: “un modelo que involucra a la víctima, al infractor y a la comunidad en la búsqueda de una solución que promueva la reparación, la reconciliación y un sentido colectivo de seguridad” (1990, p. 51). Esta nueva cultura tiene el potencial de convertirse incluso en la fundación de un nuevo modelo político de sociedad.

La doctrina jurídica a favor de la justicia restaurativa se fundamenta en tres perspectivas de elección: la recuperación de la antropología en el derecho; la limitación del derecho penal a delitos “objetivamente graves”, por ejemplo, los cometidos contra la dignidad de la persona; y el redescubrimiento del papel activo de las víctimas. Es una especie de nuevo humanismo en el ámbito penal para que se enseñe en las escuelas y se practique en las sociedades. La justicia restaurativa es condición para restablecer la fraternidad negada o traicionada. De acuerdo con el Evangelio, quien reconstruye la fraternidad no es una suma de ideas sino las personas que eligen construir el bien, siendo que la justicia es el derecho que levanta a los oprimidos y, poniéndolos de pie, resucita a los necesitados, al huérfano y la viuda, al extranjero y al prisionero, al hambriento y al enfermo. Es también importante devolver la dignidad a quien cometió errores; esto debido a que el que cometió tales errores pude haber sido yo; quizás el medio en que vivo, la cultura y la educación que recibí, la forma en que fui criado, etc., me salvaron de caer en tales delitos; y el otro siempre es parte de mí (la filosofía lo ha reiterado después de los millones de muertos de las dos guerras mundiales). Para Paul Ricoeur, la dignidad

<sup>3</sup> La Recomendación n. 19/1999 del Consejo de Europa (1999) define la justicia restaurativa como: “Cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”.

se “debe al ser humano por el simple hecho de ser humano” (1985, p. 457); para Hannah Arendt es el “derecho a tener derechos” (2013, p. 414), y para la filosofía personalista el ser humano no es “algo” (objeto) que tiene una medida o un precio, sino “alguien” (sujeto) que tiene un “valor” en sí mismo y merece reconocimiento y respeto.

La tradición bíblica ha elevado la dignidad humana a su máxima expresión porque nos enseña que el hombre y la mujer ha sido creados “a imagen y semejanza de Dios” y ambos comparten el mismo destino. Una regla de justicia social, común a muchas culturas, es la regla de oro que dice: “no hagas a otro lo que no quieres te hagan a ti”; precepto que el Evangelio lo transforma en el sentido positivo: “Todo lo que ustedes desearían de los demás, háganlo con ellos” (Mt 7,12).

Parece mera teoría, sin embargo, nos enseñan lo que es la dignidad quienes han perdonado, como doña Gemma Capra (la viuda del oficial de policía italiano Luigi Calabresi, asesinado por los terroristas en el año 1972), que dijo:

También quien no cree puede perdonar, porque el perdón es una actitud que concierne a todos ... [y] me enteré que Dios envía signos a todos, no solo a los creyentes. Se puede perdonar con nuestra propia humanidad que no se da con el razonamiento sino con el corazón, hay que quererlo. Es un largo camino, no hay que desanimarse, decidí que fuera mi elección de vida. (Spicuglia, 2023; la traducción es nuestra)

De estas palabras surgieron los efectos del perdón que no redujeron la pena a quien cometió el delito, pero sí humanizó su expiación.

La humanización de la expiación de la pena nos recuerda la famosa cita atribuida a Voltaire, Dostoevskij o a Brecht: “No me muestren sus palacios, sino sus cárceles, ya que en ellas se mide el grado de civilización de una nación” (Herbert, 1967)<sup>4</sup>. Expresión que nos lleva a reflexionar que la situación en la que se encuentran las cárceles es la prueba de fuego para medir el grado de justicia en una determinada sociedad. Podemos cuestionarnos entonces lo siguiente: ¿cuál es la situación penitenciaria en el Perú? La rehabilitación de los presos, a la que se debería tender durante su permanencia en prisión, sigue siendo una utopía; por el hacinamiento y sobrepoblación en las cárceles, la gente sale de prisión peor de lo que entró. Una investigación efectuada por el Grupo de Diarios América (GDA) y publicada por *El Comercio* el 31 de julio de 2023, da cuenta de la situación carcelaria de 12 países en América Latina, de sus graves problemas y retos. En la mayoría de ellos, salvo Colombia y Puerto Rico, se presenta una tendencia al alza, siendo Brasil, México

<sup>4</sup> Véase también la película *Al sordo cielo* (Schwerin y Hart, 1971).

y Argentina países con mayor población penitenciaria, y Perú como el país con mayor hacinamiento y sobrepoblación en las prisiones, con un promedio de 91 000 reos y con capacidad carcelaria solo para 41 000. Ante esta grave problemática, “la respuesta de los gobiernos suele ser traslados o planes para crear más prisiones o ampliar las existentes, pero pocos se enfocan en mejorar las oportunidades o abrir el panorama de las personas privadas de libertad” (Galván, 2023).

De acuerdo con IDL Reporteros, en entrevista a José Pérez Guadalupe, publicado el 11 de octubre de 2023, la sobrepoblación carcelaria es del orden del 228%, algunas cárceles están más hacinadas que otras, por ejemplo, en la cárcel del Callao, la sobrepoblación es casi del 500%. Según cifras del INPE, de los 91 mil actualmente presos, “el 10% de los condenados cumplen sentencias menores a cinco años. El 33%, sentencias entre cinco a diez años y el 26% de entre diez a quince años. En total, casi 40 mil presos regresarán a las calles antes del 2038” (Davelouis, 2023). Y, ¿cómo van a salir? ¿reformados, rehabilitados? Ciertamente no. Con el actual índice de hacinamiento, no tienen espacio para trabajar, aprender un oficio, ni menos para estudiar. La mayoría saldrá absolutamente frustrada y amargada, con deseos de vengarse de la sociedad y del sistema por el castigo recibido. Según la opinión del experto, “los reincidentes en el sistema penitenciario peruano no llegan ni siquiera al 30%. Hay un 10% que entra y sale, que va y viene”. La realidad carcelaria en el Perú es compleja. Faltan espacios que alberguen a los presos; recursos económicos y personal calificado; falta planificación, coordinación y una labor de inteligencia entre las instituciones involucradas. En este contexto, la prisión debería limitarse para los presos peligrosos y reincidentes; para los demás, que pagan por los males de un sistema que redistribuye poco y aumenta las desigualdades, se debería invertir más en penas alternativas e inclusión en la sociedad.

Según el parlamentario andino por el Perú, Fernando Arce Alvarado, y de acuerdo con las cifras oficiales, el Estado peruano gasta más de 10 000 soles por cada preso al año, es decir, siendo que hay más de 91 000 internos, los gastos superan los novecientos millones de soles anualmente. Esta situación contrasta diametralmente con la inversión que se destina al sector de la educación, en donde se invierte alrededor de tres mil quinientos soles anuales por alumno de educación primaria (Arce Alvarado, 2023). Sin querer criticar a los operadores penitenciarios, que a menudo trabajan en situaciones heroicas, sumando a ello que el Perú se encuentra entre los países latinoamericanos con mayor sobrepoblación en el sistema penitenciario, no obstante, hay que recordar que el rubro de mayor gasto corresponde a los gastos corrientes del personal de justicia. Si cada preso le cuesta al Estado un promedio de 27 soles diarios, el mayor porcentaje

corresponde a su manutención. Solo un porcentaje ínfimo se invierten en la “reeducación” o “resocialización” de los presos prevista por la Constitución peruana de 1993<sup>5</sup>.

Podemos entonces preguntarnos: ¿es realmente posible recuperar a un preso? ¿Es posible compartir una semilla cultural para ayudar a hacer crecer el amor por la justicia y las razones de la reparación, para detener la espiral de odio y violencia irracional y la arrogancia de los poderes fuertes? ¿Estamos ante una conversión cultural en torno al tema de la justicia? El primer paso de toda reforma es siempre en lo interior, las estructuras no se pueden reformar si no se reforma primero la mente y el corazón de las personas que las gobiernan y las integran. Es una exigencia que surge en la conciencia moral personal y comunitaria de un pueblo. Es la experiencia de “sentir con” quienes han hecho y causado el mal. Es a partir de la experiencia que entendemos la teoría, no al revés. El Magisterio eclesial recuerda los fines a los que debe apuntar la pena que “no sirva únicamente para defender el orden público y garantizar la seguridad de las personas”, sino que también “por un lado favorezca la reintegración de personas condenadas; por otra parte, promover una justicia reconciliadora, capaz de restablecer las relaciones de convivencia armoniosa rotas por el hecho delictivo” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, n. 403)<sup>6</sup>.

En esta oportunidad nos limitaremos a profundizar en la “justicia restaurativa”, a través de la teología moral —precisamente las raíces bíblicas de este modelo—, lo que nos permitirá dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cómo debemos acercarnos a un culpable? ¿Qué relación se debe establecer entre crimen y castigo? ¿Qué significa para este modelo de justicia reeducar al preso?

## 2. La justicia bíblica entendida como relación

La justicia bíblica tiene sus raíces en la ética, que define al hombre como ser capaz de relacionarse con los demás en verdad. Ser justo o injusto se da no tanto por la obediencia a una regla impuesta, sino por la capacidad de reconocer en el rostro del otro la propia dimensión de ser justo. El “otro” en la Biblia es ante todo Dios, pero también es el hermano, el prójimo, el otro ser humano que exige el reconocimiento de su propia dignidad. El significado de justicia en la Biblia siempre se refiere a una relación entre individuos o grupos y manifiesta, a través de la idea clásica de la balanza, una idea de equilibrio entre las partes, que, tanto en términos jurídicos como morales, expresa un

<sup>5</sup> Véase el art. 139, inc. 22, de la Constitución Política del Perú que establece los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del reo en la sociedad; principios que el Código de Ejecución Penal resume con “Resocialización del interno”. Véase también el art. 97 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

<sup>6</sup> Francisco en la Carta Encíclica *Fratelli tutti* (2020), al final de su comentario sobre la parábola del Buen Samaritano así exhorta: «Dejemos de ocultar el dolor de las pérdidas y hagámonos cargo de nuestros crímenes, desidias y mentiras. La reconciliación reparadora nos resucitará, y nos hará perder el miedo a nosotros mismos y a los demás» (n.78).

aspecto de obligación hacia los demás y de exigencia hacia uno mismo. Desde el comienzo de la Biblia, en la trágica historia del asesinato de Abel se muestra lo poco que importa la vida humana. De hecho, cuando, después del asesinato, Dios le pregunta a Caín dónde está Abel, Caín responde enojado: “¿Soy yo acaso el guardián de mi hermano?” (Gn 4,9). Este es una interrogante que inquietó a la filosofía del siglo XX. Emmanuel Levinas lo comenta así:

En aquella enojada pregunta de Caín está el origen de toda inmoralidad. Por supuesto, soy el guardián de mi hermano, lo quiera o no lo quiera soy y seguiré siendo un ser moral en tanto no exija ninguna razón especial para serlo. Lo admita o no, soy el guardián de mi hermano porque el bienestar de mi hermano depende de lo que yo hago o dejo de hacer. Y soy un ser moral porque reconozco esa dependencia y acepto la responsabilidad que se desprende de ella. En el momento en que cuestiono esa dependencia y exijo, como hizo Caín, que se me den razones por las que debería preocuparme, renuncio a mi responsabilidad y ya no soy una persona moral. (2001, p. 88)

Considerar al otro como un hermano antes que como un enemigo es lo que nos constituye como seres morales y nos permite construir un sistema penal que tenga en cuenta una “rehabilitación humana” del culpable. La responsabilidad social de satisfacer a esta necesidad es, según Levinas, la piedra angular de la moral social, y la aceptación de esta responsabilidad es el principio que permite convertirse en una persona moral.

### 3. Los principios de ética bíblica

La ética bíblica concibe la reeducación del culpable de acuerdo con cuatro principios que aquí resumimos.

#### 3.1. No juzgar sino reeducar al culpable

Caín, el asesino, no está abandonado a sí mismo, no está excluido de la preocupación de Dios; su juicio se manifiesta en el doble valor de la *tzedaká*, justicia y salvación juntas. La *tzedaká* de Dios —que siempre toma la iniciativa primero, dispuesto a escuchar y ofrecer la salvación— no destruye al culpable y no toma venganza<sup>7</sup>. Pero hay más, Dios

<sup>7</sup> La historia se desarrolla según el esquema de un caso judicial. Jean-Louis Ska, en su artículo observa que en la primera parte se describe el delito (Gn 4,1-18), después Dios activa su investigación (4,9-10) pronunciando en el final su sentencia contra el culpable (Gn 4,11-12). Este solicita un pedido de gracia (Gn 4,13-14), y Dios añade una cláusula a la sentencia para protegerlo (4,15). Y finalmente Caín será exiliado por Ska (1996).

tiene su propia pedagogía, condena el mal, pero protege a los culpables; por eso le pide a Caín que reinicie un camino que parte del oriente, lugar de donde nace el sol. El Señor no deja nunca de ofrecer su alianza y su perdón a través de dos acciones muy frecuentes en el Antiguo Testamento: la expiación y la curación. Para recibir el don, Dios pide que el ser humano se dé cuenta del mal que ha hecho a través de un camino de rehabilitación.

El perdón que el Señor nunca deja de dar al hombre sólo puede entenderse a través del arrepentimiento y del reconocimiento del daño causado, que Romano Guardini explica en estos términos:

El hombre es el ser capaz de arrepentirse: ningún otro ser viviente es capaz de hacerlo. El arrepentido declara: lo que hice fue injusto y desearía que no hubiera sucedido, pero ahora no puedo evitar que no haya sucedido, ya que la verdad es parte integral del arrepentimiento. Sucedió y sigue siendo así: ni siquiera puedo cambiarlo, porque fue como fue y sigue siendo así. Sin embargo, puedo hacer algo más: asumir lo ocurrido dentro de un nuevo comienzo que consiste en la relación entre la libertad y el bien, sostenido por la flexibilidad y la fuerza creativa de la vida. ... Quien se arrepiente deja que su culpa entre en un nuevo contexto, y de este modo la hace avanzar, se convierte en fecundidad de bien<sup>8</sup>. (2004)

### 3.2. La responsabilidad de la sociedad

Las primeras páginas del libro del Génesis exigen que la víctima encuentre lo que le fue quitado y que le sea devuelto *in integrum*, integralmente. Frente a este tipo de responsabilidad objetiva, la Biblia ofrece dos posibilidades: o el culpable asume su propia responsabilidad compensando a la víctima o a su familia por el daño, o toda la comunidad asume la responsabilidad de la indemnización. Esta dimensión del derecho bíblico es diferente de la noción de responsabilidad de los sistemas jurídicos modernos, en los que

... en el derecho romano y occidental la noción de responsabilidad es ante todo subjetiva e individual. Este derecho distingue entre culpa y daño. De hecho, cuando una persona es víctima de un daño no tiene automáticamente derecho a

<sup>8</sup> Citado en *Dignitas. Supplemento a Servir* 4 (2004) 1. El papa Francisco, el 4 de mayo de 2024, en su alocución al Congreso “Reparar lo irreparable” por el 350º aniversario de las apariciones de Jesús en Paray-le-Monial, confirma: “La riparazione, per essere cristiana, per toccare il cuore della persona offesa e non essere un semplice atto di giustizia commutativa, presuppone due atteggiamenti impegnativi: riconoscersi colpevole e chiedere perdono”. El mismo papa Francisco continúa su reflexión sobre la reparación en su dimensión social y relacional en su reciente carta encíclica *Dilexi nos* (24 de octubre de 2024) en los números 181-190. A lo largo de la encíclica, el Papa utiliza la palabra “reparación” o el verbo “reparar” más de 50 veces.

la indemnización. Para que esto ocurra, primero es necesario demostrar quién es el “responsable del daño” (responsabilidad subjetiva). Si se prueba que alguien es culpable, sólo él conlleva la responsabilidad de la pena y de la indemnización (responsabilidad individual). (Ska, 1996, p. 464)

Jean-Louis Ska, comentando el capítulo cuarto del libro del Génesis, advierte contra pensar que el exilio de Caín termina porque el autor del crimen fue descubierto y castigado. Este modelo de justicia solo puede parecer correcto para quienes piensan en términos romano-occidentales. El derecho bíblico va más allá y plantea un problema adicional: el de la indemnización o compensación objetiva. Así que para Adán y Eva, el hijo Set que tuvieron después del asesinato de Abel, es el signo de la indemnización que Dios concede a las víctimas o a su familia. “Ciertamente —añade Ska— el derecho bíblico tiene en cuenta la intención a la hora de establecer la responsabilidad del culpable, pero el derecho de la víctima sigue siendo una prioridad” (1996, p. 465).

### **3.3. La responsabilidad de cultivar la tierra manchada por la sangre**

Desde las primeras páginas del Génesis, el jardín está manchado por la sangre de Abel. La sangre derramada, consecuencia del asesinato de su hermano, no permite que dé frutos porque, como sostiene Pardo, “el suelo donde vive el individuo es el cuerpo de la humanidad, el tejido social en el que se desarrollan las relaciones humanas, fraternales y homicidas” (2007, p. 8). La comprensión de la correcta relación con Dios y con los demás seres humanos no puede entenderse sin la dimensión de la tierra, el espacio en el que conviven los hombres, que “se refiere al mundo exterior, al mundo social, al carácter público de las consecuencias de estas relaciones” (2007, p. 8).

### **3.4. En el mal cometido ya se encuentra su propia condenación**

En este sentido, el cardenal Martini, dirigiéndose a los reclusos de la prisión de San Vittore de Milán en 1985, los invitó a releer su pena a la luz de algunas enseñanzas bíblicas. En primer lugar,

... en la culpa —dijo— ya se encuentra el castigo. Adán y Eva inmediatamente toman conciencia de que, al cometer ese crimen, se han condenado a vivir fuera de la comunión divina, a vivir como personas marginadas. Por tanto, en la culpa hay inherente sufrimiento, humillación y exclusión de la comunión pacífica de los hombres. (2004, p. 83)

En segundo lugar, “la culpa no satisface las necesidades fundamentales del ser humano” (p. 84). Al buscar la satisfacción de sus necesidades existenciales en las cosas y frente a las personas, el hombre se ve obligado a vivir insatisfecho. En tercer lugar, “El castigo transforma la culpa en responsabilidad” (p. 84). El proceso de interiorización del propio mal mientras se está cumpliendo la condena puede dar lugar a un sentido de responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás que lo rehabilita a uno para un nuevo comienzo. En cuarto, “El castigo no borra la dignidad del hombre” (p. 85). La libertad humana básica no se le quita; “sin embargo, habiendo negado la realidad del Creador y la suya como criatura, habiendo pervertido la realidad del mundo circundante, el hombre deberá emprender un arduo camino de regreso hacia la feliz realidad del punto de partida, atraído por la gracia paternal de Dios” (p. 85). Finalmente, “La intervención de Dios juzga a los hombres en su culpa, pero no los fija en esa culpa” (p. 85). Incluso la vida del culpable tiene derecho a esperar un futuro mejor, lo que exige no repetir el pasado culpable y hacer gestos positivos que compensen los negativos. Lo que ofrece la posibilidad de rehabilitación es, por tanto, el perdón de Dios y la aceptación libre y consciente del ser humano.

#### 4. Justicia bíblica y justicia divina

El objetivo más importante de la justicia bíblica es salvar la relación. La centralidad del concepto se explica en la definición de justicia, *צדקה* (*tzedaká*), dada por la *Encyclopaedia Judaica*:

La justicia bíblica no es una noción abstracta sino que consiste en hacer lo justo y correcto en las relaciones. ... La justicia requiere no una simple abstención del mal, sino una actitud constante orientada en buscar la justicia mediante la implementación de opciones positivas. La antítesis del concepto de justicia es el de maldad. Una relajación en el cumplimiento de las obligaciones de la justicia conduce indirectamente al derrumbe de estabilidad social y, en última instancia, en socavar deliberadamente la propia estructura social<sup>9</sup>.

La justicia bíblica, en su sentido pleno, se identifica con la justicia de Dios, así que podemos preguntarnos: ¿cómo Dios restablece la justicia? El Señor es presentado en

<sup>9</sup> La voz *righteousness*, definiendo el concepto de justicia presente en la *Encyclopaedia Judaica*, empieza así: “Righteousness is not an abstract notion but rather consists in doing what is just and right in all relationships. ... Righteousness requires not merely abstention from evil, but a constant pursuit of justice and performance of positive deeds ... Paralleling the concept of righteousness is that of wickedness. Failure to perform obligations, leads indirectly to the upsetting of social stability and, ultimately, to the deliberate undermining of the social structure” (2007, p. 307).

las Escrituras como sujeto de comportamiento ejemplar en cada una de sus actividades. De él se dice que es perfecta su obra no solo en la creación, sino en toda su revelación o manifestación, pues actúa siempre como Padre, es decir, como fuente de vida para sus hijos. Esta sublime naturaleza divina se revela en la historia, más que en la creación, y se revela de modo eminente —este es quizá el punto más significativo— cuando el Señor entra en relación no tanto con los justos, sino con un individuo o con todo un pueblo que se muestra injusto, malvado, culpable o rebelde. Precisamente en esta difícil relación se manifiesta claramente la diferencia —incluso la oposición— entre el modo de pensar y de actuar de Dios y lo que el hombre, en sus expectativas, concepciones, reglamentos, prácticas y costumbres, pretende que sea la auténtica realización de la justicia.

## 5. Reconstruir la justicia divina perdida: el *mishpat* y el *rîb*

Dios en acción nos sorprende. En efecto, el hombre identifica espontáneamente el acontecimiento de la justicia con una sola valencia: la del juicio. En hebreo, משפט (*mishpat*) es la actividad del juez, que actúa castigando al delincuente con un castigo proporcionado a su delito, de acuerdo con la llamada regla del talión, que regula precisamente la proporción entre delito y pena. El *mishpat* bíblico es muy similar a los procedimientos modernos. Siendo que ya conocemos este sistema, nos limitamos a recordar que el punto de partida es la notificación del delito, la *notitia criminis*, realizada por quien denuncia o acusa (Bovati, 1998, p. 35). El caso se presenta ante un juez, quien, después de haber verificado los hechos y escuchado los testimonios de la acusación y de la defensa, dicta sentencia condenatoria, cuya ejecución se confía a un ejecutor de justicia. Bovati escribe:

La misma ley del talión, a menudo utilizada por los justicialistas para justificar la dureza de las penas, excluye los excesos de una respuesta vengativa, y exige una proporción entre el daño causado y el castigo infligido: “ojo por ojo” no legitima la “represalia”, sino por el contrario, dice “justicia”, es decir, moderación y equidad en la indispensable acción punitiva<sup>10</sup>. (1997, p. 229)

En la medida en que la ley se basa sobre un principio racional como lo retributivo y lo proporcional se salva del odio y de la venganza implacable, como sucede en el caso de Lamec, descendiente de Caín, que deja que sea su sed de venganza la que se apodere de la ley. Su violencia es exhibida frente a sus dos mujeres, y la ley pierde cualquier amarre simbólico para convertirse en mera expresión de pura voluntad de poder del yo:

<sup>10</sup> Francisco, en *Fratelli tutti*, en la sección “Perdón sin olvidos”, nos recuerda que: “La venganza no resuelve nada” (n. 251). En el derecho eclesial, si bien es cierto que el principio de proporcionalidad no es nuevo en la tradición canónica, es interesante notar que la reforma del canon 1349 introduce el criterio de la proporcionalidad en la determinación de la pena (Astigueta, 2024).

“Dijo Lamec a sus mujeres: ‘Escúchenme mujeres de Lamec: yo he matado a un hombre por herirme y a un muchacho porque me golpeó. Si Caín ha de ser vengado siete veces, Lamec ha de serlo setenta y siete veces’” (Gn 4,23-24)<sup>11</sup>.

Las Escrituras indican esta figura del Dios-juez, que interviene como tercero para dirimir las disputas de justicia entre los contendientes: por un lado, los culpables y por otro los inocentes. El Dios-juez interviene para restablecer el derecho, castigando adecuadamente al malhechor y salvando a la otra parte e indemnizando a la víctima. La representación del juicio divino, de acuerdo con muchos pasajes de las Escrituras, tiene una finalidad admirable, por un lado, el propósito de amonestar al infractor, y por el otro infundir confianza y esperanza en quienes sufren la arrogancia de los malvados. Pues, la palabra de Dios reafirma que no hay criminal que no quedará impune, y a la inversa, nunca un inocente se verá privado del socorro divino.

Sin embargo, la ira divina del juicio, considerada por muchos como la manifestación perfecta y decisiva de la justicia divina, resulta ser una figura imperfecta de la acción de Dios en la historia, siendo que en la ira o en la cólera no puede revelarse la naturaleza total y plenamente amorosa del Señor. El juicio que condena contradice la paternidad de Dios hacia aquellos que, aunque rebeldes, son y serán siempre sus hijos. Aquí —y este es un elemento de interpretación muy importante— la Escritura habla de una acción divina que, en lugar de darse en el juicio, en la acción de justicia judicial, asume un modo de proceder distinto del que parecería propio según los criterios de una justicia rápida y definitiva.

Sin embargo, en las Escrituras encontramos un segundo procedimiento —no desprovisto de valor jurídico— que los estudiosos llaman יָבַר (*rib*), es decir, el procedimiento de la disputa bilateral, de la controversia o del debate que tiene su típica y un tanto privilegiada aplicación en la familia, donde quien tiene autoridad debe tratar de salvaguardar a las personas, a las que se encuentran unidas con un vínculo de amor, como hace un padre con sus hijos, un marido con su amada esposa, e incluso un amo con sus criados. Este es el mensaje paradójico de la Sagrada Escritura: la justicia ejemplarmente actuada por el Señor en la historia se realiza salvando a los culpables, es por eso que la historia —de acuerdo con la Biblia— es historia de salvación. Con un *rib* comienzan los libros de los profetas Isaías, Oseas y Jeremías, una dinámica que la Escritura presenta como alternativa al sistema penal y sus sanciones<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Freud describe la violencia de puro arbitrio, sin ley, en la figura del padre de la horda primordial en el IV ensayo de *Tótem y Tabú* (1991, 127-129 y 143-144).

<sup>12</sup> Bruna Costacurta considera que también en el libro de Job encontramos un *rib*, el del mismo Job contra Dios. Afirma: “Ahora tu problema está solucionado, dicen los amigos a Job. Tú estás sufriendo porque Dios te está haciendo el *rib*, de manera que tú entiendas que hiciste el mal. Si te conviertes verás que todo volverá como antes. Esto, sin embargo, es falso, porque Job es inocente, esta afirmación es incluso perversa... Entonces seré yo, Job, que haré el *rib* a Dios para enseñarle que lo que está haciendo es injusto (cf. Jb 31,38-40)” (2014).

Comprender el *rib* nos ofrece una clave para comprender la reeducación del culpable<sup>13</sup>. Este procedimiento tiene el mérito de restablecer el derecho, asignando una pena pero sin condenar al culpable a un tratamiento inhumano, como por ejemplo, la cadena perpetua o la pena de muerte. El *rib* tiene, por tanto, el objetivo de promover la vida y la dignidad del culpable. La condición principal es aquella en la que el acusador y el acusado se encuentran cara a cara y reconstruyen la verdad del mal cometido y sufrido, sin que un tercero, un juez —como en el *mishpat*— intervenga para establecer la culpabilidad o inocencia, con posible pronunciamiento de condenación. Es una dinámica diseñada para sanar tensiones y rupturas dentro de la familia —recuerda Bovati— las historias del Génesis son historias de hermanos, a menudo con intrigas contradictorias e incluso violentas, que tienen como protagonistas a Caín y Abel, Isaac e Ismael, Esaú y Jacob, Jacob y Labán, José y sus hermanos. Sin embargo este modelo es adoptado por Israel para regular también los conflictos entre grupos sociales y estados, tribus y naciones que se comprometen en tratarse como hermanos, para restablecer la alianza y el reconocimiento mutuo. De esta manera, el *rib* puede entrar en la esfera política y contribuir a la resolución de conflictos en los distintos modelos penales. Quien ha sufrido el mal, al elegir el *rib*, revela una profunda cualidad “espiritual”, es quien respeta al otro y quien, a pesar de haber sido traicionado y herido en su corazón, no quiere que la relación se rompa. En otras palabras, “en el *rib* la acusación es expresión y consecuencia de un perdón ya dado. Para que sea eficaz, el culpable debe aceptarlo” (Sanz Giménez-Rico, 2006, p. 35).

El Señor, por ejemplo, dice a su pueblo culpable de traición idolátrica y por tanto condenable: “Yo soy Dios y no hombre. Yo soy el Santo en medio de ti, y por eso no vengo a ti con mi ira” (Os 11,9). A medida que avanza el texto bíblico, la compasión y la ternura se contraponen explícitamente a la ira, de modo que la salvación se produce precisamente con respecto del culpable Israel. En varios textos del profeta Ezequiel, el Señor dice: “No me alegro con la muerte del malvado, sino de que el malvado se convierta de su mala conducta y viva” (Ez 33,11). Sin embargo, este sentimiento divino, su complacencia y, en consecuencia, su acción misericordiosa suscita perplejidad y no es considerado aceptable por los israelitas que se quejan de que el camino del Señor no está bien y no es correcto,

<sup>13</sup> Pietro Bovati define el *rib* como “una controversia jurídica que surge entre dos partes sobre cuestiones de derecho. Para llegar a la controversia, los sujetos en cuestión deben previamente estar relacionados entre sí por un vínculo (aunque no explícito) de carácter jurídico; es decir, es necesario que remitan a un organismo regulador que regule los derechos y obligaciones de cada individuo. Este soporte que fundamenta la relación entre los sujetos no solo permite el nacimiento, sino que también determina el desarrollo de un litigio, que se fundamenta en argumentos jurídicos y requiere una solución conforme a derecho. Quien se siente perjudicado o defraudado inicia un litigio con quien es la causa (real o presunta) para restablecer el estado de derecho: asume el papel de “acusador” y “reclamante” frente a la otra parte, y su acción jurídica no cesa hasta que se alcance una solución que sea unánimemente percibida como justa, es decir, conforme a la ley y a la equidad” (1986, p. 21 s.).

porque ellos no logran entender cómo la justicia divina no coincide con la condena severa del culpable (Pr 14,12).

Ante el mal, Dios no emprende un proceso judicial, sino un proceso activo de diálogo con el propio malvado, estableciendo con él una relación personal en la que la justicia brota del encuentro y del consentimiento entre ambos, entre el culpable y el promotor de la justicia, que en el *rîb* es el propio inocente y víctima. Este modo de proceder de Dios hacia el ofensor, el transgresor o el rebelde, se realiza en una secuencia de tres actos, todos dirigidos al bien, por los cuales se promueve el perfecto restablecimiento de la justicia.

## 6. El primer acto del *rîb*: el diálogo

El primer acto son palabras que generan, fomentan y promueven el cambio de vida en el culpable. En lugar de imponer una sentencia condenatoria que impone silencio a los reclamos, el Señor interviene haciendo hablar al mismo que sabe que se encuentra en el mal, que está equivocado. En otras palabras, Dios suscita la respuesta del culpable, ciertamente no para que se justifique, porque el Señor quiere que el mal sea confesado, y que quien por ignorancia o malicia persiste en la injusticia la reconozca como tal. La palabra de Dios pretende ayudarlo a tomar el camino opuesto, el del bien, el de una relación correcta con el Padre y con sus hermanos. Notamos el sentido y la función de la misión incesante de los profetas, que no son enviados para hacer público o incluso acelerar el juicio de Dios, sino para tratar de convertir el corazón del malvado, para que sea capaz de la verdadera justicia, para que se salve. Digo, por cierto, que cualquiera que en la sociedad busque hacer esto es un profeta. El discurso de los profetas suele tener dos componentes. Por un lado, tenemos sabias palabras de admonición, a veces incluso palabras severas dirigidas al pecador, que básicamente dicen: ve y reconoce lo equivocado y doloroso que es abandonar al Señor, tu Dios, entérate de las consecuencias desastrosas de tus actos. Por otra parte, siempre se añade la promesa de la misericordia, del perdón, con su intrínseco valor consolador, como estímulo eficaz para el retorno del rebelde a la casa del Padre. Si el pecador escucha la palabra del Señor, si admite su responsabilidad en la culpa y, arrepentido, prepara los actos que manifiestan su cambio interior, entonces el Señor, que ve los corazones, podrá poner en práctica su misericordia: los pecados rojos como la púrpura se convertirán en lana, y el culpable podrá gozar de los frutos de vida concedidos por el Señor (Is 1,18-20). La palabra de Dios es el instrumento histórico del que Dios se sirve para la salvación y la riqueza de todos los pecadores.

## 7. El segundo acto del *riḅ*: la corrección

Sin embargo, no siempre es así, al contrario, según el texto bíblico es más frecuente que los malvados persistan, se nieguen a escuchar, sigan creyendo que el mal es bueno, se justifiquen y nieguen los hechos, e incluso se jacten de sus acciones impunes. Por sabia, incisiva, amorosa que sea la palabra de Dios y de los profetas, a menudo resulta ineficaz. En este caso, el Señor añade a la primera una segunda modalidad de comunicación, siempre con la intención de salvar a los culpables. El Señor pasa de las palabras a los instrumentos correctivos. El Padre, precisamente porque ama a su hijo, también recurre al castigo para disuadir al malhechor de perseverar en su error, en su equivocación. Todo castigo, lo sabemos, no parece nada benévolo, porque causa humillación y dolor en quien lo sufre. Sin embargo, la corrección —como nos recuerda la Carta a los Hebreos— acaba dando un fruto de paz y justicia en quien se forma a través de ella (Heb 12,11).

El acto divino, que en el relato bíblico es considerado incluso por muchos exégetas como la aplicación de una pena judicial, debe interpretarse, en cambio, no como la aplicación de un castigo, sino siempre y únicamente como una disciplina correctiva y medicinal. Como medida transitoria para esperar que se produzca el arrepentimiento del delincuente y consienta a la efusión del perdón. En efecto, hay que entender que los gestos del Señor narrados en los relatos bíblicos, que pueden parecer meramente represivos y sancionadores, en realidad están siempre inspirados y guiados por una intención salvífica. Por eso, Dios no solo es muy paciente, y por eso no interviene inmediatamente con acciones disciplinarias, sino que su corrección es gradual, como sucede, por ejemplo, en el famoso relato de las plagas de Egipto o en otros casos. El castigo llega, pero el castigo se suspende en cuanto el pecador manifieste alguna intención de cambiar. Luego, en ciertos relatos que culminan con la muerte de los culpables o en ciertas profecías de tono catastrófico —textos que también nos dejan un tanto perplejos— debemos comprender que el resultado dramático de la extrema negación a convertirse produce un éxito terrible. Sin embargo, el texto bíblico reafirma que, en la historia, es decir mientras exista alguna posibilidad de decisión en el hombre, Dios no sanciona definitivamente las faltas humanas siguiendo reglas y criterios judiciales, como dice el salmo: “El Señor no nos trata según nuestros pecados, no nos paga según nuestras culpas” (Sal 103,10). De hecho, sus golpes no son para matar, sino solo para amonestar y, sobre todo, cuando el culpable se convierte, la justicia misericordiosa del Señor se manifiesta anulando radicalmente el mal del pasado, y colma al pecador de una superabundancia increíble de bienes. Esto, por supuesto, no es el proceder de un tribunal, sino precisamente es la justicia superior de Dios, la verdadera justicia bíblica.

## 8. El último acto del *rîb*: el perdón

El último acto de este proceso, después de palabras y de instrumentos correctivos, es el perdón y la reconciliación. El Padre logra su propósito cuando el complejo procedimiento del *rîb*, ni siquiera fácil de entender, resulta en el acto del perdón y la reconciliación. Esto es lo que Dios desea para los pecadores, y esto es lo que se consigue cuando el ofensor acepta el don de la misericordia como una gracia no merecida. El maravilloso acontecimiento de justicia en el que Dios se revela plenamente y se expresa mediante un encuentro entre dos sujetos, el Padre y el hijo. Un encuentro en el que confluyen la voluntad benéfica del Señor y el libre consentimiento del hombre, que acepta agradecido la benevolencia divina. El mensaje del Antiguo Testamento es una promesa de tal acontecimiento, y todo el Nuevo Testamento testifica que, en Cristo, todo pecador arrepentido recibe la misma gracia en una alianza nueva y eterna. No es el pecador quien produce esto, sino solo Dios, que es el origen de todo bien. Sin embargo, es el pecador estimulado por el mismo Señor quien lo hace posible y real al desear y aceptar por fe la gratuita y generosa donación divina.

Esto, de manera concisa, es lo que leemos en las Escrituras como manifestación de la justicia divina que finalmente es justicia puesta en práctica por los hermanos.

## 9. De la justicia divina a la justicia entre hermanos

La Sagrada Escritura dice que Dios se sirve de hombres, es decir, de personas para su propósito salvífico, actúa por medio de hombres, habla por medio de profetas, obra por medio de sus siervos obedientes a su espíritu y dotados del mismo espíritu de Dios, de su poder salvífico. Quien aspira a una justicia superior queriendo ser perfecto en la acción, como lo es el Padre (Mt 5,48), en la complicada relación con los malvados, quien, es decir, reconoce humildemente que, sea como sea, ha recibido una tarea de construcción del Reino, de influir en la historia según el espíritu divino, quien, en definitiva, se siente y quiere ser hijo de Dios no puede y no debe contentarse con una justicia según el dictado y los hábitos del mundo. El Cristo, el Hijo unigénito del Padre, revelación suprema de Dios y cumplimiento perfecto de la justicia, quiso ser hijo del hombre. Es el hermano bueno, que encarnó la verdadera justicia hacia su hermano pecador, es en la historia de Jesús donde vemos lo que es la justicia perfecta puesta en práctica por el hermano hacia su hermano<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> El 15 de noviembre de 2019, en su discurso a los participantes al Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Francisco afirmó lo siguiente: “En la visión cristiana del mundo, el modelo de justicia encuentra la encarnación perfecta en la vida de Jesús, que, después de haber sido tratado con desprecio y hasta con violencia que lo llevó a la muerte, en última instancia, en su resurrección, trae un mensaje de paz, perdón y reconciliación. Son valores difíciles de alcanzar, pero necesarios para la buena vida de todos”.

Para ayudarnos a comprender la vida ejemplar de Cristo, tomamos como trasfondo un importante texto del ciclo narrativo con el que se concluye el libro del Génesis. La historia de José, hijo de Jacob, tiene un valor parabólico profético, es prefiguración de lo que Jesús cumplió de manera perfecta y anticipación de la narración evangélica. José es el hijo predilecto de su padre, muy querido y por eso odiado por sus hermanos, amenazado de muerte y vendido a los mercantes. Los hermanos cometen este acto de abandono, por lo que será deportado a Egipto. Se comete un crimen muy grave en contra el indefenso, contra el hermano menor, y también porque esa violencia hiere cruelmente a su padre Jacob con un dolor inconsolable: se trata de un delito contra el hermano y contra el padre. Como es habitual, el crimen se oculta con mentiras, los hijos de Jacob y hermanos de José atribuyen la muerte violenta a una bestia feroz, cuando de verdad eran ellos las bestias feroces. Sin embargo, es necesario que la mentira sea desvelada, que alguien saque a la luz la verdad y sugiera los caminos del bien. Esto tomará tiempo y se dará cuando José, después de muchos años y nombrado con motivo de su inocencia y sabiduría para el puesto de autoridad de virrey de Egipto, vea venir a sus hermanos en busca de trigo. José no los denuncia ante el tribunal del Faraón, ante el sistema judicial, pero tampoco corre inmediatamente hacia ellos para abrazarlos, pasando por alto el mal que han hecho como si no contara para nada. Por el contrario, adopta una estrategia sapiencial: la que conduce a la verdad y a la vida, emprendiendo un largo viaje de varios años para hacer madurar a los hermanos en un sincero reconocimiento de su culpa. Así José, hombre justo y sabio, actúa como lo hace Dios con el pueblo de Israel. José habla y acusa a los hermanos, los acusa de mentir, los asusta con amenazas, les exige garantías, utiliza palabras duras y les impone medidas severas como meterlos en la cárcel, y todo lo que a los hermanos les parece una actitud hostil induce finalmente a los culpables a confesar, al menos indirectamente, su culpabilidad.

Los hermanos son incapaces de admitir francamente su responsabilidad en el crimen cometido por miedo de tener que sufrir las consecuencias. Pero José —el hermano bueno— percibe en ellos algún principio de amor cuando le cuentan que desean salvar a Benjamín, el último y pequeño, aun a costa de sus vidas, evocando el dolor de su padre Jacob. En ese momento, cuando surge una incipiente apertura de corazón, José se da a conocer diciendo: “Yo soy José, tu hermano, el que vendiste. Pero no te aflijas por haberme vendido, pues Dios me envió aquí, delante de ti, para guardarte en vida” (Gn 45,4). El buen hermano reinterpreta la historia transformando la culpa en un admirable factor de vida, así que finalmente puede abrazar a sus hermanos llorando en señal de reconciliación.

La historia de José anticipa lo que realizó Jesús, nuestro hermano; toda su sabiduría, toda su autoridad, toda la paciencia amorosa de Cristo hacia los que le rechazaban, los que

le mataban, se resume y condensa en su simple declaración: «No he venido a condenar, sino a salvar» (Jn 12,47). El modelo de justicia del Padre tiene así su expresión perfecta en la historia del Hijo, hombre entre los hombres, hermano benévolo venido a salvar a sus hermanos malvados. Pero este modo de actuar no solo debe reconocerse en el Señor Jesús, sino también en nosotros; pues no solo debemos leer la Escritura, sino aplicarla, para que de ese modo pueda inspirar y disciplinar la conducta de quienes desean ser seguidores de Cristo, deseosos de aplicar la plena justicia hacia sus hermanos que hayan cometido alguna falta, buscando traer de vuelta al rebaño, al redil, a los perdidos perdonando setenta veces siete.

Esto vale no solo para la práctica litúrgica sacramental de la reconciliación, que aún exigiría un importante replanteamiento teológico abandonando radicalmente la idea de que el ministro consagrado es un juez mientras que él debe asumir siempre la figura del Padre que no juzga, sino que conduce a su Hijo al perdón. La misma instancia de justicia perfecta debe encontrar concreción también en la práctica jurídica y en las medidas sociales dirigidas a los culpables. El culpable, para los cristianos, es siempre hermano, siendo que el amor que busca la reconciliación no puede complacerse con la condena, sino que debe explorar y encontrar caminos y modos de ayudarlo en su personal retorno al bien, para que pueda ser reconstruido, restaurado o reparado en su dignidad de ciudadano, más aún, de hijo de Dios, de hermano entre hermanos<sup>15</sup>.

## 10. Justicia bíblica y restaurativa

Las conclusiones del proceso judicial y del *rīb* son, por tanto, diferentes: en el primer caso —el *mishpat*— hay una sentencia que sanciona el delito y puede decidir el futuro de mal y de muerte del culpable; en cambio, en el caso del *rīb*, hay “justificación” que trae salvación y vida, porque el poder no es del mal, sino de quien ama, y con la fuerza del amor rescata del mal.

Este camino ha sido emprendido en forma encomiable por las iniciativas de justicia restaurativa que muchos ya están siguiendo y promoviendo. Pero no deja de ser un camino largo, delicado y difícil. Es un proceso que exige sabiduría y tenacidad para llegar a ser

<sup>15</sup> En su discurso para el Congreso mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Francisco da esta conclusión: “Tenemos que ir hacia una justicia penal restaurativa ... las cárceles deben tener siempre una ‘ventana’, es decir, un horizonte. Apuntar a una reinserción y debemos, en esto, pensar profundamente en la manera de dirigir una prisión, en la manera de sembrar la esperanza de reinserción y pensar si la pena es capaz de llevar a esta persona a la reinserción y también el acompañamiento de esto. Y repensar seriamente la cadena perpetua. Nuestras sociedades están llamadas a avanzar hacia un modelo de justicia basado en el diálogo, en el encuentro, para que, en la medida de lo posible, se restablezcan los vínculos dañados por el delito y se reparen los daños causados. No creo que sea una utopía, pero ciertamente es un gran reto. Un reto al que todos debemos enfrentarnos si queremos abordar los problemas de nuestra convivencia civil de una manera racional, pacífica y democrática” (2019).

verdaderamente obedientes a la palabra de Dios, para ser discípulos del Señor Jesús, para constituir en verdad una comunidad de hermanos. Traducido en términos prácticos, esta modalidad de resolver conflictos no justifica el “perdonismo” que busca abolir las penas o hacer la vista gorda ante el mal cometido; al contrario, es la esperanza que se da al condenado durante la aplicación de la sentencia de sentirse hombre y comenzar una nueva vida, en virtud del perdón recibido y del arrepentimiento de sus acciones. Esto demuestra que

la cárcel, resultado típico del proceso penal, no debe ser vista como un acto final de justicia, sino solo como la primera etapa, tal vez necesaria, pero preparatoria de un procedimiento que busca la rehabilitación del culpable y su readmisión en la sociedad. (Bovati, 1997, p. 239)

El perdón con el que termina el *rīb* no siempre es posible, ya sea porque no se quiere reconocer el propio mal, o porque no corresponde concederlo. Sin embargo, puede haber complementariedad entre el juicio forense penal clásico, en el que la pena tiene un papel retributivo, expiatorio e intimidatorio, y el *rīb*. La controversia que termina, mediante el perdón, con la reconciliación, y la procesal que termina, mediante la sentencia, con el castigo del culpable, en la Biblia son la expresión del derecho entendido en su integridad.

En el ámbito del derecho penal, entre los autores que mejor han integrado estos principios al proponer una nueva práctica de castigar, encontramos a Eugen Wiesnet, quien en la conclusión del prefacio de su última obra dice:

Mientras misericordia, perdón y reconciliación, siguiendo el pensamiento occidental tradicional, sigan siendo ajenos al concepto de justicia, mientras la teología olvide trasladar de la dogmática a la ética penal la idea bíblica fundamental de la justificación como un don, y no como consecuencia o efecto de una actuación, los impulsos reconciliadores de la Biblia no podrán encontrar una expresión adecuada<sup>16</sup>. (1987, p. 170)

Esto no significa que los comportamientos transgresivos deban quedar exentos de medidas sancionadoras, ya que el propio Catecismo de la Iglesia Católica recuerda que “para proteger el bien común, la autoridad pública legítima tiene el derecho y el deber de imponer penas proporcionadas a la gravedad de los delitos” (n. 2243), pero queremos

<sup>16</sup> Sobre la perspectiva cristiana al tema de la pena, véase Eusebi (2003, pp. 181-188); Acerbi y Eusebi (1998); Martini (2003).

subrayar cómo la finalidad de la pena no se identifica con la retribución del “mal por mal”, ni con el deseo de destruir al criminal.

A la luz de la importante tradición bíblica, la finalidad de la pena es garantizar que el culpable reconozca el mal cometido contra una persona y una comunidad, se reinsera en la sociedad y se le permita (re)construir su futuro, mediante la “reconciliación” con su trama de referencias a las dinámicas de pacificación, reintegración y resocialización. En este sentido, Wiesnet recuerda:

Si entre los creyentes la pena no es expresión de un amor que perdona, a imitación del modelo de Dios, esto significa que quien castiga ha caído “en manos de Satanás” (2Cor 2,11). ... Si la pena no tiene como objetivo reconstruir la comunión con el condenado, si éste no percibe que sigue siendo un “hermano” incluso en el castigo, si su condición lo convierte en un desterrado, un marginado, un degradado, según el espíritu del chivo expiatorio, ya para Pablo no se puede hablar de un “ministerio de reconciliación” en el sentido cristiano. Porque “Dios no nos ha destinado a la ira, sino a la salvación” (1Tes 5,9). (1987, p. 112)

Por supuesto, la comunidad civil debe proporcionar, a través de sus normas, sanciones justas y formas concretas de dar ejecución a la pena, pero para que esto sea justificable en un sentido cristiano, el elemento “salvífico” de la justicia no debe ser accidental, casi como un anexo que puede omitirse indiferentemente; es más bien un aspecto central, ya que “el núcleo de humanidad de la justicia —según la Biblia— significa reconocer la dimensión de ‘cuidado’ de la persona, la intención de su resocialización y ‘reconciliación’ como verdaderos elementos jurídicos, no como meros accesorios de la ley” (Wiesnet, 1987, p. 118). De acuerdo con la Biblia, el efecto de las sanciones no puede ser, por tanto, acelerar el alejamiento del reo de la sociedad, en el sentido de su marginación sociopsicológica, sino más bien el apoyo al movimiento de retorno a ella.

## 11. Expiación en el diálogo

La justicia restaurativa no niega el valor de la expiación de la pena, pero cambia la manera común de concebirla. La expiación en el sentido bíblico solo puede ser el esfuerzo mutuo entre la sociedad y el culpable para reconstruir la comunión entre ellos que fue perturbada y dañada por el delito. Desde el punto de vista cristiano, la expiación debe ser vista como un proceso dialógico de reconciliación, de acuerdo con los principios del *rîb*, es decir, que no sea solo una oferta unilateral y pasiva de satisfacción en relación con la imposición de un mal penal. Es importante llegar a una conciencia social en la que

exista una oferta de reconciliación dirigida al culpable, que nuestra práctica penal casi no ha percibido, ni siquiera alcanzado, y que constituye una de las verdaderas razones de la crisis de la justicia de los últimos años. Pero, al contrario, es la reflexión sobre las estructuras antropológicas de expiación lo que —en palabras de E. Wiesnet— da paso al entendimiento del “hombre como un ser que depende —en lo más profundo de su existencia— de cómo la comunidad se dirige hacia él, y de lo que esta le ofrece” (1987, p. 123).

Este aspecto de la antropología bíblica, según el cual una persona puede cambiar si la víctima y la sociedad crean las condiciones para la reconciliación, expresa también el rechazo a los múltiples modelos de autoliberación y autocuración de nuestra práctica judicial, acostumbrada a exigir mejoras en las personas de los delincuentes sin preocuparse de las oportunidades y condiciones que las hacen posible. Por lo tanto, la expiación no puede considerarse solo tarea de quienes cometieron el delito, “no existe una vía en sentido único o de expiación. Esto solo puede entenderse como un diálogo voluntarioso entre las partes” (Wiesnet, 1987, p. 124).

Por otra parte, una atención basada únicamente en la “compasión”, ciega respecto a la realidad criminológica y sujeta al peligro de agravar o perpetuar los mismos problemas que se quiere eliminar y suprimir, no daría respuesta al dolor y a los daños que las víctimas hayan sufrido. Por tanto, está claro que la reconciliación como fin de la pena no significa una renuncia ilusoria a las sanciones, ni querer resolver el problema con una actitud unidireccional de clemencia, ignorando la gravedad general de la cuestión penal.

Es un antiguo malentendido de una cierta cultura pensar que utilizar el término “misericordia” en el contexto criminal significa en la práctica relajación, debilidad e indulgencia. Al contrario, la idea de reeducación bíblica es la base de una nueva manera de concebir la pena, y su ejecución pretende racionalmente poder alcanzar por primera vez, a través de su verificable eficacia pedagógica, lo que hasta ahora al condenado simplemente se le “pidió”: una reevaluación del pasado, un cambio personal, una nueva conducta social. Desde este punto de vista, la visión teológica aquí sostenida respecto al pensamiento retributivo coincide hasta en los detalles con la crítica criminológica moderna: la observancia de las reglas solo puede obtenerse de quienes muestran deficiencias en la socialización en un clima de disponibilidad hacia ellos en el contexto de una ejecución de la pena abierta a la ayuda social, y ciertamente no de la tradición de ejecución de la pena desocializante.

Los temas de la culpa y de la pena seguirán interpelándonos, sabiendo que el sistema penal no agota —y nunca podrá agotar— la complejidad dramática de quienes

sufren el mal: «“No toquen a Caín”. Ciertamente. Pero para que su esencia no sea tocada, para que siga siendo Caín, es decir, hermano de Abel y de todos los hermanos de Abel, para que no parezca como un demonio o una simple fuerza natural, terrible pero no humana, Caín debe ser llamado a responder de su acto, debe escuchar, silencioso e impotente, la pregunta:

“¿Qué has hecho con tu hermano?” El silencio al que él mismo se ha condenado le aísla; el ordenamiento jurídico debe limitar en el tiempo esta soledad exterior, pero para que sea auténticamente superada ya no se trata aquí, como en muchas dimensiones de la experiencia humana, solo de derecho. (Cavalla, 2000, p. 109)

## 12. La aplicación de la justicia restaurativa

En una fase histórica de agravamiento de los procesos penitenciarios, de crisis de tratamientos alternativos a la cárcel, de difusión de modelos neoretributivos, el trabajo del Premio Nobel, el arzobispo Desmond Tutu, y de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica, los programas en el caso de algunas cárceles de Australia y Nueva Zelanda, la experiencia *Just Deserts* en los Estados Unidos (Starkweather, 1992) representan una nueva cultura jurídica que está reorientando algunos sistemas penales. Pongamos sobre todo un ejemplo: cuando Nelson Mandela salió de prisión después de 27 años, su primer mensaje al país fue de “reconciliación y unidad”; para reparar el mal nombró, en 1996, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, que tenía la tarea de conceder amnistía sólo a aquellos “verdugos” que reconocieran el mal cometido ante sus víctimas, precisamente según el esquema del *rib* (Ally, 1998). Los primeros en pedir que se revelara la verdad fueron los familiares, madres y esposas de las víctimas, que contaron a la Comisión cómo la tragedia del mal se había desarrollado ante sus ojos. Estos testimonios dieron origen a una cultura de reconciliación que ayudó a devolver la democracia a Sudáfrica.

En un reciente encuentro dedicado al tema de la justicia restaurativa en Estados Unidos se observó que este modelo también ha demostrado ser eficaz para muchas personas que han sufrido delitos: “Les digo que el modelo restaurativo funciona”, declaró una mujer, miembro de una asociación de amigos y familiares de víctimas de asesinato cuyas hija y nieto habían sido asesinados<sup>17</sup>. Incluso en Italia el modelo está entrando en las cárceles juveniles y las instituciones de mediación que favorecen la conciliación de conflictos sociales como, por ejemplo, disputas en los condominios, divisiones familiares y delitos menores (Trecci y Cafiero, 2007)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cf. *National Jesuit News*, December 2004 - January 2005, 7.

<sup>18</sup> Actualmente algunos operadores en el campo del derecho penal aplican este modelo para llevar al recluso a una conciencia del valor del bien protegido por la ley, del reconocimiento de la conducta antijurídica

### 13. Conclusión

El modelo de justicia restaurativa, que constituye una alternativa de resolución de delitos menores a los procesos penales con sus tiempos y costes, tiene el mérito de introducir en el ordenamiento jurídico un nuevo concepto de responsabilidad cuestionada por la mediación, que no se limita solo a tener que ver con ser responsable “de” algo y “por” algo, sino que permita un “camino que lleva a los sujetos en conflicto a ser responsables *hacia* los demás” (Ceretti, 1996, p. 204). Hoy más que nunca, los profesionales del derecho y las autoridades penales pueden, a través de la hermenéutica interdisciplinaria y el redescubrimiento de la justicia bíblica, decir una palabra de sentido que vaya más allá de la ley y abrace el significado del amor y reconciliación. El nivel de civilización de una sociedad se mide, en efecto, por la reeducación que esta es capaz de dar al encarcelado<sup>19</sup>.

De no darse esto, el grito —uno entre muchos— de Hans K., un chico de 19 años a quien Wiesnet dedica su obra, quedaría solo y en segundo plano. Cuando Hans regresó de la cárcel juvenil, después de tres años de detención, su pueblo de origen le negó cualquier reconciliación por considerarlo “sinvergüenza” y “convicto”. Se ahorcó por desesperación después de seis semanas. En su carta de despedida dejó escrito: “¿Por qué los hombres nunca perdonan?”.

### Referencias

- Acerbi, A. y Eusebi, L. (Eds.). (1998). *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*. Vita e Pensiero.
- Ally R. (1998). Signor nemico crudele: lei è stato perdonato. *Diario della settimana*, 3(10), 11-17.
- Arce Alvarado, F. (2023, 17 de mayo). ¿Seguiremos gastando en delincuentes en detrimento de invertir en educación? Portal Congreso de la República. <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/seguiremos-gastando-en-delincuentes-en-detrimento-de-invertir-en-educacion/>

---

llevada a cabo anteriormente en la voluntad de respetar ese bien en el futuro (aspecto subjetivo), para luego llevarlos a realizar acciones creíbles y concretas de reparación del daño, facilitando encuentros entre el reo y el tejido social de origen, que sienten las bases para una posterior y efectiva reinserción social (aspecto social).

<sup>19</sup> Para no dar lugar a malentendidos, conviene tener presente que la pena en nuestro sistema tiene también una función punitiva y expiatoria. A este respecto, el Catecismo de la Iglesia Católica lo define como “un instrumento de corrección del culpable, corrección que adquiere también el valor moral de expiación cuando el culpable acepta voluntariamente su pena”. Lo dicho, por tanto, puede quedar expuesto al fracaso si el culpable, en su libertad, no decide arrepentirse. En cualquier caso, es deber del Estado proporcionarle todas las herramientas y medios posibles para realizar esta elección.

- Arendt, H. (2013). *Los orígenes del totalitarismo* (Trad. G. Solana). Taurus.
- Astigueta, D. G. (2024). La proporzionalità nel Codice: una norma, un principio e un sistema. *Periodica de re canonica*, 113, 43-80.
- Bauman Z. (2001). *La sociedad individualizada* (Trad. M. Condor). Cátedra. [https://redpaemigra.weebly.com/uploads/4/9/3/9/49391489/bauman\\_z.\\_la\\_sociedad\\_individualizada.pdf](https://redpaemigra.weebly.com/uploads/4/9/3/9/49391489/bauman_z._la_sociedad_individualizada.pdf)
- Bovati P. (1986). *Ristabilire la giustizia. Procedure, vocabolario, orientamenti*. Pont. Istituto Biblico.
- Bovati, P. (1997). Pena e perdono nelle procedure giuridiche dell'Antico Testamento. *La Civiltà Cattolica*, 148, 225-239.
- Bovati, P. (1998). Pena e perdono nelle procedure dell'Antico Testamento. En A. Acerbi y L. Eusebi (Eds.), *Colpa o pena? La teologia di fronte alla questione criminale* (pp. 31-55). Vita e pensiero.
- Bovati, P. (2002). Quando le fondamenta sono demolite, che cosa fa il giusto? (salmo 11,3). La giustizia in situazione di ingiustizia. en Fabris, R., *La giustizia in conflitto*. XXXVI Settimana Biblica Nazionale (Roma, 11-15 settembre 2000), (p.12). EDB.
- Catecismo de la Iglesia Católica. (s. f.). *La Santa Sede*. [https://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html)
- Cavalla, F. (2000). La pena come riparazione. En Cavalla, F. y F. Todescan (Eds.), *Pena e riparazione* (pp. 1-109). CEDAM.
- Ceretti A. (1996). *Come pensa il tribunale per i minorenni*. Franco Angeli.
- Cervantes, M. de. [1605] (1998). *Don Quijote de la Mancha* (Dir. F. Rico). Instituto Cervantes, Crítica. <https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/parte2/cap42/default.htm>
- Consejo de Europa. (1999). *Recomendación No. RR (99) 19 del Comité de Ministros de Estados miembro Relacionado con la Mediación de Asuntos Penales*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/\\$FILE/PAIP\\_JusticiaRestaurativa-RecopilaciónTextosInternacionales.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-RecopilaciónTextosInternacionales.pdf)
- Costacurta Bruna, (2003). “E il Signore cambiò le sorti di Giobbe”. Il problema interpretativo dell'epilogo del libro di Giobbe. En V. Collado Bertomeu (Ed.), *Palabra, prodigio, poesía. In memoriam p. Luis Alonso Schökel, S.J.* Editrice Pontificio Istituto Biblico.

- Costacurta, B. (2014, 15 de noviembre). *Giobbe dinanzi al male e a Dio*. En *Evento La Bibbia un libro da “mangiare”, II edizione*. <https://www.gliscritti.it/blog/entry/2824>
- Davelouis, L. (2023, 11 de octubre). “Los presos van a salir a vivir con nosotros”. *IDL Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/los-presos-van-a-salir-a-vivir-con-nosotros/>
- Eusebi L. (2003). La questione penale. Un autorevole magistero recente. *Rivista di teologia morale*, 138, 181-188.
- Francisco. (2019, 15 de noviembre). Discorso ai partecipanti al XX Congresso Mondiale dell’Associazione Internazionale di Diritto Penale. *La Santa Sede*. [https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/november/documents/papa-francesco\\_20191115\\_diritto-penale.html](https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/november/documents/papa-francesco_20191115_diritto-penale.html)
- Francisco. (2020). Carta encíclica *Fratelli tutti* sobre la fraternidad y la amistad social. *La Santa Sede*. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html)
- Francisco. (2024, 4 de mayo). Alocución a los participantes al Congreso “Reparar lo irreparable” en el 350º aniversario de las apariciones de Jesús a Parayle-Monial. *La Santa Sede*. <https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2024/may/documents/20240504-reparer-irreparable.html>
- Francisco. (2024). Carta encíclica *Dilexi nos* sobre el amor humano y divino del Corazón de Jesucristo. *La Santa Sede*. <https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/20241024-enciclica-dilexi-nos.html>
- Freud, S. (1991) Tótem y tabú. En *Obras completas* (Vol. XIII) (1913-14) (2.ª ed.). Amorrortu.
- Galván, G. (2023, 31 de julio). Cárceles en América Latina: Perú es el país con mayor hacinamiento y sobrepoblación en las prisiones. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/carceles-en-america-latina-el-peru-es-el-pais-con-mayor-hacinamiento-y-sobrepoblacion-en-las-prisiones-centros-penitenciarios-motines-organizacion-criminal-presos-desnutricion-noticia/>
- Herbert, J. (1967). *Fortune and Men’s Eyes*. Groove Press.
- Jakobson, R. y P. Velasio. (1966). Vocabulorum constructio in Dante’s Sonnet “Se vedi li occhi miei”. *Studi danteschi*, 43, 7-33.
- Martin Niemöller: “Primero vinieron por...”. (s. f.). Enciclopedia del Holocausto. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/martin-niemoeller-first-they-came-for-the-socialists>

- Martini, C. M. (2003). *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la parola di Dio*. Mondadori.
- Martini, C. M. (2004, marzo). Nella colpa c'è già la pena. Dal magistero del cardinal Carlo Maria Martini per i carcerati. *Dignitas*, (4), 83.
- Naciones Unidas, Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2006). Manual sobre programas de Justicia Restaurativa, New York. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)
- Naciones Unidas, Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños. (2013). *Promover la Justicia Restaurativa para las Niñas, Niños y Adolescentes*, New York. [https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document\\_files/promoting\\_restorative\\_justice\\_for\\_children\\_sp.pdf](https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/promoting_restorative_justice_for_children_sp.pdf)
- M. Nussbaum. (2010). *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Katz Editores.
- Occhetta, F. (2008). Il sovraffollamento delle carceri italiane. *La Civiltà Cattolica*, 159/II, 69-79.
- Pardo, J. J. (enero 2007). Jesús y el perdón. Acercamiento a la reconciliación social. *Sal Terrae*, (95), 5-16.
- Ricoeur, P. (1985). Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. En Diemer, A. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos* (pp. 9-29). Del Serbal.
- Pontificio Concejo de Justicia y Paz. (2005). Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)
- Sanz Giménez-Rico, E. (2006). Palabra, providencia y misericordia en la historia de José. *Estudios Eclesiásticos*, 81(316), 3-36. <https://revistas.comillas.edu/index.php/estudioseclesiasticos/article/view/9545>
- Schwerin, J y Hart, J. (Dirs.) (1971). *Al sordo cielo* [Película]. Metro-Goldwyn-Mayer.
- Ska J.-L. (1996). Alcuni principi essenziali della teologia veterotestamentaria. *La Civiltà Cattolica*, 147/II, 457-470.
- Spicuglia, M. (2023, 13 de agosto). *Perdonare si può*. SERMIG. Servizio Missionario Giovani. <https://www.sermig.org/idee-e-progetti/nuovo-progetto/articoli/perdonare-si-puo.html>
- Starkweather, D. A. (1992). The Retributive Theory of 'Just Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining. *Indiana Law Journal*, 67, 853-878.

Szubin Zvi, H. (2007). Righteousness. *Encyclopaedia Judaica* (Vol. 17, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 307-308. Thomson. <https://ketab3.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/11/encyclopaedia-judaica-v-17-ra-sam.pdf>

Trecci, P. y Cafiero, M, (Eds.). (2007). *Riparazione e giustizia riparativa: il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario*. Franco Angeli.

Wiesnet E. (1987). *Pena e retribuzione. La riconciliazione tradita sul rapporto fra cristianesimo e pena*. Giuffrè.

Zehr, H. (1990). *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*. Herald Press.

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books.



# IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA PARA NIÑOS EXPUESTOS A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN BOLIVIA

*Diana Ardaya Ortiz\**

*Universidad Privada Domingo Savio*

*Santa Cruz de la Sierra – Bolivia*

*ardayad07@gmail.com*

<https://orcid.org/0009-0000-1203-3406>

**Resumen:** Esta revisión examina el marco legal y los desafíos de implementación para proteger a las niñas y niños expuestos a la violencia doméstica en Bolivia a través del lente del derecho constitucional, la doctrina y los estándares internacionales de derechos humanos. Basándose en un análisis de la legislación, la jurisprudencia y los estudios jurídicos bolivianos, en lo contenido se revela una base constitucional y estatutaria sólida para la protección infantil que se alinea estrechamente con las normas internacionales. Sin embargo, persisten brechas entre los mandatos legales y la implementación práctica, que se agudiza con las situaciones de pobreza. Los desafíos incluyen capacidad institucional limitada y mecanismos de aplicación inadecuados. Por lo cual, la presente revisión aboga por un análisis basado en los derechos para fortalecer las estrategias de implementación legal, dando preeminencia a la necesidad de una mejor capacitación judicial, coordinación interinstitucional e intervenciones culturalmente sensibles para cumplir con las obligaciones constitucionales e internacionales de Bolivia de proteger los derechos de los niños en el contexto de la violencia doméstica.

**Palabras clave:** Violencia doméstica, Protección infantil, implementación, normativa en Bolivia

---

\* Estudiante del quinto semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Privada Domingo Savio-Sede Santa Cruz de la Sierra. Secretaria Ejecutiva con experiencia en oratoria y relaciones públicas. Entre sus áreas de interés figuran la protección jurídica de menores, los derechos humanos y el derecho penal.

## IMPLEMENTATION OF LEGAL PROTECTION MEASURES FOR CHILDREN EXPOSED TO DOMESTIC VIOLENCE IN BOLIVIA

**Abstract:** This review examines the legal framework and implementation challenges for protecting children exposed to domestic violence in Bolivia through the lens of constitutional law, doctrine, and international human rights standards. Based on an analysis of Bolivian legislation, jurisprudence, and legal scholarship, the review reveals a solid constitutional and statutory basis for child protection that is closely aligned with international standards. However, significant gaps persist between legal mandates and practical implementation, which are exacerbated by poverty. Key challenges include limited institutional capacity and inadequate enforcement mechanisms. Therefore, this review advocates for a rights-based analysis to strengthen legal implementation strategies, emphasizing the need for improved judicial training, inter-institutional coordination, and culturally sensitive interventions to meet Bolivia's constitutional and international obligations to protect children's rights in the context of domestic violence.

**Keywords:** Domestic violence, child protection, implementation, regulations in Bolivia.

### 1. Introducción

Un gran número de situaciones de violencia contra la niñez nacen en el entorno familiar, en muchos casos, las formas de violencia son consecuencia de la discriminación que las mujeres sufren a través de las leyes o la práctica, y persisten por razones de género. Los referidos actos —desde el menosprecio o la discriminación hasta la agresión física, sexual o el asesinato (Ayuda en Acción, 2018)— representan una constante violación de los derechos humanos y plantea riesgos importantes para el bienestar y el desarrollo de los niños, que conviven con esas situaciones, con repercusiones en su crecimiento físico, emocional y social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). En Bolivia, a pesar de los notables avances legislativos de las últimas dos décadas, la implementación efectiva de protecciones legales para los niños expuestos a la violencia doméstica sigue siendo un desafío crítico, lo que genera preocupación sobre la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos (Defensoría del Pueblo, 2020).

La evolución del marco legal para la protección de la infancia ha estado marcada por hitos importantes, anclados en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que reconoce explícitamente los derechos de los niños y consagra la obligación del Estado de protegerlos de todas las formas de violencia (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009). Dicho mandato constitucional ha sido elaborado

y operacionalizado a través de una serie de instrumentos legislativos clave, en particular la Ley 348 de 2013 (Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia), la Ley 548 de 2014 (Código del Niño y del Adolescente) y la Ley 603 de 2014 (Nuevo Código de Familia y Procedimiento Familiar).

En conjunto, estos instrumentos legales establecen un ámbito integral para abordar la violencia doméstica y proteger a los niños dentro del contexto más amplio del derecho de familia y los derechos humanos. Sin embargo, la traducción de estas disposiciones legales en mecanismos de protección efectivos sigue siendo un desafío importante, particularmente a la luz del complejo panorama social, cultural y geográfico de Bolivia (Ministerio de Justicia, 2018).

En el presente artículo se realiza una revisión del marco legal de Bolivia para proteger a los niños expuestos a la violencia doméstica, puesto que se evidencia que la exposición a la violencia durante la infancia puede perpetuar patrones de violencia en generaciones posteriores, por lo cual, es preciso examinar las fortalezas, limitaciones y desafíos de implementación de la normativa de manera integral, con el soporte normativo internacional de derechos humanos, nacional como derecho fundamental y desde una perspectiva constitucional. En concreto, esta investigación busca:

- Analizar las disposiciones constitucionales y legislativas clave para la protección de niños expuestos a violencia doméstica en Bolivia, evaluando su coherencia e integralidad.
- Examinar la alineación del marco legal de Bolivia con los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la relación indisoluble del vínculo; madre, niñas y niños y familias.
- Identificar y evaluar críticamente los desafíos de implementación desde una perspectiva legal y basada en derechos, considerando factores institucionales, procesales y socioculturales.
- Proponer recomendaciones basadas en evidencia para fortalecer la respuesta legal de protección a los niños en situaciones de violencia doméstica, con el fin de mejorar el acceso a la justicia y garantizar la realización efectiva de los derechos de las niñas y niños.
- Al realizar el análisis integral, se pretende contribuir al discurso académico actual sobre la protección infantil en Bolivia y difundir las discusiones

políticas sobre estrategias para mejorar la implementación de protecciones legales para niños vulnerables.

## 2. Metodología

En el contexto de lo señalado se realizó una revisión jurídica cualitativa, combinando análisis doctrinal con conocimientos empíricos de fuentes secundarias. El proceso de investigación implicó el análisis integral de textos legales primarios, jurisprudencia y estudios jurídicos secundarios relevantes para la protección infantil y la violencia doméstica en Bolivia.

Las fuentes primarias incluyeron:

- La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).
- Ley 348 (2013): Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia.
- Ley 548 (2014): Código del Niño y del Adolescente.
- Ley 603 (2014): Nuevo Código de Familia y Procedimiento Familiar.
- Decretos y reglamentos pertinentes que implementan estas leyes.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Las fuentes secundarias abarcaron:

- Informes de la Defensoría del Pueblo de Bolivia.
- Informes oficiales y estadísticas de los ministerios gubernamentales pertinentes, en particular el Ministerio de Justicia.
- Artículos académicos de revistas jurídicas bolivianas e internacionales revisadas por pares.
- Informes y observaciones de organismos internacionales de derechos humanos, incluido el Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Las bases de datos legales utilizadas en esta investigación incluyeron la Gaceta Oficial de Bolivia, InfoLeyes y vLex, asegurando una cobertura integral de los materiales legales relevantes. El análisis se centró en identificar disposiciones legales clave, evaluar su coherencia interna e implementación práctica, y evaluar su alineación con los estándares internacionales de derechos humanos.

La metodología también incorporó un elemento comparativo, contextualizando el marco jurídico de Bolivia dentro de las tendencias regionales en América Latina,

particularmente, en relación con la implementación de la Convención de Belém do Pará y otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes.

Para garantizar la validez y confiabilidad del análisis, el estudio empleó la triangulación de fuentes, cotejando textos legales con jurisprudencia y datos empíricos de informes oficiales, lo que permitió una comprensión matizada tanto del marco legal formal como de su aplicación práctica en el contexto boliviano.

### 3. Resultados

#### 3.1. La aproximación doctrinal a las medidas de protección

La protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia intrafamiliar se erige como una prioridad en todo sistema jurídico, la literatura revisada ofrece un análisis doctrinal exhaustivo sobre el concepto de violencia intrafamiliar y las medidas de protección que se implementan para salvaguardar los derechos de los menores.

Un aspecto central que resalta la doctrina es la amplitud del concepto de familia, trascendiendo la noción tradicional de familia nuclear. Se reconoce que la familia actual abarca diversas configuraciones, donde los lazos de afectividad y convivencia adquieren una relevancia equiparable a los vínculos de consanguinidad. Esta perspectiva amplia permite una mayor cobertura en la aplicación del Código del Niño y del Adolescente, extendiendo la protección a todos los miembros del grupo familiar, independientemente de su configuración.

La doctrina también enfatiza la naturaleza multidimensional de la violencia intrafamiliar, reconociendo que esta problemática no se circunscribe al maltrato físico, sino que abarca un amplio espectro de abusos, incluyendo la violencia psicológica, sexual, económica y la negligencia. Esta comprensión holística de la violencia permite una intervención más precisa y eficaz, atendiendo a las diversas formas en que se manifiesta tal fenómeno.

Además, el análisis doctrinal, pone un énfasis particular en la protección de los derechos del niño, considerándolo como un sujeto de derechos y no como un objeto de protección. Así, se reconoce la necesidad de garantizar sus derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, y el desarrollo integral, alineándose con la Convención Internacional de los derechos del niño, que establece la obligación del Estado de proteger a los niños de toda forma de violencia y abuso.

#### **4. Legislación Internacional sobre protección jurídica para niños expuestos a la violencia doméstica**

En tal contexto se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, donde claramente se establece que el derecho de protección a la familia tiene una intrínseca relación con los artículos 17, 10 y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este sentido, las niñas y niños son titulares de los derechos establecidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos, además de contar con medidas especiales de protección (artículo 19), las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares del caso concreto.

Asimismo, el derecho del niño a la “protección, cuidado y ayuda especial” es reconocido por la Declaración de los Derechos Humanos, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Convención Americana de Derechos Humanos y por todos aquellos instrumentos internacionales específicos relativos a la niñez, en particular; así como por la Convención de los Derechos del Niño. Desarrollándose la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño, en íntima vinculación.

A criterio de la investigadora Miranda Parra (2022) en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Convención, el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

En ese marco, en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, se ha establecido:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño... A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos...

Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, adoptada en 1994 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), reconoce implícitamente el impacto de la violencia contra la mujer en los hijos, niñas y niños que viven en el seno familiar de la mujer víctima. Esta implicación se hace evidente al señalar la necesidad que los Estados Parte suministren servicios especializados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia. Dentro de estos servicios especializados, la Convención menciona explícitamente el cuidado y custodia de los menores afectados.

Esta disposición sugiere que la Convención es consciente de que la violencia que sufre la mujer en el ámbito familiar no es un hecho aislado que solo la afecta a ella, al incluir el cuidado y custodia de los menores dentro de los servicios de atención a la mujer víctima de violencia, la Convención reconoce tácitamente que estos niños y niñas también son afectados por la situación de violencia que se vive en su hogar. La necesidad de proveer para su cuidado y custodia implica que han sufrido algún tipo de impacto negativo que requiere atención y protección por parte del Estado. Por lo tanto, aunque el foco principal de la Convención sea la mujer (Organización de los Estados Americanos, 1994), la mención de estos servicios especializados revela una comprensión subyacente de que los hijos son víctimas secundarias de la violencia de género en el ámbito doméstico.

#### **4.1. Marco Constitucional**

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el tratadista Pérez Luño (2004) sostiene que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el alcance de la tutela de derechos de la niñez es el de gozar de un régimen de protección jurídica reforzada. En ese sentido, las garantías normativas, las garantías jurisdiccionales y las garantías institucionales, son de particular trascendencia en el marco del desarrollo normativo.

En efecto, al analizar las fuentes primarias de la familia, tales como el matrimonio o la unión de hecho, se distinguen con claridad las obligaciones que emanan de la procreación. Independientemente de si la unión ha sido formalizada ante la autoridad competente (Oficial del Registro Civil) o si, por su naturaleza, goza de la protección estatal sin requerir necesariamente dicha formalización, las responsabilidades parentales son sustancialmente las mismas y de diversa índole. En términos generales, estas obligaciones esenciales se vinculan a la protección integral de los hijos e hijas por parte de sus progenitores, la sociedad y, en última instancia, el Estado. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 proporciona una base sólida para la protección de la niñez, fundamentando firmemente los derechos de la niñez dentro del marco más amplio

de derechos humanos del Estado. El artículo 15 de la Constitución prohíbe explícitamente toda forma de violencia contra las mujeres y los niños, mientras que el artículo 58 establece a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. En particular, el artículo 60 exige la obligación del Estado de proteger a los niños de todas las formas de violencia, explotación y abandono (Constitución Política del Estado, 2009).

En ese contexto, la CPE en primera instancia establece en el artículo 13 de su texto: “I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”. Por primera vez en la historia constitucional de nuestro Estado, en Bolivia, se consigna a los derechos inherentes a los miembros de las familias, como Derechos Fundamentales, así se prevé en el artículo 62 del texto Constitucional: “El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral.

En el mismo sentido el artículo 61 de la CPE prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad. También se prohíbe y sanciona el trabajo forzado y la explotación infantil. Ninguna persona puede ser obligada a trabajar ni ser explotada.

Esta arquitectura constitucional crea un deber estatal claro e inequívoco de proteger a los niños de la violencia doméstica, anclado en la doctrina de la supremacía constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha afirmado consistentemente esta interpretación, como lo demuestra su histórica decisión SCP 0206/2014, que sostuvo que la protección de los niños de la violencia es un valor constitucional fundamental que debe informar todas las acciones y políticas estatales (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014).

#### **4.2. Conflictos jurisdiccionales y pluralismo jurídico**

Un aspecto no menor es el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico en Bolivia, si bien es un reconocimiento importante de la diversidad cultural del país, presenta desafíos únicos en el contexto de la protección infantil. La Defensoría del Pueblo (2020) ha informado de conflictos jurisdiccionales entre los sistemas de justicia ordinaria e indígena en zonas rurales, particularmente en casos de violencia doméstica y protección infantil.

Si bien el artículo 190 de la Constitución reconoce los sistemas jurídicos indígenas, ello debe equilibrarse con la obligación general del Estado de proteger los derechos de los niños. La falta de protocolos claros para la cooperación jurisdiccional en casos que involucran a niños y violencia doméstica crea un riesgo de protección inconsistente y posibles violaciones de derechos, particularmente en comunidades indígenas donde las normas tradicionales pueden entrar en conflicto con los estándares nacionales e internacionales de protección infantil.

### 4.3. Normativa a nivel nacional

- Ley 348: Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia (2013)

En el núcleo del tema la Ley 348 muestra la variedad de tipos de violencia contra las mujeres, incluye varias disposiciones de importancia crítica para la protección infantil en el contexto de la violencia doméstica. El artículo 7 de la ley amplía la comprensión tradicional de la victimización al definir a los hijos de mujeres víctimas de violencia como “víctimas indirectas”, extendiendo así la protección legal y los servicios de apoyo a este grupo vulnerable (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013).

El artículo 35 de la Ley 348 exige medidas de protección inmediata para niños en situaciones de violencia, lo que refleja una comprensión de la urgencia requerida en los casos de protección infantil. Además, el artículo 50 establece tribunales de familia especializados para manejar casos que involucran a niños, reconociendo la necesidad de experiencia judicial especializada en asuntos de violencia doméstica y bienestar infantil (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013).

- Ley 548: Código del Niño y del Adolescente (2014)

El Código del Niño y del Adolescente representa la legislación más completa de Bolivia en materia de derechos y protección de la niñez. El artículo 145 del Código prohíbe todas las formas de violencia contra los niños y proporciona una definición amplia que abarca la violencia física, psicológica y sexual. El artículo 153 profundiza en esto al establecer el derecho de los niños a vivir libres de violencia como un principio fundamental (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013)

De particular importancia es el artículo 188, que ordena la creación de Defensorías del Pueblo Especializadas para la Niñez y la Adolescencia en cada municipio. Esta disposición tiene como objetivo garantizar servicios de protección accesibles y especializados para los

niños en todo el país, incluidas las comunidades rurales e indígenas (Estado Plurinacional de Bolivia, 2014a).

- Ley 603: Nuevo Código de Familia y Procedimiento Familiar (2014)

El Código de Familia y de Procedimiento Familiar introduce importantes reformas a los procedimientos de los tribunales de familia, con importantes implicaciones para los casos de violencia doméstica y protección infantil. El artículo 389 del Código establece procedimientos acelerados para los casos de violencia doméstica, reconociendo la necesidad de una acción judicial rápida para proteger a las víctimas. El artículo 435 permite la imposición de medidas de protección inmediata para niños en riesgo, proporcionando una herramienta fundamental para garantizar la seguridad infantil en situaciones de emergencia (Estado Plurinacional de Bolivia, 2014b).

#### **4.4. Desafíos de implementación**

A pesar de la amplitud del marco legal boliviano para la protección infantil, persisten importantes desafíos de implementación que potencialmente comprometen la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales e internacionales de proteger los derechos de los niños.

- Capacidad institucional y limitaciones de recursos

Un informe de 2020 de la Defensoría del Pueblo revela que solo el 53% de los municipios bolivianos cuentan con Defensorías Especializadas de la Niñez y la Adolescencia en pleno funcionamiento, a pesar del claro mandato establecido en el artículo 188 de la Ley 548 (Defensoría del Pueblo, 2020). Esta brecha en la implementación es particularmente pronunciada en las comunidades rurales e indígenas, donde el aislamiento geográfico y las limitaciones de recursos plantean barreras importantes para el establecimiento y operación de estos mecanismos de protección críticos.

La funcionalidad limitada de estas oficinas especializadas no solo contraviene la legislación nacional, sino que también viola potencialmente las obligaciones de Bolivia en virtud del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que exige que los Estados adopten todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo apropiadas para la implementación de derechos del niño (Naciones Unidas, 1989).

- El interés superior de la niñez

Los estándares internacionales puntualizan la protección de la niñez (art. 3, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño).

El interés que se destaca debe hacerse efectivo en la formación judicial especializada en derechos del niño y temas de violencia doméstica, sin embargo, los estudios indican deficiencias persistentes (Camacho, 2018). Esta brecha en la experiencia potencialmente socava el principio del interés superior del niño, una piedra angular tanto de la ley boliviana (artículo 60 de la Constitución) como de la falta de conocimientos especializados entre jueces y otros profesionales del derecho puede llevar a una aplicación inconsistente de medidas de protección y a una consideración insuficiente de las vulnerabilidades únicas de los niños en casos de violencia doméstica. Esta deficiencia compromete la calidad de la toma de decisiones judiciales y plantea preocupaciones sobre el cumplimiento por parte de Bolivia de sus obligaciones bajo el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que insta a que los estados adopten medidas especiales de protección para los niños (Organización de Estados Americanos, 1969).

A pesar de las disposiciones legales que exigen procedimientos acelerados en casos que involucran niños y violencia doméstica, persisten retrasos significativos en los procesos judiciales (Ministerio de Justicia, 2018). Estos retrasos plantean serias preocupaciones sobre el debido proceso y pueden violar el derecho a un rápido acceso a la justicia, protegido por el artículo 115 de la Constitución boliviana y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los procedimientos judiciales prolongados no solo exacerban el trauma experimentado por los niños víctimas, sino que también aumentan el riesgo de exposición continua a la violencia. Esta situación potencialmente contraviene las obligaciones de Bolivia bajo el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger a los niños de todas las formas de violencia (Naciones Unidas, 1989).

#### **4.5. Mecanismos de aplicación y coordinación interinstitucional**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) ha observado mecanismos débiles para hacer cumplir las órdenes de protección en Bolivia, lo que representa una falla crítica en la implementación práctica de las protecciones legales. Esta debilidad expone potencialmente a los niños a un riesgo continuo de violencia, contraviniendo el deber de debida diligencia del Estado en la prevención y respuesta

a la violencia doméstica, según lo establecido en la “Convención de Belém do Pará” (Organización de Estados Americanos, 1994).

La ejecución eficaz de las órdenes de protección requiere una sólida coordinación interinstitucional, en particular entre el poder judicial, las fuerzas del orden y los servicios sociales. Sin embargo, el sistema actual en Bolivia se caracteriza por la fragmentación y la comunicación insuficiente entre las instituciones relevantes, lo que compromete la capacidad del Estado para brindar protección integral y oportuna a los niños en riesgo (Ministerio de Justicia, 2018).

#### **4.6. Barreras socioculturales y normalización de la violencia**

La subordinación de las mujeres a los hombres era una norma cultural, reflejada en la violencia doméstica y la falta de protección hacia las mujeres de muchos de los desafíos de implementación está la persistente normalización de la violencia contra los niños en algunos sectores de la sociedad boliviana. Las actitudes culturales que ven el castigo corporal como una forma aceptable de disciplina o que priorizan la unidad familiar sobre la seguridad individual pueden impedir la implementación efectiva de protecciones legales (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2019).

Estas barreras socioculturales no solo afectan las tasas de denuncia y los comportamientos de búsqueda de ayuda, sino que también influyen en las actitudes de los profesionales de servicios legales y sociales encargados de implementar medidas de protección. Abordar estas normas culturales profundamente arraigadas requiere una comprensión multifacética, que combine la aplicación de la ley con iniciativas educativas y de sensibilización.

#### **4.7. Discusión**

Desde la teoría del derecho, se reconoce la necesidad de entender el concepto de “familia” de una manera amplia e inclusiva, lo que es fundamental para proteger a los menores en situaciones de violencia intrafamiliar. Ello conlleva que las medidas de protección deben aplicarse tanto en familias tradicionales como en aquellas unidas por lazos de afecto. De este modo, el Estado puede garantizar que cualquier niño o niña expuesto a la violencia, ya sea física, psicológica, económica o de otra índole, esté protegido. Así, no se trata solo de brindarles cuidado, sino de tratarlos como titulares de derechos, tal como establece la Convención de los Derechos del Niño.

En línea con este principio, tanto la Convención de los Derechos del Niño como las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son claras al respecto:

la protección de los derechos de los niños debe ser una prioridad para los Estados. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte enfatiza que la protección de los menores no es solo deseable, sino un deber del Estado. Además, la Convención de Belém do Pará introduce una dimensión esencial al reconocer que los niños expuestos a la violencia ejercida contra sus madres también son víctimas directas de esa violencia. Esto subraya la necesidad de una protección integral que abarque a los menores y sus contextos familiares.

En el ámbito constitucional, la Constitución boliviana de 2009 refuerza esta perspectiva de protección y los artículos 15 y 60 establecen claramente la obligación del Estado de proteger a los niños contra cualquier forma de violencia y de garantizar su bienestar. En coherencia con estos artículos, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la sentencia SCP 0206/2014, reafirma que la protección infantil no solo es un derecho, sino un valor constitucional fundamental que debe orientar las políticas y decisiones estatales.

No obstante, la coexistencia de la justicia ordinaria y la justicia indígena en Bolivia presenta desafíos, especialmente en cuanto a la protección de menores en situaciones de violencia. Si bien el sistema de justicia indígena es legítimo y reconocido en el marco constitucional, en ocasiones puede entrar en conflicto con las normas nacionales e internacionales de protección infantil. Ello pone de relieve la urgencia de establecer protocolos claros y efectivos que permitan que ambos sistemas trabajen de forma colaborativa, asegurando que los derechos de los niños se respeten sin importar el contexto cultural o jurisdiccional en el que se encuentren.

En cuanto a la legislación específica, Bolivia cuenta con la Ley 348 y el Código del Niño y del Adolescente, que establecen medidas concretas para proteger a los menores en casos de violencia doméstica. La Ley 348, por ejemplo, considera a los hijos de mujeres víctimas de violencia como víctimas indirectas y establece mecanismos de protección inmediata. A su vez, el Código del Niño y del Adolescente prohíbe toda forma de violencia contra los menores y garantiza una red de apoyo a nivel municipal, subrayando la seriedad y urgencia con que el Estado debe atender estos casos.

Sin embargo, existen obstáculos significativos para la plena aplicación legal, debido a la insuficiencia de recursos y personal capacitado, particularmente en áreas rurales, lo cual limita la cobertura de las defensorías especializadas en la niñez. Asimismo, muchos jueces carecen de formación específica en derechos de los niños, lo que puede conducir a decisiones judiciales inconsistentes. Además, los retrasos en el sistema judicial agravan la situación, dejando a los menores en una posición vulnerable y sin la protección inmediata que requieren.

Para lo precedente, es fundamental que las organizaciones que trabajan con y para la infancia adopten políticas de protección adecuadas y dispongan de mecanismos para proteger a los niños de la violencia en sus hogares. Es vital ir mejorando las leyes que reconozcan y protejan los derechos de los niños expuestos a la violencia de género. La actuación de los tribunales y las instituciones a cargo podrían aplicar reglas especiales con celeridad en los casos de custodia cuando hay violencia en el hogar, priorizando siempre la seguridad y el bienestar del menor.

## 5. Conclusiones

El marco legal de Bolivia para proteger a los niños expuestos a la violencia doméstica demuestra sólidos fundamentos constitucionales y legislativos que generalmente se alinean con los estándares internacionales de derechos humanos. El reconocimiento explícito de los derechos del niño en la Constitución de 2009, junto con una legislación integral como la Ley 348 y la Ley 548, proporciona una base sólida para la acción estatal en esta área crítica.

Sin embargo, persisten importantes desafíos de implementación, que potencialmente comprometen la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones legales de proteger los derechos de los niños. Estos desafíos abarcan dimensiones institucionales, procesales y socioculturales, lo que refleja la compleja interacción de factores que influyen en la realización de las protecciones legales en la práctica.

Abordar estos desafíos requiere un análisis multifacético que combine el fortalecimiento institucional, el desarrollo de capacidades y las iniciativas de cambio cultural. Al adoptar las recomendaciones descritas en este estudio, Bolivia puede mejorar significativamente su capacidad para traducir su sólido marco legal en una protección efectiva para los niños expuestos a la violencia doméstica, cumpliendo así tanto con sus mandatos constitucionales como con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.

Las investigaciones futuras deberían centrarse en evaluar los impactos a largo plazo de las reformas implementadas en los resultados de protección infantil, explorar modelos innovadores para la prestación de servicios en entornos con recursos limitados y examinar estrategias para armonizar los esfuerzos de protección infantil con el marco legal plurinacional e intercultural de Bolivia.

Se subraya la importancia de la interdisciplinariedad para abordar la violencia intrafamiliar, involucrando a profesionales de diversas áreas como la psicología, el trabajo social, la educación y el derecho. Dicho enfoque interdisciplinario permite

una comprensión integral de la problemática, considerando los factores individuales, familiares y sociales que contribuyen a la violencia, y facilitando la implementación de estrategias de intervención más efectivas.

En dicho contexto, el interés superior del niño se consagra como el principio rector en la aplicación de medidas de protección, estableciéndose que la doctrina entiende el interés superior del niño como un concepto dinámico y flexible que debe adaptarse a las necesidades específicas de cada caso, considerando su bienestar físico, emocional, social y cultural. La aplicación de este principio en la práctica judicial se traduce en la implementación de medidas que priorizan la seguridad, el desarrollo integral y el bienestar del menor, incluso si esto implica la separación de su familia de origen.

Finalmente, se aboga por la implementación de medidas de protección integrales que aborden no solo las consecuencias inmediatas de la violencia, sino también las causas subyacentes y los factores de riesgo. Esto se traduce en la articulación de diversas medidas cautelares y accesorias, que van desde la prohibición de acercamiento del agresor hasta la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. La finalidad última de estas medidas es romper el ciclo de la violencia, proteger a la víctima, y promover la reconstrucción del núcleo familiar en un entorno seguro y libre de maltrato.

Al priorizar la protección infantil en el contexto de la lucha contra la violencia de género, Bolivia puede dar pasos significativos hacia la creación de una sociedad más segura e inclusiva para sus miembros más jóvenes.

En última instancia, la protección de los niños contra la violencia doméstica no es simplemente una obligación legal sino un imperativo moral que habla de los valores fundamentales de la sociedad boliviana. Al fortalecer la implementación de su marco legal, Bolivia tiene la oportunidad de establecer un estándar regional para la protección infantil y demostrar su compromiso de fomentar el pleno potencial de sus ciudadanos más jóvenes.

### Referencias

- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2014). Ley 548: Código Niña, Niño y Adolescente. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2014). Ley 603: Código de las Familias y del Proceso Familiar. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2013) Ley 348: Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia. Gaceta Oficial de Bolivia.

- Asociación Ayuda en Acción. (2018). *Tipos de violencia contra las mujeres*. <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/mujer/tipos-violencia-mujeres>
- Camacho, R. (2018). Desafíos en la implementación judicial de medidas de protección para niños expuestos a violencia doméstica en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, 25, 320-343.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Violencia y discriminación contra mujeres y niñas: mejores prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe. OEA/ Ser.L /V/II. Doc. 233.
- Constitución Política del Estado. (2009). Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, (2014, junio). Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bolivia.
- Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe Defensorial: Situación de las Defensorías de la Niñez y Adolescencia en Bolivia*. Defensoría del Pueblo.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2019). Barreras socioculturales y normalización de la violencia.
- Ministerio de Justicia. (2018). Protección jurídica de menores. Ministerio de Justicia de Bolivia.
- Miranda Parra, E. N. (2017). La aplicación del derecho de daños como garantía de los derechos de las familias en casos de alienación parental. *Revista Jurídica Derecho*, 6(7), 82-100. [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102017000200006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000200006&lng=es&tlng=es)
- Miranda Parra, E. N. (2022). Los derechos de los niños en Bolivia y el déficit en la definición de estándares de derechos humanos para su protección. *Tribuna Jurídica*, 3(4), 60-70. <https://dicyt.uajms.edu.bo/revistas/index.php/tribuna-juridica/article/view/1350>
- Naciones Unidas. (1989) . Convención sobre los Derechos del Niño.
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales* (8.ª ed.). Tecnos.
- Seura Gutiérrez, C. M. (2008). Las medidas de protección al niño, niña o adolescente en el ámbito de la violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del derecho de familia [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107851/de-seura\\_c.pdf](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107851/de-seura_c.pdf)



# LESIONES Y MUERTES POR ANIMALES BAJO CUSTODIA: ARTÍCULO 270 BIS DEL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS

*Paola Jimena Noya Cabrera\**

*Universidad Privada Domingo Savio*

*Santa Cruz de la Sierra– Bolivia*

*sc.paola.noya.c@upds.net.bo*

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5978-3007>

**Resumen:** El Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano regula las repercusiones legales de las lesiones y muertes causadas por animales bajo custodia, imponiendo penas que van desde la reclusión hasta la prohibición de tener animales, según la gravedad de los daños. Este estudio examina las implicaciones sociales y jurídicas de estas situaciones, enfocándose en el impacto del Artículo 270 bis. Utilizando un enfoque metodológico cualitativo, se analiza jurisprudencia y legislación comparada para evaluar la efectividad de esta normativa en la protección de la vida y la integridad de las personas, y se considera la responsabilidad de los dueños o cuidadores. Los resultados muestran percepciones variadas sobre el impacto del artículo en la frecuencia de incidentes con animales bajo custodia y la efectividad de las sanciones establecidas. Además, se examina la percepción pública sobre la gestión responsable de animales, revelando opiniones divididas y sugiriendo la necesidad de revisar y mejorar la legislación para garantizar su eficacia y relevancia en un contexto cambiante.

---

\* Magíster en Derecho Empresarial en la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (UPSA). Magíster en Administración en la Universidad Abierta de México. Estudios en la Maestría en Educación Superior orientada en la Investigación e Innovación en la Universidad Privada Domingo Savio (UPDS). Diplomado en Metodologías Activas y Tecnologías para la Educación y Formación del Docente en la Universidad Privada Domingo Savio (UPDS). Diplomado en Nuevo Código Procesal Civil Ley 439. Diplomado en Docencia Universitaria Basada en la Formación Por Competencias. Diplomado en Procesal Penal del Nuevo Código de Procedimiento Penal en la Universidad Franz Tamayo. Ha sido Fiscal de Materia de la Fiscalía Departamental de Santa Cruz. Abogada por la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (UPSA). Docente en pregrado en materia Derecho y Procedimiento Penal. Autora de artículos jurídicos en revistas especializadas de derecho penal.

**Palabras clave:** Lesiones, muerte, animales, custodia, código penal, implicaciones sociales, jurídicas.

## **INJURIES AND DEATHS DUE TO ANIMALS IN CUSTODY: ARTICLE 270 BIS OF THE BOLIVIAN PENAL CODE AND ITS SOCIAL AND LEGAL IMPLICATION**

**Abstract:** Article 270 bis of the Bolivian Penal Code regulates the legal repercussions of injuries and deaths caused by animals in custody, imposing penalties ranging from confinement to the prohibition of keeping animals, depending on the severity of the damage. This study examines the social and legal implications of these situations, focusing on the impact of Article 270 bis. Using a qualitative methodological approach, jurisprudence and comparative legislation are analyzed to evaluate the effectiveness of this regulation in protecting the life and integrity of people, and the responsibility of the owners or caregivers is considered. The results show varied perceptions about the impact of the article on the frequency of incidents with animals in custody and the effectiveness of the established sanctions. Furthermore, public perception of responsible animal management is examined, revealing divided opinions and suggesting the need to review and improve legislation to ensure its effectiveness and relevance in a changing context.

**Keywords:** Injuries, Deaths, Animals, Custody, Penal Code, Social Implications, Legal Implications.

### **1. Introducción**

El Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano regula las lesiones y muertes causadas por animales bajo custodia, estableciendo responsabilidades legales para sus tenedores o propietarios. Esta disposición responde a la creciente necesidad de abordar incidentes que generan riesgos significativos para la seguridad pública y el bienestar social. Según López Tur (2021), el marco normativo no solo busca prevenir daños, sino también promover la tenencia responsable, fomentando la conciencia sobre los deberes legales y éticos hacia los animales. Estas disposiciones destacan la importancia de garantizar la convivencia armónica entre humanos y animales en un contexto donde las interacciones son cada vez más frecuentes.

A nivel social, las lesiones causadas por animales, especialmente en áreas urbanas, plantean desafíos significativos para la salud pública y la percepción de seguridad. Lipa Quispe (2021) señala que las mordeduras de perros no solo afectan a las víctimas directas, sino que generan un impacto colectivo al aumentar el temor comunitario y la demanda

de medidas de control más estrictas. Además, las leyes existentes, como la Ley 553 sobre perros peligrosos, enfrentan dificultades en su implementación debido a limitaciones en recursos y falta de educación en la tenencia responsable. Este contexto refuerza la necesidad de interpretar y aplicar el Artículo 270 bis de manera adecuada y efectiva.

Este análisis se centra en las implicaciones sociales y jurídicas de esta normativa, evaluando su efectividad y proponiendo estrategias que combinen la regulación estricta con la sensibilización ciudadana. Como sugiere Buompadre (2023), es esencial un enfoque integral que incluya la educación sobre el cuidado responsable de los animales y la aplicación coherente de sanciones, considerando las circunstancias que puedan atenuar o agravar las responsabilidades legales. De esta manera, se busca garantizar tanto la protección de la comunidad como el respeto hacia los derechos de los animales, promoviendo una convivencia equilibrada en la sociedad boliviana.

## 2. Marco Teórico

El Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano establece un marco normativo que busca proteger la integridad física de las personas y promover la tenencia responsable de animales. Esta disposición refleja un cambio en el paradigma legal, reconociendo a los animales como seres sintientes capaces de experimentar dolor y sufrimiento, como argumenta Díaz (2019). Este enfoque no contrapone los derechos de los animales con la seguridad pública, sino que los integra, estableciendo una relación complementaria (Costoya, 2019). Según la norma, los propietarios de animales están obligados a prevenir daños a terceros, con sanciones penales y multas ante el incumplimiento. Peralta (2017) subraya que la interpretación de las lesiones requiere considerar factores agravantes o atenuantes, mientras que Carmona (2020) destaca el impacto de estos incidentes en la salud pública. Por su parte, Ingunza et al. (2020) plantean implicaciones legales al debatir sobre los animales como sujetos de derecho.

En concordancia, la Ley 700 enfatiza la prevención del maltrato y el bienestar animal como pilares de la tenencia responsable, un aspecto crucial en el análisis del Artículo 270 bis. Álvarez-Risco (2020) sostiene que clasificar investigaciones en este ámbito es fundamental para entender sus implicaciones legales y sociales. Bobi I Gibert et al. (2012) destacan que evaluar la legislación sobre agresividad animal puede mejorar su aplicación. Sin embargo, Calvo (2007) advierte que la falta de recursos y difusión afecta la eficacia normativa, y López Tur (2021) enfatiza la guarda responsable como una medida preventiva esencial. Estas perspectivas ilustran la complejidad del marco legal y su impacto en la convivencia humano-animal, subrayando la importancia de su correcta implementación.

En el ámbito internacional, la legislación comparada brinda valiosas lecciones. En Uruguay, la Ley 18471 establece sanciones específicas para el maltrato y promueve la tenencia responsable mediante la educación. En Colombia, el Código Penal tipifica el maltrato animal como delito sancionable con prisión (Padilla Villarraga, 2018). Estas normativas demuestran la relevancia de contar con leyes claras y especializadas, y sugieren la incorporación de buenas prácticas como la creación de unidades policiales y fiscales para investigar delitos contra animales. Este enfoque podría fortalecer la aplicación del Artículo 270 bis en Bolivia. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional, como la peruana, resalta la tendencia a reconocer a los animales como seres sintientes. Este marco se alinea con el concepto de “Una Sola Salud”, que vincula la salud humana, animal y ambiental. La inclusión de agravantes específicas, como casos de extrema crueldad, podría ser clave en futuras reformas al Código Penal Boliviano, impulsando una interpretación más protectora hacia los animales.

En Bolivia persisten desafíos significativos en la implementación de normativas que armonicen la protección animal y la seguridad pública. Gualda (2019) examina cómo la naturaleza jurídica de los animales influye en la efectividad de las leyes, mientras Padilla Villarraga (2018) destaca la necesidad de ajustar las normativas a contextos urbanos y densamente poblados, donde los riesgos son mayores. Cabe destacar que Felipa Blanco (2020) analiza la frecuencia de incidentes por mordeduras, reforzando la urgencia de estrategias efectivas.

Desde una perspectiva jurídica, el Artículo 270 bis representa un avance en la responsabilidad penal objetiva de los tenedores de animales. Su tipificación busca disuadir conductas negligentes y minimizar riesgos tanto para personas como para animales. Este enfoque podría enriquecerse integrando agravantes específicas y criterios de valoración del sufrimiento animal (Felipa Blanco, 2020), lo cual fortalecería su impacto legal y social. La educación y sensibilización son pilares fundamentales para garantizar la eficacia del Artículo 270 bis. Estrategias como la esterilización, vacunación y el entrenamiento de mascotas, complementadas con campañas de respeto hacia los animales, fomentan un cambio cultural profundo (Álvarez-Risco, 2020). Además, la capacitación técnica para jueces y fiscales es esencial para asegurar una aplicación uniforme de las disposiciones legales (Rojas y Quintana, 2022).

En conclusión, el Artículo 270 bis constituye un marco normativo prometedor que equilibra el bienestar animal con la seguridad pública. No obstante, su implementación efectiva requiere armonizar estándares internacionales, asignar recursos adecuados y promover un enfoque interdisciplinario que vincule la salud humana, animal y ambiental

(Orozco, 2021). Este esfuerzo integral podría transformar las relaciones humano-animal en Bolivia, fomentando una convivencia segura, respetuosa y sostenible.

### **3. Marco metodológico**

Esta investigación adoptó un enfoque cualitativo orientado a la producción de datos descriptivos, como son palabras y discursos de las personas, quienes se expresan de forma hablada y escrita (Pasin y Trabucco, 2000). Se recurrió a la encuesta como herramienta de recolección de la información mediante la aplicación de un cuestionario como instrumento documental. El cuestionario dispone de siete preguntas, se realizó en formato Google form y se administró de modo online. La difusión del cuestionario se hizo a través de WhatsApp. En primer lugar, se identifican los datos sociodemográficos, como la edad y la ocupación. En la segunda parte, se presentan preguntas de opción múltiple.

La investigación se clasifica como descriptiva, ya que se enfoca en cuantificar y exponer las dimensiones del fenómeno o contexto estudiado. Los datos recopilados se han empleado con el objetivo de analizar las lesiones y muertes causadas por animales bajo custodia, así como sus repercusiones sociales y jurídicas. Por otro lado, el diseño es observacional, ya que permite “la observación y registro” de acontecimientos sin intervenir en el curso natural de estos. Transversal porque este diseño recoge los datos en un solo momento y solo una vez.

La población de estudio estuvo conformada por estudiantes, docentes de la Universidad Domingo Savio de la sede Santa Cruz y profesionales independientes. Una vez determinada la población, se procedió a realizar el cálculo del tamaño óptimo para una muestra representativa, obteniendo un total de 184 individuos.

#### **3.1. Participantes**

Las personas participantes se seleccionaron de forma incidental, con un criterio de edades comprendidas entre los 18 y los 45 años. El total de participantes consistió en 184 personas: 105 mujeres y 79 hombres, con una edad media de 24 años.

#### **3.2. Registro de datos**

En este estudio se presentan los resultados mediante figuras. La primera figura aborda la percepción sobre la eficacia del Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano en la prevención de lesiones y decesos causados por animales bajo custodia. Se revela que el 48,9% de los encuestados considera que este artículo representa un avance, aunque enfatizan la necesidad de mayor promoción y educación para su plena efectividad. Por otro lado,

el 41,3% opina que, en teoría, la ley es efectiva, pero su impacto real se ve limitado por la falta de conciencia en la población. Solo un 9,8% percibe la norma como disuasoria, aunque su aplicación es restringida por la escasez de recursos. Estos hallazgos evidencian una discrepancia significativa entre la legislación y su implementación, subrayando la importancia de la educación y los recursos para garantizar la efectividad de las leyes que protegen a la comunidad de los riesgos asociados con animales domésticos o en custodia humana.

Para examinar cuáles son los métodos más adecuados para evaluar la incidencia de casos relacionados con el Artículo 270 bis y su impacto en la sociedad boliviana, se observa que un porcentaje significativo del 32,1% de los encuestados muestra preferencia por el análisis estadístico de datos provenientes de fuentes policiales y judiciales. Otro grupo considerable, el 20,7%, favorece la realización de sondeos poblacionales para captar la percepción pública, mientras que el 27,2% se inclina por estudios de caso que ofrezcan una comprensión detallada de contextos específicos. Un 20,1% considera crucial llevar a cabo entrevistas con víctimas y propietarios de animales para entender las consecuencias personales y sociales. Este enfoque hacia datos cuantitativos y objetivos sugiere una tendencia a buscar información precisa que respalde la formulación de políticas efectivas, resaltando la necesidad de estrategias que integren diferentes métodos de investigación para abordar el problema con mayor profundidad.

La implementación del Artículo 270 bis ha suscitado un debate considerable sobre su impacto en la frecuencia de incidentes con animales bajo custodia. Según la encuesta realizada, el 41,8% de los encuestados no ha percibido un cambio significativo, lo que sugiere que el artículo podría no haber tenido la influencia esperada en la práctica cotidiana. En contraste, el 28,3% afirma que los incidentes han disminuido notablemente, lo cual es un dato alentador respecto de la efectividad de la legislación. Sin embargo, el 17,4% reporta un aumento en los incidentes, lo que indica que el artículo podría no estar siendo aplicado adecuadamente o que otros factores están influyendo en este incremento. Curiosamente, el 12,5% atribuye la disminución de incidentes más a campañas de concienciación que al propio artículo. Estos resultados reflejan una diversidad de experiencias y percepciones que subrayan la complejidad de evaluar el impacto de las medidas legislativas en el bienestar animal, destacando la necesidad de un análisis más profundo y contextualizado para comprender plenamente los efectos de la normativa.

El Artículo 270 bis ha generado un impacto significativo en la percepción pública sobre la gestión responsable de animales. Según los datos, el 33,2% de los encuestados no percibe un cambio sustancial en la conciencia social, lo que podría indicar una falta de difusión o comprensión de la normativa. Sin embargo, el 31% reconoce que la legislación

ha polarizado opiniones, sugiriendo que ha actuado como un detonante para el debate sobre la custodia animal. Asimismo, el 19% considera que ha impulsado una discusión necesaria sobre la tenencia responsable, elevando así la conciencia sobre este tema. Por otro lado, el 16,8% observa que los dueños de mascotas han tomado medidas proactivas en respuesta a las directrices legales, demostrando una adaptación positiva a las exigencias del artículo. Estos hallazgos indican que el impacto del Artículo 270 bis ha sido diverso, abarcando desde la indiferencia hasta la acción proactiva, y su influencia en la conciencia social está determinada por la interacción entre la legislación y su recepción por parte del público.

La encuesta presentada ofrece una perspectiva diversa sobre la adecuación de las reparaciones del daño establecidas por el Artículo 270 bis para las víctimas de ataques de animales. Un 33,2% de los participantes opina que la reparación es justa y proporciona una compensación adecuada. Sin embargo, un 19% sugiere que debería ser más flexible, considerando la situación económica de los propietarios de los animales. Otro 19% la considera insuficiente, argumentando que no cubre todas las consecuencias a largo plazo del incidente. Por otro lado, un 28,8% percibe que la reparación es más simbólica que efectiva y necesita revisión. Estos datos indican que la percepción sobre la idoneidad de la reparación es diversa, sugiriendo la necesidad de un análisis más detallado para asegurar que la legislación cumpla su propósito de manera justa y eficaz.

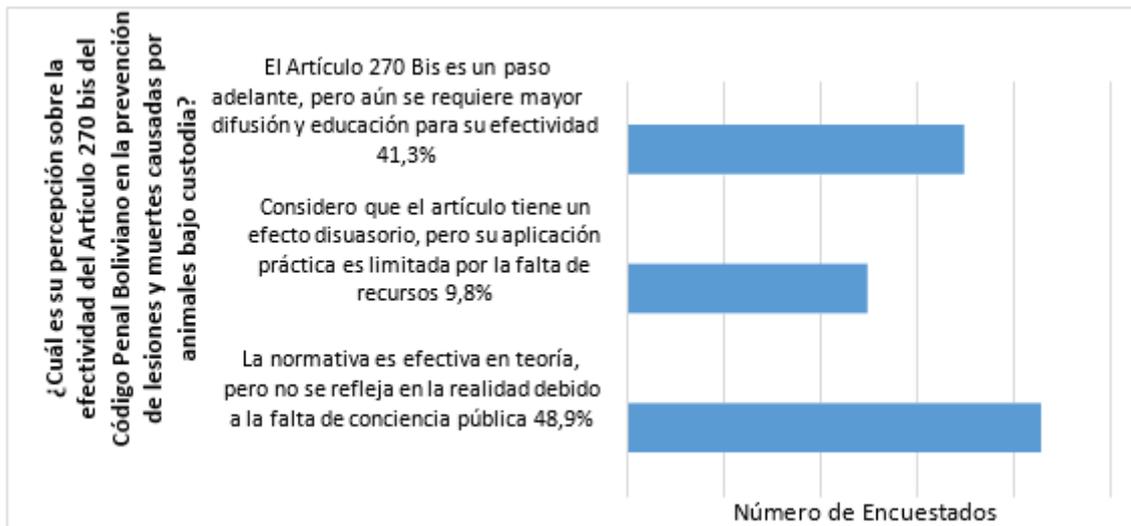
El Artículo 270 bis busca conciliar la protección de la vida animal con la seguridad pública. Un 41,8% de los encuestados considera que el artículo logra un equilibrio satisfactorio entre estos aspectos. Sin embargo, un 27,2% opina que se podría mejorar mediante la inclusión de prácticas más completas. Además, el 16,3% percibe que el artículo se inclina demasiado hacia la seguridad pública, posiblemente a expensas de los derechos animales. Finalmente, un 14,7% lo compara con legislaciones internacionales, pero no lo considera excepcional. Este análisis sugiere que, aunque el Artículo 270 bis es generalmente bien valorado, existe consenso sobre la necesidad de mejoras que integren mejor los derechos de los animales y reflejen las mejores prácticas internacionales.

Los datos recabados ofrecen una visión multifacética respecto a la percepción de la eficacia del Artículo 270 bis: ha sido percibido como un avance significativo por casi la mitad de los encuestados (48,9%), quienes destacan la necesidad de mayor promoción y educación para su efectividad total. Sin embargo, un 41,3% cree que, aunque la ley es teóricamente efectiva, su alcance real se ve limitado por la falta de conciencia en la población. Un pequeño porcentaje (9,8%) considera que la norma tiene un carácter disuasivo, pero su aplicación es restringida por la falta de recursos. Estos resultados reflejan una discrepancia entre la legislación y su ejecución práctica, lo que subraya la

importancia de la educación y la asignación de recursos adecuados, como se ejemplifica en la Figura 1.

### Figura 1

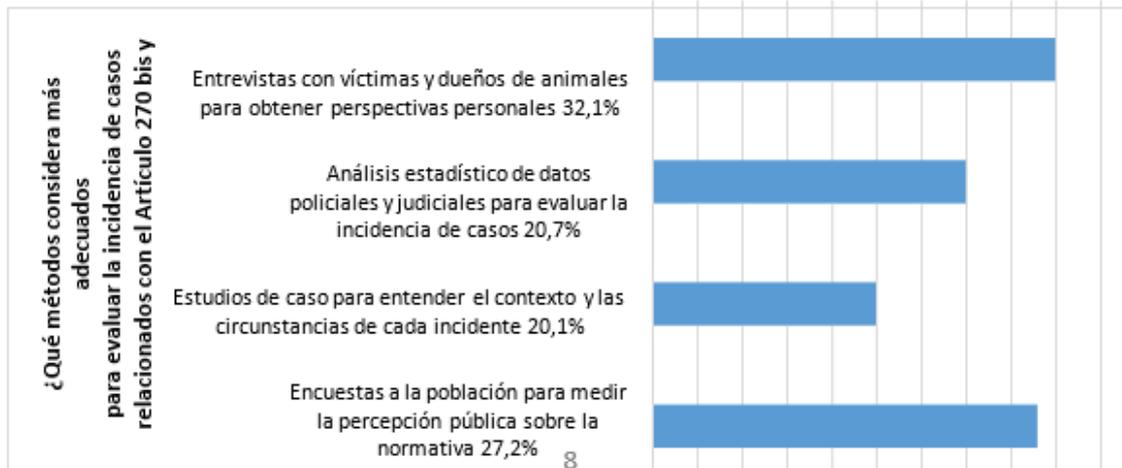
*Percepción sobre la Efectividad del Artículo 270 bis del Código Penal boliviano*



La Figura 2 muestra que el 32,1% de los encuestados considera prioritario el análisis estadístico de datos policiales y judiciales para evaluar la incidencia del Artículo 270 bis, seguido por estudios de caso (27,2%) y sondeos poblacionales (20,7%). Un 20,1% destaca la relevancia de entrevistas a víctimas y propietarios de animales. Esta diversidad metodológica, que integra datos cuantitativos y enfoques cualitativos, subraya la necesidad de abordajes mixtos para una evaluación integral y la formulación de políticas basadas en evidencia.

**Figura 2**

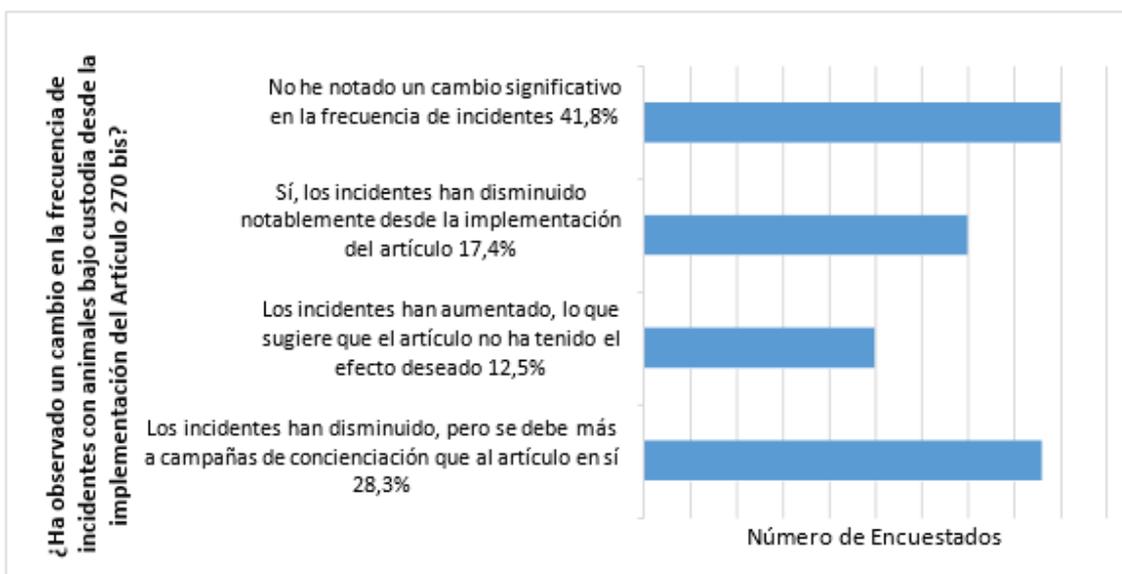
*Preferencias metodológicas para evaluar la incidencia del Artículo 270 bis en Bolivia*



El análisis del impacto del Artículo 270 bis en la frecuencia de incidentes relacionados con animales revela resultados contrastantes. Tal como se aprecia en la Figura 3, según los datos de la encuesta, el 41,8% no ha notado un cambio significativo en la frecuencia de incidentes tras la implementación del Artículo 270 bis, lo que podría indicar que la ley no ha tenido el impacto esperado en la práctica cotidiana. No obstante, un 28,3% reportó una disminución notable de incidentes, mientras que 17,4% observa un aumento en estos casos, lo que sugiere que la ley podría no estar siendo aplicada adecuadamente o que otros factores están influyendo. Adicionalmente, un 12,5% atribuye la disminución de incidentes a campañas de concienciación más que a la ley misma. Estos hallazgos subrayan la necesidad de evaluar integralmente la interacción entre la legislación, su implementación y variables externas para optimizar su impacto.

### Figura 3

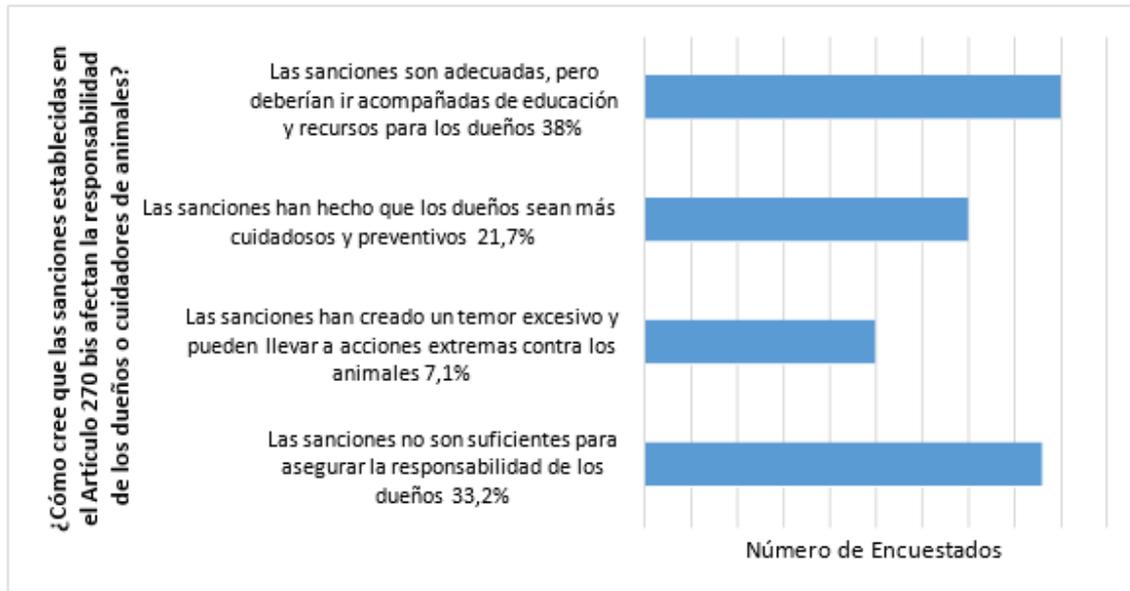
*Cambios en la frecuencia de incidentes con animales tras la implementación del Artículo 270 bis*



Respecto a la influencia del Artículo 270 bis en la conducta de propietarios y encargados de animales, el estudio refleja opiniones heterogéneas. En el detalle de los datos en la Figura 4, el 38% de los encuestados cree que las penalizaciones actuales son insuficientes para asegurar una responsabilidad adecuada, señalando la necesidad de estrategias adicionales para fortalecer la protección animal. Un 33,2% opina que las sanciones son apropiadas, pero deben ir acompañadas de programas educativos y asistencia material. Un 21,7% percibe que las sanciones han llevado a los propietarios a ser más cuidadosos y proactivos, mientras que 7,1% argumenta que las sanciones han generado temor excesivo, afectando negativamente el bienestar animal.

**Figura 4**

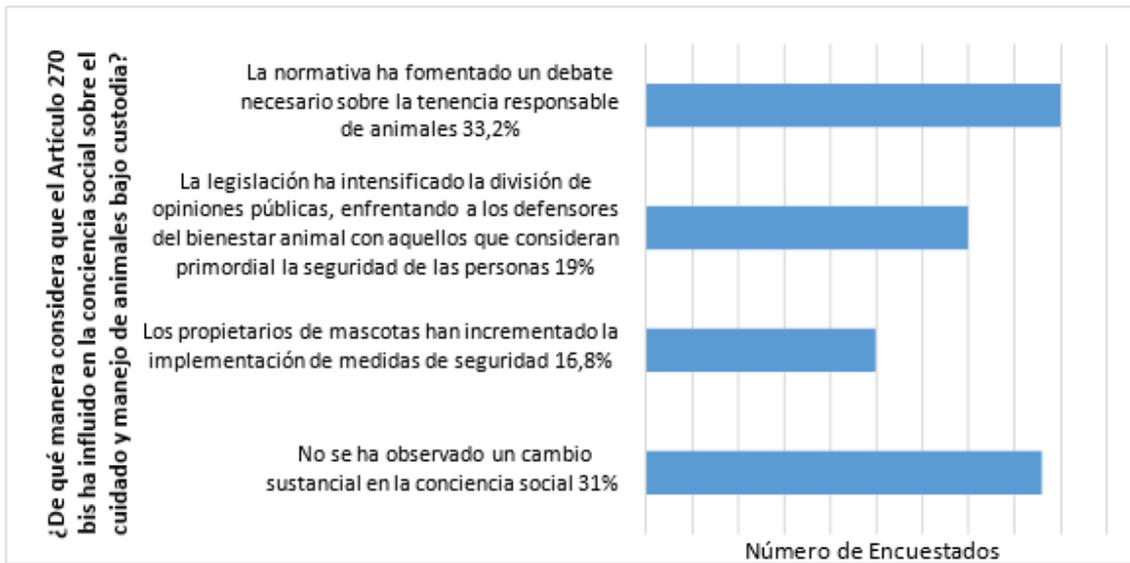
*Sanciones del Artículo 270 bis en la responsabilidad de dueños/cuidadores de animales*



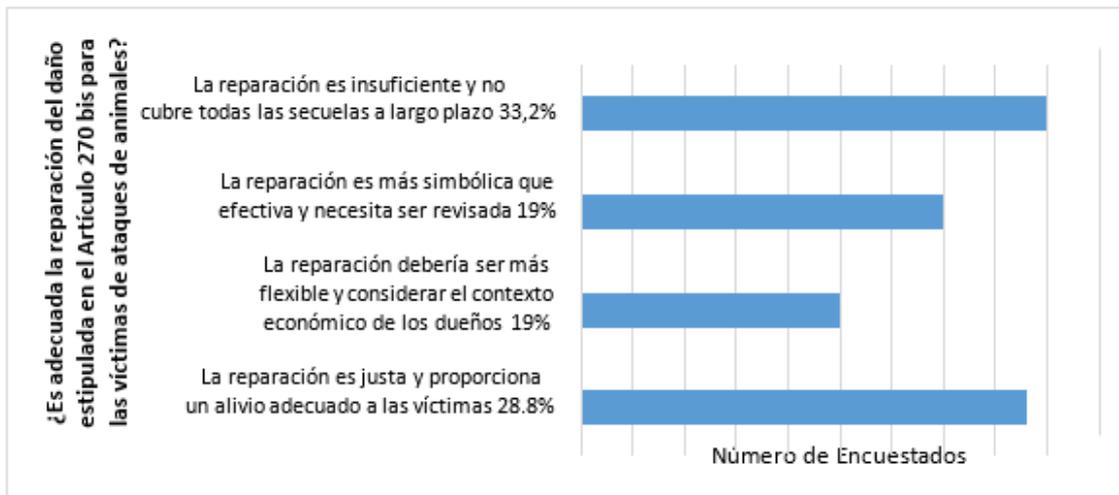
El análisis del impacto del Artículo 270 bis en la percepción pública y la gestión responsable de animales revela un escenario multifacético. Según los datos recopilados el 33,2% de los encuestados no percibe un cambio en la conciencia social tras la implementación de la normativa, mientras que un 31% reconoce que la legislación penal ha polarizado opiniones, sirviendo como detonante para el debate sobre la custodia animal. Por otro lado, el 19% considera que el artículo ha impulsado una discusión necesaria sobre la tenencia responsable, y un 16,8% observa que los dueños de mascotas han tomado medidas proactivas en respuesta a las directrices legales. Estos resultados en la Figura 5 subrayan la importancia de considerar la variedad de perspectivas y reacciones en la implementación de leyes relacionadas con la protección animal.

**Figura 5**

*Impacto del Artículo 270 bis en la conciencia social sobre el cuidado y manejo de animales bajo custodia*



Finalmente, en cuanto a la adecuación de las reparaciones del daño establecidas por el Artículo 270 bis, los resultados reflejan una división significativa en las percepciones de los encuestados. Según los datos, el 33,2% considera que las reparaciones son justas y proporcionan una compensación adecuada a las víctimas. Sin embargo, un 28,8% percibe que estas medidas son más simbólicas que efectivas, señalando la necesidad de una revisión estructural. Por otro lado, el 19% de los participantes las califica directamente como insuficientes. Estos resultados que pueden observarse en la Figura 6, indican una percepción diversa sobre la idoneidad de la reparación del daño, sugiriendo la necesidad de un análisis más detallado para garantizar que la legislación sea justa y eficaz.

**Figura 6***Evaluación de las reparaciones del daño establecidas por el Artículo 270 bis*

#### 4. Análisis

La exploración de los resultados en torno al Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano y sus implicaciones sociales y jurídicas proporciona una comprensión detallada y amplia sobre la percepción y efectividad de esta disposición legal. Las lesiones y muertes causadas por animales bajo custodia, representa una esfera crítica de estudio que entrecruza el bienestar animal y la seguridad pública. Este artículo tiene como objetivo establecer responsabilidades claras para los propietarios o cuidadores de animales, equilibrando la salvaguarda de los derechos de los animales con la protección de la comunidad. Costoya (2019) enfatiza la necesidad de comprender las implicaciones jurídicas de esta normativa, mientras que Tupac Perez (2023) profundiza en la responsabilidad penal por el incumplimiento de medidas especiales en la tenencia de animales potencialmente peligrosos.

No obstante, la implementación efectiva de estas disposiciones legales enfrenta diversos desafíos, como sugiere la investigación de Peralta (2017) sobre la interpretación legal de las lesiones causadas por animales en Bolivia. Además, las percepciones y experiencias de la comunidad respecto a la efectividad del Artículo 270 bis son diversas, tal como señalan Olmos et al. (2023) en su estudio sobre las lesiones ocasionadas por mordeduras de perros en Bolivia. Estas divergencias subrayan la necesidad de considerar múltiples perspectivas y factores al evaluar el impacto y la aplicación de esta legislación.

En primer lugar, es crucial examinar cómo las opiniones de los encuestados reflejan la percepción general sobre la eficacia del artículo en la prevención de lesiones y muertes ocasionadas por animales bajo custodia. Aunque un porcentaje significativo considera

que el artículo representa un avance, existe una clara discrepancia entre la percepción teórica de la ley penal y su implementación práctica. Esto resalta la necesidad de una mayor educación y promoción para garantizar una aplicación efectiva de la legislación y una conciencia pública más amplia sobre la responsabilidad de los propietarios de animales.

En cuanto a los métodos de evaluación de la incidencia del artículo, se observa una preferencia por enfoques cuantitativos y objetivos, lo que sugiere la importancia de utilizar datos concretos para informar políticas y medidas futuras. Esto indica la necesidad de recopilar y analizar datos estadísticos y casos específicos para comprender la magnitud y naturaleza de los incidentes relacionados con animales bajo custodia.

La percepción sobre el impacto del artículo en la frecuencia de incidentes revela una diversidad de experiencias entre los encuestados. Mientras que algunos reportan una disminución en los incidentes, otros observan un aumento o no perciben cambios significativos. Esto sugiere que la efectividad del artículo puede estar influenciada por una variedad de factores, incluyendo su implementación y ejecución adecuadas, así como la conciencia y comportamiento de la comunidad.

En lo que respecta a la conducta de los propietarios y encargados de animales, se evidencia una diversidad de opiniones sobre la idoneidad de las penalizaciones establecidas. Esto subraya la complejidad de abordar la protección animal desde una perspectiva legislativa, donde se deben considerar múltiples factores para lograr resultados efectivos. La percepción pública y la gestión responsable de los animales también muestran una variedad de opiniones entre los encuestados, lo que destaca la importancia de considerar la diversidad de perspectivas y reacciones en la implementación de leyes relacionadas con la protección animal. Finalmente, en relación con la adecuación de las reparaciones del daño establecidas por el artículo, los datos indican una percepción diversa entre los participantes, lo que destaca la importancia de un análisis más detallado para garantizar que las medidas de reparación sean justas y efectivas para las víctimas de abuso animal.

En conjunto, la discusión sobre las implicaciones sociales y jurídicas de las lesiones y muertes por animales bajo custodia requiere un enfoque integral que incorpore datos objetivos, análisis jurídicos y consideraciones éticas. La interacción entre la legislación, la percepción pública y el bienestar animal es compleja y dinámica, como lo indican Silva (2018) y Vera Alvarado (2020) en sus respectivos estudios sobre los derechos de los animales y la necesidad de establecer unidades especializadas para atender casos de maltrato animal en Bolivia. En este contexto, es imperativo llevar a cabo una revisión constante de la legislación y la implementación de medidas que fomenten una convivencia segura y responsable entre humanos y animales.

Además de los desafíos mencionados, es crucial destacar la importancia de abordar la falta de recursos y capacidades en la aplicación efectiva de la ley. Esto se refleja en la investigación de López Tur (2021), quien señala la necesidad de asignar recursos adecuados para garantizar una implementación efectiva de las disposiciones legales relacionadas con la protección animal. Asimismo, la falta de conciencia pública y educación sobre la responsabilidad de los propietarios de animales también es un factor significativo que influye en la efectividad del Artículo 270 bis, como lo destaca Carmona (2020) en su tesis sobre los animales de compañía en la ciudad de Esperanza.

Por otro lado, es esencial considerar la dimensión ética de la protección animal y la necesidad de promover una cultura de respeto hacia los animales en la sociedad. En este sentido, Gualda (2019) aborda la naturaleza jurídica del animal y su reconocimiento como sujeto de derecho, lo que plantea importantes reflexiones sobre el estatus legal de los animales y su protección en el marco legal boliviano. En última instancia, una aproximación holística que integre aspectos legales, sociales, éticos y educativos es fundamental para abordar de manera efectiva las implicaciones de las lesiones y muertes por animales bajo custodia.

## 5. Conclusión

El Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano representa un esfuerzo significativo para abordar las complejas interacciones entre humanos y animales en el contexto urbano. La ley no solo establece la responsabilidad de los propietarios de animales en la prevención de daños a terceros, sino que también subraya la importancia de la tenencia responsable como un pilar para la seguridad pública y el bienestar animal. Las referencias a trabajos como los de Costoya (2019) y Lipa Quispe (2021) refuerzan la idea de que las lesiones causadas por animales, especialmente mordeduras de perros, son un problema de salud pública que requiere una gestión eficiente. La legislación busca equilibrar la protección de los derechos de los animales con la seguridad de las personas, lo que implica una interpretación legal cuidadosa de los incidentes y la consideración de circunstancias atenuantes o agravantes, como sugiere Peralta (2017).

La implementación del Artículo 270 bis enfrenta desafíos significativos en términos de aplicación efectiva y percepción pública. La investigación subraya la necesidad de una colaboración continua entre las autoridades, los propietarios de animales y la comunidad para garantizar la seguridad y el bienestar de todos los involucrados. Autores como Ingunza et al. (2020) y Buompadre (2023) destacan la importancia de considerar a los animales dentro del marco legal y ético, lo que puede influir en la aplicación de la ley. Además, la revisión de la legislación existente y la adaptación a un contexto cambiante son cruciales

para mantener la relevancia y efectividad de las medidas legales, como sugieren Padilla Villarraga (2018) y otros estudios. Esto incluye no solo la prevención de daños, sino también la promoción de una convivencia armónica entre humanos y animales.

La efectividad del Artículo 270 bis del Código Penal Boliviano es percibida de manera variada entre la población, lo que indica una brecha entre la teoría y la práctica. Casi la mitad de los encuestados ven la ley como un avance, pero reconocen la necesidad de una mayor promoción y educación para su implementación efectiva. La discrepancia entre la legislación y su aplicación práctica resalta la importancia crítica de la educación y la asignación de recursos. La diversidad de opiniones sobre la idoneidad de las penalizaciones y la percepción pública de la gestión responsable de los animales sugiere que la implementación de la ley debe ser acompañada de un enfoque integral que incluya educación, recursos adecuados y una evaluación continua de su impacto.

Los resultados del estudio reflejan la complejidad de evaluar la incidencia del Artículo 270 bis. La preferencia por métodos cuantitativos y objetivos para evaluar la ley sugiere la importancia de datos concretos en la formulación de políticas. La diversidad de percepciones sobre el impacto del artículo en la frecuencia de incidentes y la conducta de los propietarios de animales destaca la necesidad de considerar múltiples factores en la aplicación de la ley. La adecuación de las reparaciones del daño también requiere un análisis detallado para asegurar justicia y efectividad.

### Referencias

- Abello-Galvis, R., Arévalo-Ramírez, W., Olasolo, H., & Varón, A. (Eds.). (2020). *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional* (1.ª ed.). Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/urosario9789587845044>
- Almanza Altamirano, F. y Peña Gonzáles, O. (2010). *Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. Jurista Editores.
- Alvarez Risco, A. (2020). *Clasificación de las investigaciones*. Universidad de Lima. <https://es.scribd.com/document/531288925/CLASIFICACION-DE-LAS-INVESTIGACIONES-wecompress-com>
- Beristain, A.** (2022). Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, 772 páginas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 58(2). <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/9298>

- Blanco, F. y Verdú, J. (2020). *Heridas por mordedura de perro: Revisión exploratoria / Dog bite wounds: Scoping review* [Trabajo de fin de grado, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad de Alicante]. <http://hdl.handle.net/10045/107187>
- Bobi i Gibert, J., Marí Martorell, D. y Pons Cequier, M. (2012). *Agresividad canina: Legislación, deberes y ética* [Documento académico/Informe, Facultat de Veterinària], Universitat Autònoma de Barcelona.
- Buompadre, J. E. (2023). *Los delitos contra los animales: Análisis de la Ley N° 14-316/54 de malos tratos y actos de crueldad a los animales*. Ediciones Olejnik.
- Calvo Soler, R.** (2007). La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho. *Isonomía*, (27), 171-191. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182007000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200007)
- Cappadona, C. (2019). *Marco protectorio que poseen los animales no humanos en nuestro ordenamiento jurídico* [Trabajo final de grado, Universidad Siglo 21]. Repositorio Universidad Siglo 21. <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/16895>
- Carmona, J. F. (2020). *Los animales de compañía en la ciudad de Esperanza: Descripción del problema y su impacto sobre la salud pública* [Tesis de maestría, Universidad Nacional del Litoral]. <http://hdl.handle.net/2133/19222>
- Congreso de Colombia. (1989). *Ley 84 de 1989: Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales*.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000 (Julio 24): Por la cual se expide el Código Penal*.
- Congreso de Colombia. (2016). *Ley 1774 de 2016 (Enero 06): Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones*.
- Cortés Beltrán, S. (2020). Cuestiones de derecho internacional del derecho animal. En R. Abelló Galvis et al. (Eds.), *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional*. Editorial Universidad del Rosario.
- Costoya, M. (2019). Consecuencias jurídicas de lesiones y muertes por animales según el Código Penal Boliviano. *Anuario Jurídico Boliviano*, 31(2), 45–60.
- Díaz Videla, M. (2019). El valor de la vida de los animales de compañía. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, 6(1), 33. <https://www.researchgate.net/publication/335380951>

- Estado Plurinacional de Bolivia. (1972). *Código Penal Boliviano: Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972*.
- Expediente 00048–2004–PI/TC. (2005). *Caso Asociación de Protección y Bienestar Animal y Medio Ambiente contra Municipalidad Metropolitana Lima*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/06/Jurisprudencia-constitucional-sobre-casos-de-animales-LPDerecho.pdf>
- Fernández-Castanys, M. L. R. (2012). Animales potencialmente peligrosos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (39), 221–267.
- Gil Orozco, R. (2021). One Health: retos sanitarios presentes y futuros. *New Medical Economics*. <https://www.newmedicaleconomics.es/nuestros-encuentros-con-expertos/one-health-retos-sanitarios-presentes-y-futuros-2/>
- Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). *Ley 553 de 1 de agosto de 2014: Ley de Regulación de Tenencia de Perros Peligrosos*.
- Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. (2015). *Ley 700 de 1 de junio de 2015: Ley para la Defensa de los Animales contra Actos de Crueldad y Maltrato*.
- Gobierno de Uruguay. (2009). *Ley 18471 de 27 de marzo de 2009: Ley de Protección, Bienestar y Tenencia de Animales*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18471-2009>
- Gualda, C. S. (2019). *La naturaleza jurídica del animal y la ley 14.346* [Tesis de pregrado, Universidad Siglo 21]. Repositorio Universidad Siglo 21. <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/16111>
- Ingunza, B. F., Rospigliosi, E. V. y Valencia, P. F. (2020). Mesa redonda: ¿Los animales pueden ser considerados sujetos de derecho? *Ius Et Veritas*, (60), 246–257.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. *Lecciones y Ensayos*, 86, 187–211.
- Lipa Quispe, M. H. (2021). *La necesidad de implementar una norma jurídica para establecer obligaciones a los tenedores de animales de compañía o mascotas en el marco de la Ley 700* [Trabajo dirigido, Universidad Mayor de San Andrés]. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/29617>
- Llanos Medina, F. (2012). *Responsabilidad jurídica por la tenencia de animales potencialmente peligrosos* [Tesis de licenciatura, Universidad Mayor de San Andrés]. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/20217>

- López Tur, T. (2021). La guarda y custodia de los animales de compañía. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (18–19), 73–94. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8359985.pdf>
- Molina Torrico, P.M. (2023). *Propuesta de análisis crítico jurídico sobre lesiones gravísimas ocasionadas por canes* [Trabajo dirigido de grado, Universidad Mayor de San Andrés]. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/36388>
- Naser, M. M., & Martínez, J. L. (2017). Responsabilidad penal en ataques de perros. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2), 159–176. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200007>
- Olivera, A. D. (2021). *Derecho animal y responsabilidad penal del tenedor por hechos cometidos por animales* [Tesis de licenciatura, UNC]. <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/26088>
- Rengifo, L. (2017). La tenencia responsable de animales potencialmente peligrosos y su regulación jurídica. *Revista Jurídica del Perú*, 74(3), 105–120.
- Riquelme Silva, L. (2017). *El estatus jurídico del animal no humano en el derecho chileno* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146194>
- Rojas, S. M. (2021). *Lesiones personales por ataque de canes* [Trabajo de grado, UAGRM]. <http://repositorio.uagrm.edu.bo/handle/20.500.12780/31482>
- Romero, V. (2022). El estatus jurídico de los animales en el nuevo Derecho comparado. *Revista Latinoamericana de Derecho Animal*, 2(1), 20–35. <https://revistaderechoanimal.org/index.php/derechoanimal/article/view/12>
- Sánchez, C., & León, R. (2020). El principio de legalidad penal y su aplicación a los delitos cometidos por animales. *Revista Boliviana de Derecho Penal*, (10), 75–90.
- Soto Balbuena, C. (2021). *La tenencia irresponsable de perros como factor de riesgo penal* [Tesis de grado, Universidad Privada Boliviana]. <http://repositorio.upb.edu/handle/123456789/3640>
- Tavera, S., & Arévalo, H. (2020). La justicia penal en casos de maltrato animal: Un análisis desde el derecho comparado. *Revista Ius Animalium*, 12(1), 55–74.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Expediente 00048–2004–PI/TC. Caso Asociación de Protección y Bienestar Animal y Medio Ambiente contra Municipalidad Metropolitana Lima (Morales Dasso, J. M.). <https://img>.

[lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2023/06/Jurisprudencia-constitucional-sobre-casos-de-animales-LPDerecho.pdf](https://lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2023/06/Jurisprudencia-constitucional-sobre-casos-de-animales-LPDerecho.pdf)

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar. (Comentado por A. Beristain en *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, 58(2), 2022). <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/9298>



# EL MONO ARAÑA DE VIENTRE AMARILLO (*ATELES BELZEBUTH*): TRÁFICO, AMENAZAS Y PROTECCIÓN LEGAL EN EL PERÚ

*Walter Sánchez Sánchez\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

waltersanchezsanchez@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-7917-2769>

**Resumen:** El tráfico ilegal de vida silvestre es una actividad que genera fines lucrativos donde se involucra la captura, transporte y comercio de animales y plantas silvestres tanto vivos como productos derivados. Esta práctica ilícita afecta a miles de especies en todo el mundo, poniendo en peligro la biodiversidad, el equilibrio de los ecosistemas y la supervivencia de muchas especies en peligro de extinción en el mundo en general y en especial en Perú, pero además de ello, amenaza la salud pública, la seguridad y gobernanza de los Estados. A nivel internacional es considerada como una de las cuatro actividades ilegales más rentables del mundo. Esta problemática afecta a diversas especies en todo el mundo, y el mono araña de vientre amarillo (*Ateles belzebuth*), no es una excepción. Esta especie, conocida por su distintivo pelaje negro y amarillo en el vientre, se encuentra en peligro debido a la caza furtiva y el comercio ilegal. Su alto valor comercial se debe a sus importantes dotes: inteligencia, realización de habilidades acrobáticas y su capacidad para vivir en grupos sociales complejos, lo cual genera que sean buscados y vendidos como mascotas exóticas o para aprovechar sus partes y productos en el mercado ilegal. El tráfico de fauna silvestre de las poblaciones de mono araña de vientre amarillo genera un severo impacto en la supervivencia de sus poblaciones, la misma que tiene una influencia directa en los ecosistemas donde esta especie habite. La extracción de estos primates de su entorno natural puede causar desequilibrios ecológicos, ya que suelen ser dispersores de semillas, por lo que contribuyen a la regeneración de los bosques. Es necesario el fortalecimiento de las leyes sobre tráfico de especies de fauna silvestre, así como el trabajo para la educación, concientización sobre impactos negativos que trae esta actividad para las poblaciones locales, regionales y nacionales.

---

\* Doctor en derecho y Maestro en derecho y ciencias penales por la UNFV, estudio en el CAEN, con formación en la Escuela Nacional de la Magistratura de París, Escuela Nacional de Control; diversas pasantías internacionales en Chile, Colombia y Perú. Actualmente desempeña sus labores en la administración pública (Poder Judicial-Perú), como magistrado: juez superior provisional y juez titular especializado en lo penal. Docente universitario.

**Palabras clave:** Tráfico ilegal, fauna silvestre, *Ateles belzebuth*, mono araña, fiscalización.

## **THE YELLOW-TAILED SPIDER MONKEY (*ATELES BELZEBUTH*): TRAFFICKING, THREATS, AND LEGAL PROTECTION IN PERU**

**Abstract:** Illegal wildlife trafficking is an activity that generates profit, involving the capture, transport, and trade of both live animals and plants, as well as their derivative products. This illicit practice affects thousands of species worldwide, endangering biodiversity, the balance of ecosystems, and the survival of many endangered species globally, particularly in Peru. In addition, it threatens public health, safety, and the governance of states. On an international level, it is considered one of the four most profitable illegal activities in the world. This issue impacts various species around the globe, and the yellow-bellied spider monkey (*Ateles belzebuth*) is no exception. This species, known for its distinctive black and yellow fur on its belly, is endangered due to poaching and illegal trade. Its high commercial value is due to its remarkable traits: intelligence, acrobatic skills, and its ability to live in complex social groups, which makes them sought after and sold as exotic pets or for the exploitation of their parts and products in the illegal market. The trafficking of yellow-bellied spider monkey populations severely impacts the survival of their populations, which directly influences the ecosystems where this species resides. The removal of these primates from their natural environment can cause ecological imbalances, as they are seed dispersers and contribute to forest regeneration. Strengthening laws on wildlife species trafficking is essential, as is working on education and raising awareness about the negative impacts this activity brings to local, regional, and national populations.

**Keywords:** Illegal Trafficking, Wildlife, *Ateles Belzebuth*, Spider Monkey, Inspection.

### **1. Introducción**

La situación del mono araña de vientre amarillo (*Ateles belzebuth*) en el Perú representa una preocupación creciente dentro del ámbito de la conservación de la biodiversidad, debido a la intensa presión ejercida por la deforestación, la caza ilegal y el tráfico de fauna silvestre. Esta especie, catalogada como En Peligro Crítico por la Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), habita en bosques tropicales que actualmente se encuentran en proceso acelerado de degradación, principalmente en la Amazonía norte del país. A pesar de que el Perú ha ratificado convenios internacionales como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y ha promulgado normas

nacionales como la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763), la aplicación efectiva de estas disposiciones legales resulta aún limitada, en parte por la falta de vigilancia en zonas remotas y la débil articulación entre los niveles de gobierno. En este contexto, resulta fundamental examinar tanto el marco legislativo vigente como el impacto directo que estas condiciones socioambientales tienen sobre las poblaciones de *Ateles belzebuth*.

Este artículo emplea un enfoque mixto, combinando el análisis cualitativo de la legislación nacional e internacional aplicable con métodos cuantitativos de evaluación ecológica. Para la parte normativa, se ha realizado un análisis documental de leyes, decretos, tratados y planes nacionales de conservación, incluyendo entrevistas semiestructuradas a especialistas del Ministerio del Ambiente (MINAM), del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) y de organizaciones no gubernamentales (las ONG) ambientales. En el aspecto ecológico, se recurrió a datos secundarios de monitoreos poblacionales registrados por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) y publicaciones científicas sobre la distribución y abundancia del mono araña, complementados con herramientas de Sistemas de Información Geográfica (SIG) para identificar zonas críticas de deforestación superpuestas con el hábitat de la especie. Esta triangulación metodológica permite ofrecer una visión integral del problema, combinando perspectivas legales y ecológicas para sustentar recomendaciones orientadas a una gestión más eficaz y sostenible.

### 1.1. Realidad problemática

El tráfico de fauna silvestre del mono araña de vientre amarillo en el Perú es una realidad que alarma y preocupa. Esta especie, conocida científicamente como *Ateles belzebuth*, pero llamada cotidianamente como maquisapa de frente amarilla, es un grupo de la familia de maquisapas, las cuales son calificadas como muy difíciles de ser observadas en su medio natural debido a la escasez de población generada por la reducción de sus hábitats y el uso intensivo que se les dan a estas (Aquino y Encarnación, 2010).

Esta variedad de primate se encuentra ubicada y distribuida a nivel internacional en la región amazónica de los países de Ecuador, Colombia, Perú y Brasil. Sin embargo, es Perú el que albergaba una importante población de estos primates en las selvas tropicales de las ciudades de Loreto, Amazonas y San Martín (Ministerio del ambiente, 2016). Esta especie suele encontrarse mayormente en grupos que van de 2 a 11 individuos y, además de ello, acostumbran a tener mayor predisposición por habitar los territorios donde se presentan especies arbóreas que brindan frutos (aguajes, zapote, granadilla entre otros,) los cuales sirven como fuente principal de su régimen alimenticio, generando así, una

mayor exposición ante grupos humanos que atentan contra su existencia (Aquino y Bodmer, 2006).

El *Ateles belzebuth*, especie de primate altamente valorada en el mercado ilegal, es objeto de deseo debido a diversas razones. Su atractivo físico, marcado por un pelaje singular, se combina con su destacada inteligencia en la realización de actividades acrobáticas y su capacidad para vivir en complejos grupos sociales. Estas cualidades lo convierten en un objetivo preciado para los traficantes de animales silvestres, quienes ven en él una lucrativa oportunidad. Esta demanda tanto en el país como en el extranjero lo convierte en un blanco fácil para aquellos que buscan obtener beneficios económicos a través de su captura y venta.

Desafortunadamente, el proceso de captura implica el uso de métodos crueles y perjudiciales para los primates y sus grupos sociales. Los traficantes recurren a trampas o redes, ocasionando lesiones físicas traumáticas e incluso la mutilación o muerte de los animales en el afán de escapar. Este proceso despiadado no solo causa sufrimiento físico, sino que también tiene un impacto emocional y social significativo en la existencia y preservación de estos primates, al separarlos de sus grupos familiares.

El informe del Ministerio del Ambiente (2011) resalta la gravedad de esta situación, documentando cómo la caza furtiva y el tráfico ilegal amenazan la supervivencia de esta especie. Es fundamental abordar estas prácticas destructivas mediante acciones coordinadas que promuevan la protección y conservación del *Ateles belzebuth* y su hábitat natural. El comercio ilegal de mono araña de vientre amarillo también tiene consecuencias negativas para los ecosistemas amazónicos, dado que estos primates juegan un papel fundamental en la diseminación de semillas y en la renovación de los bosques. Su ausencia o disminución en el entorno natural puede llevar a un desequilibrio ecológico y afectar la biodiversidad de la región.

Considerando el valor comercial y la demanda creciente de los monos araña de vientre amarillo en el mercado ilegal, se puede hipotetizar que la presión ejercida por la caza furtiva y el tráfico de esta especie contribuye significativamente a la disminución de sus poblaciones en el Perú, lo que a su vez tiene repercusiones negativas en la salud de los ecosistemas amazónicos, debido a la reducción de su papel crucial en la dispersión de semillas y el mantenimiento de la biodiversidad. Además, el tráfico ilegal de esta especie también alimenta un ciclo de corrupción y criminalidad, ya que las redes de traficantes no solo se dedican a la captura y venta de estos primates, sino que también pueden estar involucradas en otras actividades ilícitas, como el tráfico de drogas y armas. Esta interconexión de actividades ilegales dificulta aún más la erradicación del comercio

de fauna silvestre y pone en riesgo la seguridad tanto de las comunidades locales como de las autoridades encargadas de combatir estas prácticas, lo que amplifica el impacto negativo del tráfico de monos araña de vientre amarillo, tanto a nivel ambiental como social (Ministerio del Ambiente. 2020).

## **1.2. La evolución de la categorización del atractivo mono araña de vientre amarillo (*Ateles belzebuth*)**

### *1.2.1. A nivel internacional*

El mono araña vientre amarillo ha sido catalogado a nivel mundial por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) desde 1982, siendo clasificado como vulnerable (VU). Esta designación implica que, según la evidencia científica recopilada, el primate se encuentra en un alto riesgo de extinción en su hábitat natural. Esta situación, de gran complejidad, se mantuvo sin cambios hasta el año 2008, momento en el cual la especie abordada en el presente artículo fue reclasificada como en peligro de extinción (EN). Esto significa que el *Ateles belzebuth* enfrenta un riesgo aún mayor de desaparición, con una tendencia decreciente en su población, debido a la priorización del poder económico sobre la preservación de la vida silvestre. Esta situación evidencia la necesidad de reevaluar nuestras prioridades, recordando la importancia de preservar la diversidad natural que nos brinda el planeta (Álvarez-Solas et al., 2018; Link et al., 2021).

### *1.2.2. A nivel nacional*

En el Perú, la herramienta que categoriza el nivel de peligro del maquisapa frente amarilla, es la relación existente de especies de la ecología en CITES-Perú, la misma que se utiliza para corroborar su estudio y preservación en el apéndice 2, donde se refiere con mayor claridad a especies amenazadas de extinción (EN) según publicación del Ministerio del Ambiente (2018). Adicionalmente, el Estado peruano a través del Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI, logra la ansiada aprobación de la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas en la cual se incluye la especie del *Ateles belzebuth* en su categoría nacional, agrupándolo dentro de la posición de mamíferos en peligro de extinción (EN) de acuerdo Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR, 2018). Por lo tanto, se prohíbe su cacería, tenencia y comercialización en todo el territorio nacional. La normativa nacional permite la caza con fines de subsistencia y el aprovechamiento en prácticas ancestrales realizadas por las comunidades indígenas dentro de sus territorios, siempre que no tengan propósitos comerciales ni de lucro. Desde nuestro punto de vista, debe ser categórica y ejemplar la persecución de quienes atenten contra la preservación de las especies.

### 1.3. Principales amenazas que enfrenta el mono araña de vientre amarillo

El mono araña de vientre amarillo (*Ateles belzebuth*) enfrenta diversas amenazas que ponen en peligro su supervivencia. Estas amenazas provienen de distintos grupos humanos como comunidades indígenas, comunidades mestizas y conglomerados empresariales, cuyas actividades antrópicas contribuyen al declive de sus poblaciones, poniendo en grave riesgo su existencia. La situación se agrava aún más considerando que esta especie es utilizada como alimento, mascota, medicina, fuente de productos derivados de su carne y piel, e incluso en rituales ancestrales propios de las comunidades donde habita (Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, 2018).

#### 1.3.1. Deforestación

La deforestación conlleva la eliminación y devastación de los bosques, lo cual tiene repercusiones adversas para esta especie, dado que dependen directamente de los árboles para alimentarse, encontrar refugio y desplazarse, enfrentan amenazas adicionales, destacando entre ellas la importancia de la pérdida, fragmentación y degradación de sus hábitats y recursos naturales asociados (Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, 2020).

- **Pérdida y fragmentación de hábitat**

De por sí ya es preocupante toda deforestación y defaunación, puesto que claramente reduce y elimina todo lugar donde el mono araña de vientre amarillo vive y se alimenta. Los bosques amazónicos proporcionan el entorno ideal para su supervivencia, con árboles altos y densos que les permiten moverse de manera segura y acceder a su alimento, como frutas, hojas y flores. Asimismo, cuando los bosques son talados y/o divididos por carreteras, áreas urbanas o actividades agrícolas, ganadería extensiva, y la recolección de madera; las poblaciones quedan aisladas en porciones de bosques más pequeños, por tanto, separados, viéndose obligados a desplazarse a áreas más reducidas, limitando sus recursos, permitiendo así la competencia entre individuos (Ayala, 2021).

- **Disminución de recursos alimenticios**

La deforestación reduce la disponibilidad de alimentos para el mono araña de vientre amarillo, pues su dieta es fundamental para el desarrollo de las selvas y para el control de las plagas. La pérdida de árboles y plantas que forman parte de su dieta, puede llevar a la escasez de alimentos, afectando su supervivencia y hábitos reproductivos, teniendo en

cuenta que su alimentación se basa en frutos, verduras, hojas y flores, incluyendo algunos insectos para complementar sus requerimientos proteicos diarios.

Se debe enfatizar que la deforestación también altera la estructura de la vegetación, lo que dificulta la búsqueda de alimentos y la movilidad de los monos araña (Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, 2018).

### 1.3.2. *Caza indiscriminada*

Debido a su alto valor comercial y a la actividad de caza mediante sus modalidades de consumo (para obtener “carne de monte”) o caza por comercio (mascota), el mono araña de vientre amarillo podría estar, dentro de muy poco tiempo, en el listado de especies extintas, si es que no se considera implementar las políticas públicas necesarias para evitarlo.

Diremos que la caza por consumo, conocida como caza de subsistencia, es un quehacer compuesto en su mayoría por integrantes de comunidades indígenas, quienes ven a esta especie como una fuente de aprovechamiento directo de alimentación. Bajo este contexto, las comunidades indígenas cuentan con un régimen diferenciado en el que no necesitan tramitar licencias para realizar actividades de subsistencia dentro de sus territorios y cuyos fines cumplan con no ser comerciales ni de lucro. Este hecho si bien brinda la posibilidad de que las comunidades puedan tomar sus propias decisiones, genera una situación difícil de evaluar, ya que es arduo el control de la cantidad de especies cazadas, generándose un posible agotamiento de la población de mono araña de vientre amarillo en algunas zonas localizadas (Ministerio del Ambiente, 2016).

La situación de la caza por comercio hace referencia particular a la actividad ejercida por agentes foráneos (personas que no pertenecen a las comunidades indígenas) o, incluso, a integrantes de comunidades indígenas quienes alegan que sus fines comerciales permiten generar ingresos “para complementar las necesidades básicas de subsistencia, es decir, vestimenta, salud y educación” (Aquino y Encarnación, 2010, p. 37). Estos sujetos buscan esta especie de primate, debido a su atractivo físico y su valor en el mercado negro para venderlos como mascotas exóticas u obtener partes de su cuerpo, como piel, huesos y órganos, que se utilizan en la medicina tradicional o en la fabricación de productos ilegales.

### 1.3.3. *Actividades extractivas*

Los territorios amazónicos en los cuales se encuentra distribuido el mono araña de vientre amarillo, suelen ser territorios con un alto potencial de recursos naturales

extractivos (minerales, petróleo y gas natural). Por esto, es muy frecuente que se presenten contratos de exploración y explotación, donde además de las deforestaciones se presenta el uso de técnicas invasivas que incluye el uso de explosivos y de reactivos químicos que generan alteraciones en el ecosistema acuático y terrestre (Dew, 2008). Es importante considerar que estas actividades generan impactos significativos en el hábitat de esta especie, incluso favoreciendo el acceso a áreas previamente inaccesibles o remotas.

#### 1.3.4. *Enfermedades y patógenos*

Las enfermedades y patógenos representan una amenaza creciente para el mono araña de vientre amarillo y otras especies de primates en la región amazónica. La pérdida de hábitat y la fragmentación de los bosques pueden aumentar el contacto entre humanos y primates, lo que aumenta el riesgo de transmisión de enfermedades zoonóticas. La deforestación también puede exponer a los primates a patógenos emergentes al alterar los ecosistemas y desplazar a especies hospedadoras de enfermedades. Además, la caza y el comercio ilegales pueden introducir enfermedades exóticas en poblaciones de primates silvestres, lo que puede tener consecuencias devastadoras para su salud y supervivencia (Ministerio del Ambiente, 2011).

#### 1.3.5. *Cambio climático*

El cambio climático es una amenaza cada vez más grave para el mono araña de vientre amarillo y otros primates de la región amazónica. El aumento de las temperaturas, la variabilidad climática y los eventos extremos como sequías e inundaciones pueden alterar los patrones de distribución de las especies, reducir la disponibilidad de alimentos y agua, y aumentar la frecuencia e intensidad de enfermedades y plagas. Además, el cambio climático puede provocar la pérdida y degradación de hábitats clave, lo que limita la capacidad de los primates para encontrar refugio y alimentarse. En última instancia, el cambio climático puede exacerbar otras amenazas, como la deforestación y la caza ilegal, y poner en peligro la supervivencia de las poblaciones de primates en la región amazónica (Ministerio del Ambiente, 2016).

## **2. Protección legal del mono araña de vientre amarillo**

El Estado peruano valora la conservación de flora y fauna, fue pionero en su regulación desde 1973. Por lo tanto, es importante enfatizar que, frente a la tremenda preocupación por la sustracción sin límites de primates en la Amazonía, el Gobierno promulgó el Decreto Supremo N. 934-73-AG, que pone alto a la caza y/o captura de las especies de la fauna silvestre de manera indefinida, prohibiendo la comercialización

de dichos especímenes ya que el realizarlo afecta de manera importante el equilibrio ecológico del planeta.

Luego, durante el año 2000, con la promulgación de la Ley 27308 sobre recursos forestales y de fauna silvestre, se buscó regular y supervisar de manera eficaz el uso sostenible y la conservación de estos recursos en el país. Esta ley tenía como objetivo armonizar la explotación de los recursos naturales con la valorización gradual de los servicios ambientales del bosque, en consonancia con los intereses sociales, económicos y ambientales de la nación, de acuerdo con lo señalado en la norma de mayor rango presente en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política del Perú, la ley en mención, junto con su reglamento (D.S. N. 014-2001-AG) norman de manera amplia el manejo y aprovechamiento en el ámbito nacional de todas las especies y subespecies de fauna silvestre, nativas y exóticas, con la finalidad de garantizar la preservación de nuestros animales y plantas cuya belleza y bienestar es incalculable.

El mono araña de vientre amarillo, encaja de modo amplio a la categoría de fauna silvestre, por lo que se encontraba bajo la disposición de dichas normativas. Pero, hacia el año 2004 por medio del Decreto Supremo N. 034-2004-AG, se logra la aprobación de Categorización de trescientos uno (301) especies amenazadas de desaparecer en la fauna silvestre, dentro de las cuales estaba incluida el *Ateles belzebuth*, prohibiéndose la ilegítima caza furtiva, captura, tenencia ilegal, transporte solapado o exportación subrepticia con fines netamente comerciales.

Una vez identificadas las especies de fauna silvestre amenazadas en el Perú, se inició la preparación y elaboración de la lista oficial de animales, tomando como referencia los criterios y categorías establecidos por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Tras un análisis minucioso de estos lineamientos, se logró proporcionar una base sólida para sostener los esfuerzos de conservación de las diversas especies. Este proceso resulta fundamental en un contexto de transformación histórica y evolución acelerada de las sociedades, permitiendo recopilar y analizar información científica sobre la población, distribución y amenazas de cada especie, tanto a nivel global como regional, en su entorno natural.

El proceso de categorización fue llevado a cabo de manera participativa por expertos, involucrando a investigadores nacionales e internacionales, así como a instituciones científicas comprometidas con la sostenibilidad de la fauna silvestre en el país. Estos especialistas aportaron valiosos criterios para salvaguardar a cada taxón frente al riesgo de extinción, compartiendo conocimientos y experiencias que permitieron alcanzar conclusiones sólidas. Como resultado, se elaboró una lista exhaustiva que clasifica a las

especies amenazadas según su grado de riesgo. Esta lista constituye una herramienta fundamental para la gestión de políticas públicas orientadas a la preservación de la fauna silvestre, la cual se distribuye en diversas zonas geográficas del Perú. Asimismo, facilita la observación, identificación, protección y priorización de acciones destinadas a la conservación y recuperación de las especies más vulnerables, considerando que estos animales viven libremente, fuera del control humano, en sus ambientes naturales.

En 2011, fue anulada la Ley 27308, cuyo propósito era establecer normativas para garantizar el uso sostenible y la protección de los recursos forestales y la fauna silvestre del país, asegurando su explotación de acuerdo con la valoración progresiva de los servicios ecológicos del bosque y en concordancia con los intereses sociales, económicos y ambientales del país, tal como lo indican los Artículos 66 y 67 de la Constitución Política del Perú. Esta ley fue reemplazada por la actual Ley Forestal de Fauna Silvestre 29763, promulgada el 21 de julio de 2011, la cual introduce nuevos enfoques normativos para regular la protección de la fauna silvestre, integrando su manejo con la conservación y mejora de los servicios ecosistémicos de los bosques y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en armonía con los intereses sociales, económicos y ambientales del país, así como para promover el desarrollo forestal, mejorar la competitividad y aumentar los recursos forestales y de fauna silvestre. Dos años más tarde, en 2013, se publicó el Decreto Supremo N. 009-2013-MINAGRI, dando inicio con la implementación de la Política Nacional Forestal, la cual se centra en la protección de la fauna silvestre como parte fundamental de la sostenibilidad y promueve la gestión transversal y descentralizada, teniendo en cuenta la diversidad de regiones y climas del Perú. Esta política también enfatiza la recuperación y el manejo sostenible de todas las especies de fauna silvestre vulnerables que puedan estar en riesgo, emergencia o contingencia.

Además, se puede destacar la relevancia de la biodiversidad como Estrategia Nacional hasta el 2021, esto en conjunto con el Plan de Acción, los cuales fueron aprobados mediante el Decreto Supremo N. 009-2014-MINAM. Dicho enfoque se ve estrechamente relacionado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el 2030 y del mismo modo con la implementación de las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Además de todo ello, los pilares de Perú Limpio y Perú Natural se presentan como ejes estratégicos, buscando impulsar el desarrollo sostenible y la conservación ambiental, así como generar conciencia ambiental en la población. Estos enfoques se traducen en lineamientos prioritarios de gestión, estableciendo objetivos claros y múltiples estrategias para la preservación de las especies amenazadas, en línea con la Meta 12 del Plan estratégico para la biodiversidad biológica Aichi 2011-2020. Se

resalta la importancia fundamental del compromiso de la población en general con el cuidado de la fauna y flora nacional, implementando planes nacionales para la protección de las especies en mayor riesgo de amenaza (Ministerio del Ambiente, 2016).

En ese mismo año, mediante Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI, se derogó el Decreto Supremo N. 034-2004-AG, con el propósito de actualizar el listado de clasificación y categorización de las especies de fauna silvestre amenazada, reconocidas como legalmente protegidas. Esta actualización incorporó nuevas categorías de evaluación, tales como Casi Amenazado (NT) y Datos Insuficientes (DD), alineándose a los estándares internacionales en materia de conservación, y estableciéndose de manera provisional como instrumentos técnicos para fortalecer la gestión de las acciones orientadas a la protección y recuperación de dichas especies.

En el año 2020, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) dio a conocer su plan nacional para la protección de los primates en riesgo del Perú, abarcando el periodo desde 2019 al 2029. Este plan de acción establece directrices importantes y roles que avanzarían como premisa orientativa, para todas las poblaciones cuyo fin resulta la conservación sostenida, rígida y ejemplarizadora con relevancia social, cultural tanto en rurales e indígenas ya que el objetivo principal es preservar y restablecer el entorno natural de los primates.

El mencionado Plan del Estado peruano hacia el 2021 hace su aporte para alcanzar las metas establecidas con estrategias de variedad Biológica a través del Plan de Acción 2014-2018 (EPANDB), que resulta como instrumento válido en la gestión de la biodiversidad en el país. Contando además con estrategias adecuadas para el cumplimiento de los objetivos de Aichi (20 metas agrupadas en cinco objetivos estratégicos), en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, del cual Perú es signatario (Metas Aichi para la diversidad biológica, 2020). Este Plan se alinea estrechamente con la política nacional forestal y de fauna silvestre, establecida mediante el Decreto Supremo N. 009-2013-MINAGRI, donde se destaca la prioridad de lograr la plena recuperación de todas las especies, poniendo especial énfasis en el mono araña de vientre amarillo, determinando así, que es crucial mantener este objetivo a lo largo del tiempo para garantizar la protección del hábitat de todas las especies, incluida la fauna silvestre en general. Este enfoque adquiere aún más relevancia cuando se considera la alarmante disminución de esta especie exótica, como se evidencia en el presente estudio.

Asimismo, lo largo de los años, el estado peruano ha cumplido con reglas de protección a través de la normatividad diversa y políticas para proteger al mono araña de vientre amarillo y garantizar su supervivencia. Desde la entrada en vigor del Decreto

Supremo N. 934-73-AG en 1973, donde se erigió una veda indefinida de caza y captura de animales silvestres, incluyendo al mono araña de vientre amarillo. Posteriormente, en 2004, se aprobó el Decreto Supremo N. 034-2004-AG, categorizando a esta especie como amenazada y prohibiendo la caza abusiva y dolosa captura, ilegal tenencia, transporte o exportación con fines comerciales. Estas medidas se han complementado con la implementación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre en 2011 y la política nacional forestal y de fauna silvestre en 2013, que promueven la recuperación y manejo sostenible de las especies amenazadas. Gracias a ello, se han desarrollado planes nacionales de conservación, entre ellos la de los monos cuyo riesgo es inminente, siendo el objetivo principal conservar y restablecer las poblaciones amenazadas de primates, incluyendo al mono araña de vientre amarillo. Estas acciones demuestran el compromiso del Estado peruano en la protección de esta especie emblemática y su hábitat, contribuyendo así a la conservación de la biodiversidad y al cumplimiento de todo convenio internacional en materia de protección de la fauna silvestre.

A continuación, se presentan datos relacionadas con las amenazas de subsistencia del mono araña (*Ateles belzebuth*) y la cantidad de tráfico de primates en el Perú, es importante contextualizar la relevancia de estos datos. Estas tablas ofrecen una visión cualitativa y cuantitativa de los desafíos que enfrenta esta especie debido a la actividad humana, así como la magnitud del tráfico ilegal de primates en el país. Al analizar estos datos, podemos comprender mejor la urgencia de implementar medidas de conservación y protección para salvaguardar a estas especies en peligro y preservar la biodiversidad de la región.

La Tabla 1 muestra el estado de conservación y las principales amenazas que enfrentan diversas especies de primates en el Perú, según la clasificación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN, 2021). Esta información permite identificar las especies más vulnerables y las actividades humanas que representan mayores riesgos para su supervivencia.

**Tabla 1***Estado de conservación y principales amenazas de los primates en el Perú*

<b>Especie de Primate</b>	<b>Estado de Conservación</b>	<b>Amenazas Principales</b>
Mono Araña Amarillo ( <i>Ateles belzebuth</i> )	En Peligro	Tráfico ilegal, pérdida de hábitat
Mono Choro Cola Amarilla ( <i>Oreonax flavicauda</i> )	En Peligro Crítico	Tráfico ilegal, deforestación
Mono Tocón ( <i>Callicebus oenanthe</i> )	En Peligro	Tráfico ilegal, fragmentación de hábitat
Maquisapa ( <i>Ateles chamek</i> )	Vulnerable	Caza para comercio de mascotas, pérdida de hábitat
Pichico Común ( <i>Saimiri sciureus</i> )	Preocupación Menor	Caza para comercio de mascotas, investigación biomédica

*Nota:* Elaborado de “Lista Roja de Especies Amenazadas”, por Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 2021.

La Tabla 2 presenta las cifras relacionadas con el tráfico de animales silvestres en el Perú durante el año 2022. Incluye datos sobre intervenciones, decomisos y los animales más comercializados ilegalmente en diversas regiones del país. Esta tabla destaca, entre otros aspectos, el número de hallazgos y decomisos de animales, así como las especies rescatadas en un período anual, proporcionando una visión cuantitativa de la magnitud del tráfico de fauna en el país.

**Tabla 2**

*Cifras de tráfico de animales silvestres en el Perú (2022)*

Aspecto	Cifras en Perú
Intervenciones por hallazgos de animales silvestres en abandono (2022)	1,040
Decomisos por tráfico ilegal (2022)	100
Animales más comercializados ilegalmente en Lima	Tortugas, ranas y monos
Hallazgos en Lima (2022)	191
Intervenciones por decomisos en Arequipa (2022)	23
Especies rescatadas	Entre 4,000 a 5,000 especies vivas en un año

*Nota:* Elaborado de “Se registraron más de 1.000 hallazgos de animales silvestres en 2022”, La República, 2023.

### 3. Conclusiones

- El tráfico ilegal de vida silvestre, incluyendo el mono araña de vientre amarillo, es una actividad lucrativa que amenaza la biodiversidad y pone en peligro la supervivencia de muchas especies en peligro de extinción. Además, tiene consecuencias negativas en la salud pública, la seguridad social y la gobernanza del Estado.
- El mono araña de vientre amarillo es una especie altamente valorada en el mercado ilegal debido a su atractivo físico, habilidades acrobáticas y capacidad para vivir en grupos sociales complejos. Esta demanda ha llevado a la caza furtiva y al comercio ilegal de estos primates tanto como mascotas exóticas o como para aprovechar sus partes y productos en el mercado ilegal.
- Las actividades antropológicas tienen un impacto severo en la supervivencia de las poblaciones del mono araña de vientre amarillo, lo cual también afecta directamente a los ecosistemas donde habita. Estos primates desempeñan un papel crucial en la dispersión de semillas y la regeneración de los bosques,

por lo que su extracción del entorno natural puede causar desequilibrios ecológicos.

- A nivel internacional, el mono araña de vientre amarillo ha sido categorizado como una especie en peligro de extinción. A nivel nacional, en Perú, está incluido en el listado de especies de fauna silvestre protegidas y se prohíbe su caza, tenencia y comercialización en todo el territorio nacional, aunque se consiente la caza para fines de supervivencia y para su aprovechamiento en prácticas ancestrales realizadas por comunidades indígenas sin propósitos comerciales.
- El mono araña de vientre amarillo enfrenta una serie de amenazas complejas y entrelazadas que ponen en peligro su supervivencia a largo plazo, así como la salud de los ecosistemas donde habita. La combinación de deforestación, caza ilegal, enfermedades, cambio climático, fragmentación del hábitat, interacciones humanas y contaminación ambiental requiere una acción coordinada y enérgica a nivel local, nacional e internacional para proteger a esta especie emblemática y garantizar su supervivencia en el futuro.
- Para abordar el tráfico ilegal del mono araña de vientre amarillo y otras especies, es necesario fortalecer las leyes y regulaciones relacionadas con el tráfico de fauna silvestre, así como trabajar en la educación, concientización y sensibilización sobre los impactos negativos de esta actividad. También es importante promover la preservación de los hábitats naturales de estas especies y fomentar la participación de las comunidades locales en la protección de la fauna silvestre.
- El análisis de la protección legal del mono araña de vientre amarillo en el Perú revela un compromiso continuo del Estado peruano con la conservación de la biodiversidad y la protección de las especies en peligro. Desde la promulgación de la primera regulación en 1973 hasta las leyes y decretos posteriores, se evidencia una evolución en las medidas destinadas a garantizar la supervivencia de esta especie emblemática.
- Las políticas y regulaciones implementadas, como la veda indefinida de caza y captura establecida en 1973 y la categorización como especie amenazada en 2004, demuestran un enfoque integral que aborda tanto la protección directa del mono araña de vientre amarillo como la gestión sostenible de su hábitat.
- La promulgación de leyes como la Ley Forestal y de Fauna Silvestre en 2011 y la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre en 2013 reflejan un compromiso renovado del Estado peruano en la conservación de la fauna silvestre y la biodiversidad en general, así como en la lucha contra el tráfico

ilegal de especies, se ilustra en los datos relacionados con las amenazas de subsistencia y el tráfico de primates en el Perú.

### Referencias

- Álvarez-Solas, S. Link, A., Di Fiore, A., de la Torre, S., Pozo-Rivera, W. y Tirira, D. (2018). Mono araña de vientre amarillo. *Ateles belzebuth*. En Tirira, D. G., De la Torre, S. y Zapata Ríos, G. (Eds.), *Estado de conservación de los primates del Ecuador* (pp. 163-171). Grupo de Estudio de Primates del Ecuador / Asociación Ecuatoriana de Mastozoología. Publicación especial sobre los mamíferos del Ecuador 12. <https://aem.mamiferosdeecuador.com/images/pdf/Gepe/Alvarez-Solas-et-al-2018-Ateles-belzebuth-Estado-de-conservacion-primates-Ecuador.pdf>
- Alomía, C. (2023, 3 de marzo). *Los otros Run Run: se registraron más de 1.000 hallazgos de animales silvestres en 2022, según Serfor*. La República.pe. <https://larepublica.pe/sociedad/2023/03/03/run-run-se-registraron-mas-de-1000-hallazgos-de-animales-silvestres-en-2022-serfor-185322>
- Aquino, R. y Bodmer, R. (2006). Distribución y abundancia de *Ateles belzebuth* E. Geoffroy y *Ateles chamek* Humboldt (Cebidae: Primates) en la Reserva Nacional Pacaya Samiria, Perú. *Rev. Perú. Biol*, 13(1), 103-106 <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/biologia/v13n1/pdf/v13n01a06.pdf>
- Aquino, R. y Encarnación, F. (2010). *Proyecto Zonificación Ecológica y Económica del departamento de Amazonas, convenio entre el IIAP y el Gobierno Regional de Amazonas*. [Informe temático]. Iquitos Perú. [http://terra.iiap.gob.pe/assets/files/macro/zee-amazonas/10\\_Fauna\\_2010.pdf](http://terra.iiap.gob.pe/assets/files/macro/zee-amazonas/10_Fauna_2010.pdf)
- Dew, J. L. (2008). Spider monkeys as seed dispersers. En C. J. Campbell (Ed.), *Spider monkeys: Behavior, ecology, and evolution of the genus Ateles* (pp. 155–182). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511721915.006>
- Link, A., Palacios, E., Stevenson, P. R., Boubli, J. P., Mittermeier, R. A., Shanee, S., Urbani, B., de la Torre, S., Cornejo, F. M., Moscoso, P., Mourthé, Í., Muniz, C. C. y Rylands, A. B. (2021). *Ateles belzebuth* (versión modificada de la evaluación de 2019). Lista Roja de Especies Amenazadas de la UICN 2021. e.T2276A191684587. <https://dx.doi.org/10.2305/IUCN.UK.2021-1.RLTS.T2276A191684587.en>

- Metas de Aichi para la Diversidad Biológica. (2020). *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. <https://dev-chm.cbd.int/sp/targets?lg=es>
- Ministerio del Ambiente. (2011). *Estudio de especies CITES de primates peruanos. Informe Final*. Ministerio del Ambiente. <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sinia/archivos/public/docs/3599.pdf>
- Ministerio del Ambiente. (2016). *Estrategia Nacional sobre Bosques y Cambio Climático*. Ministerio del Ambiente. <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/ESTRATEGIA-NACIONAL-SOBRE-BOSQUES-Y-CAMBIO-CLIMATICO-DECRETO-SUPREMO-007-2016-MINAM11.pdf>
- Ministerio del Ambiente. (2018). *Listado de especies de Fauna Silvestre CITES-Perú*. Dirección General de Diversidad Biológica. <https://www.minam.gob.pe/simposio-peruano-de-especies-cites/wp-content/uploads/sites/157/2018/08/Listado-FAUNA-CITES-FINAL.pdf>
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (2018). *Libro Rojo de la Fauna Silvestre Amenazada del Perú*. [https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sinia/archivos/public/docs/libro\\_rojo.pdf](https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sinia/archivos/public/docs/libro_rojo.pdf)
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (2018). Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI. Decreto supremo que aprueba la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas en el Perú.
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (2019). *Plan Nacional de Conservación de los Primates Amenazados del Perú 2019–2029*. Ministerio de Agricultura y Riego. <https://www.gob.pe/institucion/serfor/informes-publicaciones/1467153-plan-nacional-de-conservacion-de-primates-amenazados-en-el-peru>
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (2020). *Plan nacional de conservación de los primates amenazados del Perú*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1534996/Plan%20Nacional%20de%20Conservaci%C3%B3n%20de%20Primates%20Amenazados%20en%20el%20Per%C3%BA.pdf.pdf>
- Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. (2021). *Lista Roja de Especies Amenazadas*. <https://www.iucnredlist.org/es>